



265

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0012-2006-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 15 de diciembre de 2006

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Decana del Colegio de Abogados de Lima

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial.

Magistrados firmantes:

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



266

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sumario

I. Asunto

II. Datos generales

III. Antecedentes

IV. Materias constitucionalmente relevantes

V. Fundamentos

§1. La constitucionalización del derecho penal y los límites al legislador penal

1. El sistema punitivo en el marco de la Constitución

2. Los límites a la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas

3. El principio de legalidad en materia sancionatoria

4. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

5. El principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

§2. El contenido constitucional de la disposición que consagra el delito de función. El análisis «conjunto» de las características básicas de este delito

§3. Examen de constitucionalidad del Código de Justicia Militar Policial

6. El control de las disposiciones que consagran el delito de traición a la patria

7. El control de las disposiciones que consagran los delitos de rebelión, sedición, motín y derrotismo

8. El control de las disposiciones que consagran los delitos de infidencia y posesión no autorizada de información

9. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario

10. El control de las disposiciones que consagran los delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación

11. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra la administración militar policial

12. El control de las disposiciones que consagran los delitos de violación al deber militar policial y de excesos en la facultad de mando

13. El control de las disposiciones que consagran los delitos que afectan a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno

14. El control de las disposiciones que consagran los delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial

15. El test de proporcionalidad y la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses mediante el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario

VII. Fallo



267

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0012-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los Magistrados Alva Orlandini y Mesía Ramírez, adjuntos.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos 66º a 68º, 70º a 76º, 78 a 82º, 90º a 103º, 106º a 111º, 115º a 117º, 119º, 121º a 130º, 132º y 134º a 149º del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante	:	Fiscal de la Nación.
Disposición sometida a control	:	Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.
Disposiciones constitucionales cuya vulneración se alega	:	Artículo 43º, 44º, 45º, 173º y penúltimo párrafo del 200º de la Constitución.
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos 66º a 68º, 70º a 76º, 78 a 82º, 90º a 103º, 106º a 111º, 115º a 117º, 119º, 121º a 130º, 132º y 134º a 149º del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.



268

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

III. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demandante

Elva Greta Minaya Calle, Decana del Colegio de Abogados de Lima, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, por considerar que los tipos penales que consagra afectan, entre otros bienes constitucionales, el principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos y el principio de legalidad penal.

En cuanto al principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos

Alega que el Código de Justicia Militar Policial tipifica una serie de delitos que desnaturalizan y exceden el ámbito objetivo del delito de función, pues buscan proteger bienes jurídicos que no son propios o castrenses, relevantes para la existencia de la organización, operatividad y cumplimiento de las Fuerzas Armadas. Dichos tipos penales, aduce, pueden ser cometidos por cualquier funcionario público incluso los militares, además de tipificar conductas de carácter común, y que por ser delitos comunes se encuentran ya tipificados en el Código Penal.

En tal sentido, refiere que los tipos penales que no pueden ser considerados como delitos de función son los de traición a la patria (art. 66º) y traición a la patria en tiempos de paz (art. 67º), pues los bienes jurídicos que protegen son la integridad del Estado, la defensa nacional y el deber de fidelidad que el ciudadano tiene para con la patria, bienes que no son exclusivos de las Fuerzas Armadas, y que pueden ser afectados por cualquier ciudadano o funcionario público. Estos delitos, menciona, ya se encuentran previstos en los artículos 325º a 334º del Código Penal.

Del mismo modo, sostiene que los delitos tipificados por las disposiciones siguientes: rebelión de personal militar (art. 68º), sedición (art. 70º), motín (art. 71º), negativa del militar o policía a evitar rebelión, sedición o motín (art. 72º), colaboración con organización ilegal (art. 73º), falsa alarma (art. 74º), derrotismo (art. 75º) y conspiración del personal militar policial (art. 76º), no pueden ser considerados como delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son los poderes del Estado y el orden constitucional, es decir, la organización política y social, así como la seguridad del funcionamiento y desarrollo de dicha organización. Refiere, además, que estas conductas se encuentran tipificadas en los artículos 346º y 350º del Código Penal.

Arguye también que la infidencia (art. 78º), la posesión no autorizada de información (art. 79º) y la infidencia culposa (art. 80º) son tipos penales que protegen al Estado y la defensa nacional, específicamente por actos de violación de secretos, bienes que



269

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

son comunes y no propios de las Fuerzas Armadas, y agrega, además, que ya se encuentran previstos en el artículo 330° del Código Penal. Asimismo, el delito de ultraje a los símbolos nacionales militares o policiales (art. 81°) tiene como objeto de protección al mismo Estado y a su personalidad interna, bienes jurídicos comunes que se encuentran protegidos en el artículo 344° del Código Penal.

De igual modo, los delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (art. 90° y 91°), la lesión al enemigo fuera de combate (art. 92), la confinación ilegal (art. 93), la aplicación de métodos prohibidos en las hostilidades (art. 95° y 96°), el saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes (art. 97°), la abolición de derechos y acciones (art. 98), los delitos contra operaciones humanitarias (art. 99°), la utilización indebida de los signos protectores (art. 100°), los daños extensos y graves al medio natural (art. 101°) y los medios prohibidos en las hostilidades (art. 102° y 103°) protegen reglas mínimas de la guerra, normas humanitarias que proscriben aquellas conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan bienes jurídicos comunes como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia en el contexto especial de desprotección y peligro para las víctimas, por lo tanto, no pueden ser calificados, bajo ninguna circunstancia, como delitos de función. Además, sostiene que el articulado del Código de Justicia Militar, en este extremo, es una copia fiel del Proyecto del Libro Tercero del Código Penal proyectado por la Sub Comisión de Trabajo de la Comisión Especial Revisora del Código Penal (Ley N.º 27837), encargada de la adecuación de la legislación penal al Estatuto de Roma.

Igualmente, alega que la agresión (art. 121°), coacción, injuria y difamación (art. 123°), amenazas (art. 125°) y agresión al servicio de seguridad (art. 130°) constituyen delitos comunes y no de función, pues los bienes jurídicos tutelados son la integridad física y el honor, los mismos que ya se encuentran protegidos en los artículos 121°, 122°, 130°, 132°, 365° y 366° del Código Penal.

Con relación a los delitos de empleo indebido de armas (art. 132) y contra la función y administración policial (art. 134), aduce que los bienes jurídicos que tutelan estos tipos penales son la seguridad pública y la administración pública y no bienes jurídicos propios y exclusivos de las fuerzas armadas. Refiere, además, que el Código Penal, en el artículo 393°, ya regula los delitos contra la administración pública.

Del mismo modo, la omisión de cumplimiento de deber en función operativa (art. 137°), excesos en la facultad de mando (art. 139°), modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando (art. 140°) y excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado (art. 141°) tutelan bienes jurídicos como la administración pública, la vida, la integridad física, el patrimonio y la libertad personal, y no bienes jurídicos propios y exclusivos de las Fuerzas Armadas. Alega, además, que los artículos 106°, 111°, 121°, 123°, 125°, 130°, 132°, 134°, 137°, 139°, 140°, 141°, 143°, 144°, 145°, 146°, 147°, 148°, 149°, 150°, 151°, 152°, 153°, 154°, 155°, 156°, 157°, 158°, 159°, 160°, 161°, 162°, 163°, 164°, 165°, 166°, 167°, 168°, 169°, 170°, 171°, 172°, 173°, 174°, 175°, 176°, 177°, 178°, 179°, 180°, 181°, 182°, 183°, 184°, 185°, 186°, 187°, 188°, 189°, 190°, 191°, 192°, 193°, 194°, 195°, 196°, 197°, 198°, 199°, 200°, 201°, 202°, 203°, 204°, 205°, 206°, 207°, 208°, 209°, 210°, 211°, 212°, 213°, 214°, 215°, 216°, 217°, 218°, 219°, 220°, 221°, 222°, 223°, 224°, 225°, 226°, 227°, 228°, 229°, 230°, 231°, 232°, 233°, 234°, 235°, 236°, 237°, 238°, 239°, 240°, 241°, 242°, 243°, 244°, 245°, 246°, 247°, 248°, 249°, 250°, 251°, 252°, 253°, 254°, 255°, 256°, 257°, 258°, 259°, 260°, 261°, 262°, 263°, 264°, 265°, 266°, 267°, 268°, 269°, 270°, 271°, 272°, 273°, 274°, 275°, 276°, 277°, 278°, 279°, 280°, 281°, 282°, 283°, 284°, 285°, 286°, 287°, 288°, 289°, 290°, 291°, 292°, 293°, 294°, 295°, 296°, 297°, 298°, 299°, 300°, 301°, 302°, 303°, 304°, 305°, 306°, 307°, 308°, 309°, 310°, 311°, 312°, 313°, 314°, 315°, 316°, 317°, 318°, 319°, 320°, 321°, 322°, 323°, 324°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332°, 333°, 334°, 335°, 336°, 337°, 338°, 339°, 340°, 341°, 342°, 343°, 344°, 345°, 346°, 347°, 348°, 349°, 350°, 351°, 352°, 353°, 354°, 355°, 356°, 357°, 358°, 359°, 360°, 361°, 362°, 363°, 364°, 365°, 366°, 367°, 368°, 369°, 370°, 371°, 372°, 373°, 374°, 375°, 376°, 377°, 378°, 379°, 380°, 381°, 382°, 383°, 384°, 385°, 386°, 387°, 388°, 389°, 390°, 391°, 392°, 393°, 394°, 395°, 396°, 397°, 398°, 399°, 400°, 401°, 402°, 403°, 404°, 405°, 406°, 407°, 408°, 409°, 410°, 411°, 412°, 413°, 414°, 415°, 416°, 417°, 418°, 419°, 420°, 421°, 422°, 423°, 424°, 425°, 426°, 427°, 428°, 429°, 430°, 431°, 432°, 433°, 434°, 435°, 436°, 437°, 438°, 439°, 440°, 441°, 442°, 443°, 444°, 445°, 446°, 447°, 448°, 449°, 450°, 451°, 452°, 453°, 454°, 455°, 456°, 457°, 458°, 459°, 460°, 461°, 462°, 463°, 464°, 465°, 466°, 467°, 468°, 469°, 470°, 471°, 472°, 473°, 474°, 475°, 476°, 477°, 478°, 479°, 480°, 481°, 482°, 483°, 484°, 485°, 486°, 487°, 488°, 489°, 490°, 491°, 492°, 493°, 494°, 495°, 496°, 497°, 498°, 499°, 500°, 501°, 502°, 503°, 504°, 505°, 506°, 507°, 508°, 509°, 510°, 511°, 512°, 513°, 514°, 515°, 516°, 517°, 518°, 519°, 520°, 521°, 522°, 523°, 524°, 525°, 526°, 527°, 528°, 529°, 530°, 531°, 532°, 533°, 534°, 535°, 536°, 537°, 538°, 539°, 540°, 541°, 542°, 543°, 544°, 545°, 546°, 547°, 548°, 549°, 550°, 551°, 552°, 553°, 554°, 555°, 556°, 557°, 558°, 559°, 560°, 561°, 562°, 563°, 564°, 565°, 566°, 567°, 568°, 569°, 570°, 571°, 572°, 573°, 574°, 575°, 576°, 577°, 578°, 579°, 580°, 581°, 582°, 583°, 584°, 585°, 586°, 587°, 588°, 589°, 590°, 591°, 592°, 593°, 594°, 595°, 596°, 597°, 598°, 599°, 600°, 601°, 602°, 603°, 604°, 605°, 606°, 607°, 608°, 609°, 610°, 611°, 612°, 613°, 614°, 615°, 616°, 617°, 618°, 619°, 620°, 621°, 622°, 623°, 624°, 625°, 626°, 627°, 628°, 629°, 630°, 631°, 632°, 633°, 634°, 635°, 636°, 637°, 638°, 639°, 640°, 641°, 642°, 643°, 644°, 645°, 646°, 647°, 648°, 649°, 650°, 651°, 652°, 653°, 654°, 655°, 656°, 657°, 658°, 659°, 660°, 661°, 662°, 663°, 664°, 665°, 666°, 667°, 668°, 669°, 670°, 671°, 672°, 673°, 674°, 675°, 676°, 677°, 678°, 679°, 680°, 681°, 682°, 683°, 684°, 685°, 686°, 687°, 688°, 689°, 690°, 691°, 692°, 693°, 694°, 695°, 696°, 697°, 698°, 699°, 700°, 701°, 702°, 703°, 704°, 705°, 706°, 707°, 708°, 709°, 710°, 711°, 712°, 713°, 714°, 715°, 716°, 717°, 718°, 719°, 720°, 721°, 722°, 723°, 724°, 725°, 726°, 727°, 728°, 729°, 730°, 731°, 732°, 733°, 734°, 735°, 736°, 737°, 738°, 739°, 740°, 741°, 742°, 743°, 744°, 745°, 746°, 747°, 748°, 749°, 750°, 751°, 752°, 753°, 754°, 755°, 756°, 757°, 758°, 759°, 760°, 761°, 762°, 763°, 764°, 765°, 766°, 767°, 768°, 769°, 770°, 771°, 772°, 773°, 774°, 775°, 776°, 777°, 778°, 779°, 780°, 781°, 782°, 783°, 784°, 785°, 786°, 787°, 788°, 789°, 790°, 791°, 792°, 793°, 794°, 795°, 796°, 797°, 798°, 799°, 800°, 801°, 802°, 803°, 804°, 805°, 806°, 807°, 808°, 809°, 810°, 811°, 812°, 813°, 814°, 815°, 816°, 817°, 818°, 819°, 820°, 821°, 822°, 823°, 824°, 825°, 826°, 827°, 828°, 829°, 830°, 831°, 832°, 833°, 834°, 835°, 836°, 837°, 838°, 839°, 840°, 841°, 842°, 843°, 844°, 845°, 846°, 847°, 848°, 849°, 850°, 851°, 852°, 853°, 854°, 855°, 856°, 857°, 858°, 859°, 860°, 861°, 862°, 863°, 864°, 865°, 866°, 867°, 868°, 869°, 870°, 871°, 872°, 873°, 874°, 875°, 876°, 877°, 878°, 879°, 880°, 881°, 882°, 883°, 884°, 885°, 886°, 887°, 888°, 889°, 890°, 891°, 892°, 893°, 894°, 895°, 896°, 897°, 898°, 899°, 900°, 901°, 902°, 903°, 904°, 905°, 906°, 907°, 908°, 909°, 910°, 911°, 912°, 913°, 914°, 915°, 916°, 917°, 918°, 919°, 920°, 921°, 922°, 923°, 924°, 925°, 926°, 927°, 928°, 929°, 930°, 931°, 932°, 933°, 934°, 935°, 936°, 937°, 938°, 939°, 940°, 941°, 942°, 943°, 944°, 945°, 946°, 947°, 948°, 949°, 950°, 951°, 952°, 953°, 954°, 955°, 956°, 957°, 958°, 959°, 960°, 961°, 962°, 963°, 964°, 965°, 966°, 967°, 968°, 969°, 970°, 971°, 972°, 973°, 974°, 975°, 976°, 977°, 978°, 979°, 980°, 981°, 982°, 983°, 984°, 985°, 986°, 987°, 988°, 989°, 990°, 991°, 992°, 993°, 994°, 995°, 996°, 997°, 998°, 999°, 1000°.



270

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

124°, 151°, 205°, 376°, 377° del Código Penal ya tutelan los bienes jurídicos antes mencionados.

De otro lado, refiere que la afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno (art. 142°), facilitamiento culposo (art. 143°) y avería o deterioro culposo (art. 144°) son tipos que protegen bienes comunes como el patrimonio, por lo que no pueden considerarse como delito de función. Menciona que estos tipos penales también están contenidos en los artículos 185°, 190°, 205° y 384° del Código Penal.

Respecto de los delitos de falsificación o adulteración de documentación militar policial (art. 146°), certificación falsa (art. 147°), uso indebido de insignias y distintivos (art. 148°) y destrucción de documento militar (art. 149°), sostiene que preservan la fe pública, bien jurídico de carácter común y no propio de las Fuerzas Armadas. Refiere que el Código Penal, en los artículos 427°, 428° y 430°, previene también la tutela de la fe pública.

Por otro lado, el demandante sostiene que el Código de Justicia Militar ha tipificado como delitos conductas de mera infracción administrativa, pues los bienes jurídicos que buscan preservar no tienen relevancia constitucional que merezca protección por el derecho penal como delitos de función, contraviniendo los artículos 43°, 44°, 45°, 173° y 200° penúltimo párrafo de la Constitución. En tal sentido, alega que los delitos de ultraje a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (art. 82°), violación de consigna (art. 106°), abandono de puesto de vigilancia (art. 107°), omisión de aviso o repulsión (art. 108°), abandono de puesto (art. 109°), abandono de escolta (art. 110°), seguridad de las instalaciones y bienes (art. 111°), incapacidad voluntaria para el servicio (art. 115°), simulación (art. 116°), colaboración (art. 117°), cobardía (art. 119°), acto tendiente a agredir o amenazar (art. 122°), insubordinación (art. 124°), desobediencia (art. 126°), desobediencia por incumplimiento de itinerario (art. 127°), excusa indebida (art. 128°), desobediencia al servicio de seguridad (art. 129°), reformas sin autorización (art. 135°), daños a operaciones por culpa (art. 136°), comando negligente militar o policial (art. 138°) e información falsa sobre asuntos del servicio (art. 145°), no merecen tipificación como delitos de función.

En función de lo expuesto, el demandante sostiene que el legislador no tiene libertad absoluta respecto de la configuración de determinadas conductas como delitos de función, pues transgrediría el artículo 173° de la Constitución. Menciona, además, que el legislador, además de distanciarse de la interpretación constitucional del delito de función, se aleja, también, de lo que, respecto del mismo tema, sostiene la jurisprudencia constitucional comparada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República Peruana, así como destacados juristas nacionales, en donde se resalta que los elementos de configuración del delito de función son el sujeto activo, militar o policía en actividad; el bien jurídico afectado debe tener



271

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

relevancia constitucional y ser propio de las fuerzas armadas o policiales; y, que la conducta prohibida sea realizada en ejercicio de las funciones militares o policiales.

Respecto del principio de legalidad penal

Argumenta que se transgrede el principio de legalidad, reconocido en el artículo 2°, numeral 24, literal d) de la Constitución, porque las conductas que se pretende prohibir tienen doble tipificación en el Código de Justicia Militar y en el Código Penal, lo cual genera como consecuencia inmediata que el sujeto imputado pueda ser juzgado por la supuesta comisión de un delito en la jurisdicción militar o en la ordinaria. Además, señala que en cuanto a dicha doble tipificación, el Tribunal Constitucional debe advertir la vulneración del principio de razonabilidad, pues la intención del legislador, al tipificar tipos penales comunes en el Código de Justicia Militar, es sustraer de la competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria a militares que han cometido delitos comunes.

Contestación de la demanda

El Procurador Público del Ministerio de Defensa, nombrado por Resolución Suprema N.º 020-2005-JUS, contesta la demanda solicitando que se declare infundada la demanda presentada por el Colegio de Abogados de Lima.

Sostiene, entre otros argumentos, que la necesidad constitucional de contar con un Código de Justicia Militar se desprende del artículo 173° de la Constitución, que señala que los delitos de función cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales deben ser juzgados conforme a un Código de Justicia Militar. Señala que el Código de Justicia Militar es parte del Derecho Militar, pues se basa en la propia misión de las Fuerzas Armadas respecto al cumplimiento de los fines que constitucionalmente se le han encomendado, conforme a su estructura y organización, la cual se rige por los principios de jerarquía, disciplina y en valores tradicionales de unidad, sentido del honor, patriotismo y lealtad. Además refiere que, conforme al texto constitucional, no se desprende que sólo aquellas conductas que afecten bienes jurídicos propios, únicos y exclusivos de las Fuerzas Armadas, deban ser tutelados por los delitos de función.

Alega que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso presentó un Dictamen sobre el Decreto Legislativo N.º 961, en el que aseveró que dicho Decreto Legislativo cumplía con respetar los principios del Derecho Constitucional Penal.

Por otro lado, sostiene que con relación a la definición de delitos de función, el Tribunal Constitucional, cuando hace referencia a que las conductas tipificadas deben afectar bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses, no indica que dichos bienes sean únicos y exclusivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Así, cuando se habla de bienes jurídicos propios se hace alusión a las misiones que constitucionalmente se han otorgado a



272

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

dichas instituciones, y que obligan directamente a sus miembros, lo que es distinto a la obligación que, respecto de la lealtad al Estado, a la preservación del orden interno y externo del Estado, le concierne a los demás funcionarios públicos y ciudadanos. Añade, que la parte demandante, al sostener que un interés compartido o un bien jurídico compartido no puede ser protegido a través de la tipificación de un delito de función, no toma en cuenta que las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional son deberes que interesan a todos los órganos del Estado y a los ciudadanos, pero que no por ello no pueden ser regulados por el Código de Justicia Militar.

Agrega, asimismo, que la parte demandante alega que la jurisdicción militar es inconstitucional y que, por tal motivo, tiene como objetivo desaparecer la justicia militar y, como consecuencia de ello, el Código de Justicia Militar.

Con relación a la alegada afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos, arguye que no se ha producido, pues el Decreto Legislativo, objeto de control en el presente proceso, se dio en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso para que el Poder Ejecutivo legisle el Código de Justicia Militar. Y que, al amparo de la delegación de facultades efectuada, el Poder Ejecutivo delegó en una Comisión del Ministerio de Justicia de conformación plural el debate y elaboración del proyecto del Decreto Legislativo en cuestión.

Argumenta que la tipificación de los delitos de función en el Código de Justicia Militar es totalmente distinta a la del Código Penal, pues establece distintos sujetos activos, distintos supuestos de configuración de los delitos. Agrega que la protección de dichos bienes jurídicos tienen mayor relevancia en las instituciones armadas o policiales, tomando en consideración que los bienes jurídicos tutelados están en estrecha relación con los principios de disciplina y jerarquía en la organización de las instituciones castrense y policial.

En relación con los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, sostiene que estos se concretan en tiempo de conflicto armado, y que en tales circunstancias los militares son juzgados en el Teatro de Operaciones, competencia de la jurisdicción militar, por lo que su regulación en el CJM da mayor garantía, lo cual se corrobora con la prohibición de la aplicación de amnistía, indulto u otro derecho de gracia (artículo 85° del CJM), debiéndose añadir que el Código Penal no ha previsto estos delitos.

Por otro lado, respecto de los delitos tipificados como delitos de función que han sido catalogados por la parte demandante como innecesarios pues no se vulnera un bien jurídico de relevancia constitucional, sino que sólo revestían meras infracciones administrativas, por lo que debía implementarse un sistema disciplinario acorde con dichas infracciones; el demandado señala que tales argumentos carecen de sustento objetivo, pues es imposible



273

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que, en abstracto, se determine que tales conductas no afecten bienes jurídicos castrenses. Asimismo, arguye que los demandantes no pueden considerar que las infracciones a los bienes jurídicos castrenses, como la disciplina y la jerarquía en la organización de las instituciones armadas y policiales, son meras infracciones administrativas, pues tales bienes están en estrecha relación con los fines constitucionales que les fueron encomendados, así como las funciones respectivas.

Haciendo alusión al principio de legalidad, el demandado argumenta que no encuentra objeción alguna a que un mismo tipo penal sea previsto por el CJM y por el Código Penal, pues el elemento determinante es la configuración de delito de función, conforme al artículo 173° de la Constitución.

Informe de la Defensoría del Pueblo

Con fecha 2 de agosto de 2006, la Defensoría del Pueblo pone a consideración del Tribunal Constitucional el Informe Defensorial 104, denominado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar, debe centrarse en los siguientes temas:

- ¿Cuáles son los límites a la libertad de configuración de conductas delictivas o penas que posee el Legislador?
- ¿Cómo se configura el principio de proporcionalidad en materia penal?
- ¿Cuál es el contenido de la disposición constitucional que consagra el delito de función?
- ¿Las disposiciones que consagran los delitos contra la defensa nacional en el Código de Justicia Militar Policial (CJMP) protegen bienes jurídicos estrictamente militares?
- ¿Las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario en el CJMP protegen bienes jurídicos estrictamente militares?
- ¿Los bienes jurídicos protegidos por los delitos de incapacitación voluntaria para el servicio, simulación o colaboración con la incapacitación, deben ser necesariamente protegidos por el Derecho Penal, mediante el CJMP o pueden serlo por medios menos aflictivos, tales como aquellos que se relacionan con el Derecho Disciplinario?



274

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

V. FUNDAMENTOS

§1. La constitucionalización del sistema punitivo y los límites al legislador penal

1. El sistema punitivo en el marco de la Constitución

1. La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión¹.

Garantías sustanciales y procesales de la Constitución

2. Hoy en día no es materia de debate o controversia que la Constitución sea considerada como la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, y que garantice la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto se deriva del pueblo, no se imponga inevitablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. En tanto norma jurídica, la Constitución posee en la actualidad un contenido dispositivo compuesto por valores, principios y derechos fundamentales capaz de vincular a todo poder público, a los particulares y a la sociedad en su conjunto.
3. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional supuso, entre otras cosas, “(...) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder

¹ Tiedemann, Klaus. Constitución y Derecho Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, N.º 33, 1991, p. 146.



275

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”².

4. En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993 ha establecido, en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, determinadas exigencias no sólo de orden material, sino también de orden procesal.

Dentro de las primeras, las garantías materiales, destacan nítidamente: **a)** el principio de legalidad penal (artículo 2°, inciso 24, apartado “d”); **b)** el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3° y 43°), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1°) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2° inciso 1); **c)** el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200°); **d)** el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139° inciso 9); **e)** la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139° inciso 11); **f)** el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139°.12); **g)** el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139° inciso 8); **h)** el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103°); y **i)** el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2°, inciso 24 apartado “e”), entre otras.

Dentro de las segundas, las garantías procesales, destacan: **a)** los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3); **b)** la publicidad de los procesos (artículo 139° inciso 4); **c)** el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139° inciso 5); **d)** el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139° inciso 6); **e)** la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139° inciso 13); **f)** el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139° inciso 14); **g)** el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139° inciso 15); entre otras.

Más allá de estas garantías procesales constitucionales antes mencionadas, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha identificado otras garantías también de naturaleza procesal, así por ejemplo: **a)** el derecho a un juez

² Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, FJ 3.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

276

independiente e imparcial³; **b)** el derecho al libre acceso a la jurisdicción⁴; **c)** el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva⁵; **d)** el derecho a la prueba⁶; **e)** el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas⁷; **f)** el principio *non bis in idem*⁸; **g)** el principio de igualdad procesal de las partes⁹; **h)** el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales¹⁰; entre otras garantías.

5. La existencia de este amplio conjunto de garantías materiales y procesales, que en todos los casos deben ser respetadas por el Legislador, limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso. En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución.

El ius puniendi en el Estado social y democrático de derecho

6. Además de los derechos y principios constitucionales antes mencionados, existe un principio que dada su configuración resulta de ineludible atención por parte del Estado cuando ejerce el *ius puniendi*. Se trata del principio del Estado social y democrático de derecho. Como tal, este principio se encuentra consagrado, entre otras disposiciones, en los artículos 3° y 43° de la Constitución. Se sustenta en los principios básicos de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales.

El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.

7. Como lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0008-2003-AI/TC, el

³ Expediente N.° 0023-2003-AI/TC, FJ 34.

⁴ Expediente N.° 1003-1998-AA/TC, FJ 3.C. y Expediente N.° 05374-2005-AA/TC FJ 6

⁵ Expediente N.° 2915-2004-HC/TC, FJ 5.

⁶ Expediente N.° 1934-2003-HC/TC FJ 1 y ss. y Expediente N.° 1808-2003-HC/TC, FJ 2.

⁷ Expediente N.° 4124-2004-HC/TC FJ 8 y Expediente N.° 0549-2004-HC/TC FJ 3.

⁸ Expediente N.° 0729-2003-HC/TC, FJ 2 y Expediente N.° 2050-2002-AA/TC FFJJ 18 y ss.

⁹ Expediente N.° 2028-2004-HC/TC, FJ 5.

¹⁰ Expediente N.° 1042-2002-AA/TC FJ 2.3.1, Expediente N.° 1546-2002-AA FFJJ 2 y ss. y Expediente N.° 0015-2001-AI/TC (acumulados), FFJJ 6 y ss.



277

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(...) Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado. Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3° de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. [FJ 13]

8. En cuanto a la pena, cabe precisar que siendo ésta uno de los principales instrumentos que utiliza el Estado para exigir el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, su función no puede encontrarse desvinculada de la función que a su vez cumple el Estado. De este modo, como lo sostiene Mir Puig, se puede afirmar que existe una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado y que "No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho penal".¹¹
9. En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros.
10. Lo antes expuesto exige precisar cuáles son los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, que "(...) las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que

¹¹ Mir Puig, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 29-31.



278

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en “(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)” (artículo 44° de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución)”. [FJ 40]

11. Es preciso destacar, sin embargo, continúa el Tribunal en la referida sentencia,

(...) que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material. Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva (...). En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho [FFJJ 41-42].

12. De este modo, el Estado no puede desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes; es decir, no puede desnaturalizar los fines de la pena.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

279

13. Si bien los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho deben ser respetados por el Poder Jurisdiccional, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (cuando legisla por delegación), conviene ahora verificar los límites de actuación del Poder Legislativo, en cuanto principal órgano en la configuración de la política criminal del Estado.

2. Los límites a la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas

14. Conforme a lo antes expuesto, en el Estado democrático y social de derecho el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.

15. Ello, sin lugar a dudas, no implica que la Norma Fundamental haya previsto de modo completo y detallado los contenidos del Derecho Penal, pues tal cometido sería de difícil realización. Por ello, el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de una «discrecionalidad relativa», según la cual posee un determinado nivel de autonomía, pero, a diferencia de la discrecionalidad absoluta que poseía en el Estado Legal de Derecho, se encuentra vinculado por las mencionadas garantías, así como por los principios y valores de la Constitución.

16. En efecto, si bien ha sido común entender que el Legislador penal, en función al contexto social y dentro de la política criminal del Estado, gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuales podían ser las circunstancias agravantes o cuáles las atenuantes de las conductas penalizadas, entre otros aspectos, hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el Legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad. Así por ejemplo, en la tipificación de conductas el Legislador se encuentra prohibido de discriminar a las personas cuando tipifica determinadas conductas; asimismo, cuando determina los límites máximos o mínimos de la pena, no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia, en criterio que comparte este Colegiado,

a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena)



280

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

e igualmente modifica el procedimiento, y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal y del proceso penal¹².

De igual modo, respecto de la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas, y su relación con el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional de España, en criterio que este Colegiado comparte, ha sostenido que

El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir (...) de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, *dentro de los límites establecidos en la Constitución*, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...).¹³

Precisamente, teniendo en cuenta las disposiciones cuestionadas en el presente proceso de inconstitucionalidad, conviene ahora desarrollar algunos de los referidos principios que funcionan como garantías materiales de la Constitución.

3. El principio de legalidad en materia sancionatoria

17. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución, mediante la siguiente fórmula: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. Asimismo, ha sido recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11º, numeral 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15º).

18. En cuanto al principio de legalidad penal, este Colegiado ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC que:

(...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-609/1996. fundamento 5.

¹³ Tribunal Constitucional de España, STCE 136/1999 fundamento 23.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

281

determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

(...) Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

19. Si bien hace un siglo, aproximadamente, la ley penal, según Franz von Liszt, se constituía en la «Carta Magna del delincuente», considerando que, como consecuencia del principio de legalidad, «la ley no sólo es la fuente del derecho a castigar, sino, asimismo, su límite [y que] No garantiza sólo la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también de éstos frente al poder del Estado»¹⁴, hoy en día se puede sostener, por influencia del constitucionalismo, que el principio de legalidad penal se constituye en la «Carta Magna del ciudadano»¹⁵ que se ve sometido a un proceso», y que toda restricción de su contenido vulnerará principalmente derechos fundamentales.

20. El principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Ciertamente opera, en primer lugar, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al Juez.

21. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que

(...) En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y

¹⁴ Citado por Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 148.

¹⁵ Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal, parte general*, Ara Editores, Lima, 2004, p.103.



282

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad.¹⁶

22. Como tal, el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

23. Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103° de la Constitución, según el cual “(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)”.

24. Conforme a la exigencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, según el cual, “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

25. En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, conforme lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC), que el principio de legalidad penal exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca”,

(...) El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad (...).

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. párrafo 157 y Caso Castillo Petruzzi vs. Perú, párrafo 121.



283

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos¹⁷.

26. En cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.

4. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

27. Como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional.¹⁸ Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de España, en criterio que comparte este Colegiado,

“(…) ha de considerarse necesario (…) que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho”.¹⁹

28. Al respecto, Carbonell Mateu refiere que

Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de

¹⁷ Expediente N.º 00010-2002-AI/TC, FFJJ 45 y ss.

¹⁸ Expediente N.º 0019-2005-AI/TC, fundamento 35 y ss.

¹⁹ Tribunal Constitucional de España. STCE 105/1998 FJ 2.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional.²⁰

29. De este modo, dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes.

30. Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad.

Como afirma Luzón Peña, los bienes jurídicos son “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica”²¹.

5. El principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

31. El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad.

²⁰ Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 37.

²¹ Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Universitas, Madrid, 1996, p.327.



285

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

32. Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.

El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal. Veamos con más detalle las referidas exigencias del principio de proporcionalidad:

Examen de idoneidad. Este examen a su vez, exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin.

En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad.

En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea *merecedor* de protección por parte de Estado.

Sobre lo segundo, este Colegiado ha sostenido que “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin”.²²

Examen de necesidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos

²² Expediente 00045-2004-AI/TC FJ 38.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

286

fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental”.²³

En materia penal, el examen de necesidad exige que el Legislador estime, ineludiblemente, el *carácter fragmentario del Derecho Penal*. Al respecto, cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida.

En efecto, el Derecho Penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves. Como sostiene Hurtado Pozo,

(...) el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a éste medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones (...) Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida en que se necesaria y si es conforme al objetivo perseguido.²⁴

Así también, respecto del juicio de necesidad de pena, Caro Coria sostiene que

obedece a criterios de utilidad o rendimiento social de modo que, previo al paso de la intervención penal, es ‘necesario’ evaluar la eficacia de otros medios menos lesivos. Se trata de proteger los bienes jurídicos al menor coste social posible, si en el caso concreto se aprecia como suficiente recurrir al control administrativo o del Derecho Civil, entonces no existirá necesidad de instrumentar una medida tan drástica como la pena (...) es necesario articular el juicio de necesidad de pena con la misión del DP [Derecho Penal], en concreto con los fines de la pena que (...) están vinculados a la función motivadora en el marco de la necesidad de prevención general negativa, limitada por los fines de la prevención especial y el principio de proporcionalidad. En consecuencia, hay necesidad de pena solo si los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro gravemente.²⁵

²³ Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, FJ 109

²⁴ Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 47.

²⁵ Caro Coria, Dino Carlos. “Principio de Lesividad de bienes jurídicos-penales”. En: *Código Penal comentado*. Gaceta Jurídica, Tomo I, p.140.



282

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De este modo, en el Estado Constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tanpreciado como la libertad individual, sólo debe ser utilizado cuando no funcionen ya otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, o de otras especialidades del ordenamiento jurídico). En otros términos, antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración de los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda.

33. De este modo, el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros, el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso concreto. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido.

Como sostiene Hassemer, se puede afirmar que el principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, es el de proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso.²⁶

§2. El contenido constitucional de la disposición que consagra el delito de función. El análisis «conjunto» de las características básicas de este delito

34. 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 (...)”. La referida disposición constitucional ha establecido que la única materia que puede conocer el Código de Justicia Militar se encuentra limitada al conocimiento de los delitos relacionados estricta y exclusivamente

²⁶ Hassemer, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1, 1997, p.39.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

288

con conductas de índole militar que afectan bienes jurídicos que la Constitución le ha encomendado proteger a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

35. Al respecto, cabe mencionar, conforme a la interpretación que exige realizar la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado reiteradamente sobre el delito de función militar, siendo determinados casos del Estado peruano los que han servido de base para estos pronunciamientos. Así, en los casos *Castillo Petruzzi vs. Perú* y *Cantoral Benavides vs. Perú*, la Corte sostuvo lo siguiente:

La Corte considera que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias (...) Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.²⁷

En el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, la Corte sostuvo que

En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

En el presente caso los militares encargados (...) hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.²⁸

36. En el ordenamiento jurídico interno, en cuanto al contenido constitucional del referido artículo 173°, básicamente en lo que se refiere al delito de función, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC que

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, sentencia de fondo, párrafo 128. Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de fondo, párrafos 112 y 113.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia de fondo, párrafos 117 y 118.



289

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El delito de función se define como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.

Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.

Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que:

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

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B). En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

C). En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

37. Teniendo en cuenta la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Pomatanta Albarrán, al dirimir una contienda de competencia promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, declaró lo siguiente:

Cuarto.- (...) es de precisar desde ya, a partir de una noción estricta de la denominada "garantía criminal" -consagrada en el artículo dos, numeral veinticuatro, literal d) de la Constitución-, que la jurisdicción castrense no puede extender su competencia para conocer delitos o tipos penales no previstos taxativamente en el Código de Justicia Militar, de modo que sólo le está permitido acudir en vía supletoria a la legislación penal común, sin perjuicio de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho (...).

Sexto.- (...) es pertinente puntualizar lo siguiente: a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que 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; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal (...)"

38. A lo antes expuesto, deben agregarse las siguientes precisiones:

- a) Teniendo en cuenta que el Poder Constituyente ha circunscrito al Código de Justicia Militar únicamente la consagración de aquellas normas penales que contengan los delitos de función, la interpretación de la expresión «delito de función» debe realizarse de modo «restrictivo» y no «extensivo». En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido



291

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

exclusivamente a aquellas *conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*, de modo tal que, de un lado, de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas debe resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria.

- b) En cuanto a la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere, como ya se ha sostenido, que éste sea un bien jurídico particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a las instituciones castrenses.

A lo antes expuesto, cabe precisar, adicionalmente, que existen escasos bienes jurídicos, como *algunos contenidos* de la defensa nacional (que tiene también un ámbito militar conforme se desprende de los artículos 163° y 165° de la Constitución), que pueden ser afectados tanto por civiles como por militares, por lo que son susceptibles de ser protegidos tanto en el Código Penal (en el caso de los civiles) como en el Código de Justicia Militar (en el caso de los militares), debiendo resaltarse, en este último caso, que la afectación de aquel contenido del bien jurídico defensa nacional debe haberse producido en ejercicio de funciones exclusivamente militares. La razón de ser de las fuerzas armadas es fundamentalmente la defensa militar del Estado Constitucional.

Asimismo, cabe descartar de plano, por inconstitucional, aquellas interpretaciones, que teniendo en cuenta el criterio expuesto en el párrafo precedente, argumenten, por ejemplo, que un bien jurídico como la «vida» pueda ser susceptible de protección mediante el Código de Justicia Militar, pues en este caso este bien jurídico no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico defensa nacional. De este modo, el bien jurídico vida no pueden ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria.

De acuerdo a lo antes expuesto y conforme se desprende del artículo 173° de la Constitución, no son delitos de función y, por lo tanto, no son susceptibles de protección mediante el Código de Justicia Militar, bienes jurídicos tales como los derechos fundamentales. En efecto, derechos fundamentales como la vida, la



292

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por lo que deben ser protegidos por la legislación ordinaria. Para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares *en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él*, sino principalmente que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses.

- c) Conforme al aludido artículo 173° de la Constitución que 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”, existe, por exigencia de la propia Norma Fundamental, un ámbito de competencia material según el cual, únicamente los delitos de función pueden ser regulados en el Código de Justicia Militar. No obstante, de esta misma disposición constitucional se desprende un sentido interpretativo según el cual códigos, como por ejemplo el Código Penal, no pueden regular los delitos de función de los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

De este modo, cuando el artículo 46-A del Código Penal establece que “Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público (...)”, debe entenderse que la referencia hecha a los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional es respecto de aquellos actos que no constituyen delito de función, pues en tal caso es de aplicación el Código de Justicia Militar.

§3. Examen de constitucionalidad del Código de Justicia Militar Policial

39. Antes de proceder al examen de constitucionalidad, es conveniente precisar que el pronunciamiento que aquí efectúa el Tribunal Constitucional se va a restringir básicamente a aquellas cuestiones planteadas por la demandante, por lo que sólo constituirá cosa juzgada aquella decisión del Tribunal, ya sea estimatoria o desestimatoria, sobre las materias cuestionadas en el presente proceso de inconstitucionalidad o sobre aquellas que este Colegiado haya decidido pronunciarse debido a la conexidad con tales materias.

6. El control de las disposiciones que consagran el delito de traición a la patria

40. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 66° y 67° del Decreto Legislativo N.° 961, Código de Justicia Militar Policial (CJMP), que establecen lo siguiente:



293

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 66.- Traición a la Patria

Será sancionado con pena no menor de treinta años y hasta cadena perpetua, el militar o policía, que durante conflicto armado internacional cometa alguna de las acciones siguientes:

1. Tomar las armas contra el Perú o sus aliados o formar parte en la organización militar del enemigo.
2. Inducir a personal militar o policial para pasarse al enemigo o favorecer dicha acción.
3. Colaborar estratégicamente, favoreciendo al enemigo o intentando favorecerlo, perjudicando la defensa nacional en los siguientes casos:
 - a. Entregando tropas, territorio, plaza, puesto o posición, construcción, edificio, armamento o cualquier otro recurso humano o material de la defensa o induciendo u obligando a otro a hacerlo.
 - b. Inutilizando, impidiendo o entorpeciendo el funcionamiento o utilización, de forma temporal o permanente, de cualquier recurso o medio necesario para la defensa nacional que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
 - c. Proporcionando al enemigo, potencia extranjera u organismo internacional, cualquier información, procedimiento, asunto, acto, documento, dato u objeto cuya reunión o explotación sirva para tal fin.
 - d. Proporcionando información falsa u omitiendo la exacta respecto del enemigo que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
 - e. Difundiendo noticias desmoralizadoras o ejecutando cualquier acción derrotista, entre el personal militar o la población que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
 - f. Sosteniendo inteligencia con el enemigo.
 - g. Negándose a ejecutar o dejando de cumplir, parcial o totalmente, una orden militar o alterándola arbitrariamente que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
4. Conspirar o inducir para que otro Estado extranjero entre en guerra contra el Perú.
5. Ejecutar cualquier acto dirigido a favorecer las operaciones militares del enemigo o a perjudicar las operaciones de las fuerzas armadas peruanas. (...)

Artículo 67.- Traición a la Patria en tiempo de paz

Los supuestos del artículo anterior, en los casos que no exista guerra exterior, ni conflicto armado internacional, serán sancionados con pena privativa de la libertad no menor de veinte años, con la accesoria de inhabilitación.

Argumentos de la demandante

41. La demandante refiere que los referidos tipos penales “no pueden ser considerados delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son el propio Estado y la defensa nacional, y particularmente el deber de fidelidad que el ciudadano tiene para con la Patria; intereses jurídicos que no son exclusivos ni únicos de las Fuerzas Armadas, y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, ya sea funcionario público o no”.



294

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sostiene, además, que una prueba de que estos delitos son delitos comunes es que los tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 325° al 334° del Código Penal (Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, Capítulo I Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria).

Argumentos del demandado

42. El demandado sostiene que “Los hechos o preceptos previstos en el Art. 66° del Código de Justicia Militar Policial, no están previstos en el Art. 325° del Código Penal, pues los primeros se refieren a hechos que sólo pueden efectuar quien ejerce autoridad militar: tomar armas entregadas por el Estado, entregando tropas bajo su mando, transmitiendo información adquirida en razón a su función, para luego entregarla al enemigo. En consecuencia (...) los preceptos y sanciones son totalmente diferentes, tanto en sus contenidos en los Arts. 66° y 67° del Código de Justicia Militar, con respecto a los Arts. 325° al 330° del Código Penal”.

Asimismo, refiere que “La Defensa Nacional y los deberes con la patria, son intereses que se manifiestan con mayor incidencia en los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Sin duda, la Traición a la Patria en el caso de los militares, es una cuestión de indudable trascendencia para la seguridad del país: la función de los militares en este sentido se diferencia de la de cualquier ciudadano u otro funcionario público”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

43. Este Colegiado advierte que la cuestión a dilucidar no radica en verificar si el bien jurídico principalmente protegido mediante las disposiciones cuestionadas (la defensa nacional) tiene relevancia constitucional o no, pues ello resulta evidente si se tiene cuenta, entre otras previsiones, que el artículo 163° de la Constitución establece que “El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley”. Antes bien, la cuestión a dilucidar gira en torno a si las normas penales cuestionadas que protegen este bien jurídico -que puede ser afectado por cualquier persona, sea militar o no-, pueden ser consideradas como delito de función.
44. En tal sentido, es importante precisar que sobre el bien jurídico “defensa nacional”, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “de acuerdo con el mencionado artículo 163° de la Constitución, la Defensa Nacional es integral y permanente; por tanto, involucra al conjunto de acciones y previsiones que permiten la subsistencia y permanencia del Estado, incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo



275

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

interno, y libre de subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones (...). Es “integral” porque abarca diversos campos, como el económico, político, social, cultural, *militar*, etc.; y “permanente”, debido a que se trata de una actividad constante que se relaciona con sus sentidos preventivo y represivo”²⁹ [énfasis agregado].

45. Como se aprecia, dentro de este conjunto de acciones y previsiones que involucra la defensa nacional se encuentran ámbitos como el militar, por lo que en casos de conflicto armado internacional, se manifiesta con mayor intensidad un bien jurídico como *la defensa militar de la Nación*, el mismo que, al encontrarse relacionado con el potencial bélico de nuestras Fuerzas Armadas, puede ser protegido mediante la consagración de los delitos de función. De hecho, en situaciones de conflicto armado internacional, son los miembros de las Fuerzas Armadas quienes, dentro de las funciones que le asigna la Constitución, se encuentran obligados a garantizar la subsistencia y permanencia del Estado. De tal modo, en este caso específico, algunos contenidos de la defensa nacional se configuran también como bienes jurídicos directamente vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas –y excepcionalmente de la Policía Nacional-, por lo que tales contenidos son susceptibles de ser protegidos mediante las respectivas normas penales del Código de Justicia Militar.

46. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado inciso 1) del artículo 66° del CJMP, que establece que “Será sancionado con pena no menor de treinta años y hasta cadena perpetua, el militar o policía, que durante conflicto armado internacional cometa alguna de las acciones siguientes: 1. Tomar las armas contra el Perú o sus aliados o formar parte en la organización militar del enemigo”. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que participando en un conflicto armado internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), tome las armas contra el Perú o sus aliados o integre una organización militar enemiga, afectando la defensa nacional (*bien jurídico que contiene algunos ámbitos relacionados con la función militar y que compromete las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.

47. Respecto de los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 66° y del artículo 67° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y en relación a las cuestiones planteadas en la demanda, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.

²⁹ Expediente N.° 0017-2003-AI/TC FJ 30



296

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

48. De otro lado, conviene ahora examinar si las referidas normas penales vulneran el principio de legalidad penal establecido en el artículo 2°, inciso 24, apartado “d” de la Constitución.

En efecto, la demandante ha sostenido que en el caso de normas penales como las aquí cuestionadas, “(...) estamos frente a un mismo hecho pero regulado bajo dos tipos penales distintos. Con el agravante de que ello posibilitaría que, de forma indistinta, la misma acción pudiera ser subsumida en cualquiera de los tipos penales y, en consecuencia, juzgada por los tribunales castrenses o por la justicia ordinaria”.

49. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que en el presente caso las disposiciones cuestionadas no vulneran el principio de legalidad penal, toda vez que, conforme ya se ha sostenido, cuando el artículo 46-A del Código Penal hace referencia a los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, debe entenderse respecto de aquellos actos que no constituyen delito de función, pues como se desprende del artículo 173° de la Constitución, sólo el Código de Justicia Militar puede contener los denominados delitos de función militar. Por tanto, no se aprecia la existencia de dos tipos penales (uno en el Código Penal y otro en el Código de Justicia Militar) que a la vez sean susceptibles de ser aplicados a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

7. El control de las disposiciones que consagran los delitos de rebelión, sedición, motín y derrocamiento

50. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 68°, 70°, 71°, 72°, 73°, 74°, 75°, y 76° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 68.- Rebelión de personal militar policial:

Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para:

1. Alterar o suprimir el régimen constitucional.
2. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado.
3. Separar una parte del territorio de la República,
4. Sustraer a la obediencia del Gobierno a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

Será reprimido con pena privativa de libertad de cinco a quince años, con la pena accesoria de inhabilitación.

Artículo 70.- Sedición

Comete delito de sedición el militar o policía que tome las armas, en forma colectiva, para:

1. Impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción.
2. Incumplir una orden del servicio



297

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren o impedir el ejercicio de sus funciones.

4. Participar en algún acto de alteración del orden público.

Será reprimido con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la pena accesoria de inhabilitación.

Artículo 71.- Motín

Comete delito de motín el militar o policía, que en forma tumultuaria:

1. Se resiste o se niega a cumplir una orden de servicio

2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectuar 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 de uno a cinco años

Artículo 72.- Negativa del militar o policía a evitar rebelión, sedición o motín

No evitar la perpetración de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo, será reprimido con pena privativa no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra

Artículo 73.- Colaboración con organización ilegal

El militar o 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, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

Artículo 74.- Falsa Alarma

El militar o policía que cause falsa alarma en conflicto armado, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, que cause grave daño o afecte la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años.

Artículo 75.- Derrotismo

El militar o policía que con el fin de denigrar una guerra en la que intervenga el Perú, realice públicamente actos o profiera palabras de desprecio contra la misma, su condición o las operaciones bélicas o bien contra las fuerzas armadas peruanas; y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años.

Artículo 76.- Conspiración del personal militar policial.

El militar o 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 señalada para el delito que se trataba de perpetrar.

Argumentos de la demandante



298

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

51. La demandante refiere que los referidos tipos penales “no pueden ser considerados delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son los poderes del Estado y el orden constitucional, es decir, la organización política y social, así como la seguridad del funcionamiento y desarrollo de dicha organización. En suma: el normal ejercicio del régimen establecido constitucionalmente”.

Asimismo, refiere que “Tipos penales de estas características no guardan conexión alguna con los fines que deben cumplir las Fuerzas Armadas según la Constitución. Por lo mismo, tales intereses jurídicos no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Finalmente, aduce que estos delitos comunes se encuentran previstos en los artículos 346° y 350° del Código Penal.

Argumentos del demandado

52. El demandado ha sostenido que los bienes referidos son del mayor interés de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: “que cualquier Personal militar o Policial de tales instituciones realicen cualquiera de tales conductas, es pasible de acarrear un grave daño para el país. Es decir, las consecuencias que un militar o policía puede ocasionar a partir de la comisión de tales delitos, son considerablemente diferentes de las que correspondería a un civil. Es lógico que su responsabilidad, por las misiones constitucionales encomendadas, es diferente de la de cualquier civil u otro funcionario del Estado”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

53. En cuanto a la relación existente entre defensa nacional y seguridad interna, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta el extremo del artículo 163° de la Constitución que establece que la defensa nacional se desarrolla “en los ámbitos interno y externo”, ha sostenido que “mediante la ‘defensa interna’ se promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la *seguridad interna del Estado*. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales”³⁰ [énfasis agregado].

54. Dentro de las actividades que deben garantizar la seguridad interna se encuentran actividades tales como las que desempeñan los Poderes del Estado, los gobiernos locales y regionales, así como los efectivos policiales, y, en lo que se refiere al artículo 137° de la Constitución, también los efectivos militares, entre otros. En efecto, en el ejercicio de las funciones que le asigna la Constitución, tales instituciones deben prevenir y responder cualquier amenaza o agresión que impida el normal desarrollo interno de la actividad estatal.

55. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado inciso 1) del artículo 68° del CJMP, que establece que “Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para: 1. Alterar o suprimir el régimen constitucional”.

56. Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en forma colectiva y *en acto del servicio o con ocasión de él*, se alce en armas para alterar o suprimir el RÉGIMEN CONSTITUCIONAL (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*). En efecto, cuando se consagra como delito de función la conducta de un militar o policía que alzándose en armas busca alterar o suprimir el régimen constitucional, no se está buscando proteger un bien jurídico propio y particular de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni se está afectando la defensa militar de la Nación, sino antes bien se busca proteger un bien jurídico como el régimen constitucional, es decir, un régimen en el que existe un control efectivo de los poderes del Estado y existe una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, entre otros aspectos, y que por lo tanto, por no ser un bien jurídico estrictamente castrense, debe ser protegido mediante la legislación penal común, tal como efectivamente sucede pues el artículo 346° del Código Penal lo siguiente: “El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación”, siendo de aplicación además los artículos 46-A y 353° del Código Penal, que establecen, respectivamente, que “Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido (...)”, y “Los funcionarios,

³⁰ Expediente N.° 0017-2003-AI/TC fundamento 32.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

servidores públicos o miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, que sean culpables de los delitos previstos en este Título, serán reprimidos, además, con inhabilitación de uno a cuatro años conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 8°..

57. En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.
58. Respecto de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 68°, incisos 1 y 4 del artículo 70°, y el extremo del artículo 75° del CJMP que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que contravienen el artículo 173° de la Constitución, por lo que resultan inconstitucionales.
59. En el caso del artículo 70° del CJMP: “Incumplir una orden del servicio”, éste no resulta inconstitucional siempre y cuando se entienda, conforme al artículo 173° de la Constitución, que quien dicta la orden sea una autoridad militar.
60. Por otra parte, cabe examinar el artículo 74° del CJMP. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado o en donde las fuerzas armadas estuvieren presentes (*en acto de servicio o con ocasión de él*), cause falsa alarma o confusión o deorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, respectivamente, causando grave daño o afectando la operación militar o policial, afectando el orden militar y la defensa nacional en conflicto armado (*bienes jurídicos que contienen un componente estrictamente militar y que comprometen las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.
61. Respecto de los artículos 71°, 72° y 76° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y en relación a las cuestiones planteadas en la demanda, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.

8. El control de las disposiciones que consagran los delitos de infidencia y posesión no autorizada de información

62. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 78°, 79° y 80° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 78.- Infidencia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

301

El militar o policía que se apropia, destruya, divulgue o publique, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

Artículo 79.- Posesión no autorizada de información

El militar o policía, que en conflicto armado internacional, posee y obtiene sin autorización, información clasificada o de interés militar, sin ánimo de entregar al enemigo o potencia extranjera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cinco años.

Artículo 80.- Infidencia culposa

El militar o policía que por culpa, destruye, divulga, dejar sustraer, extravía o permite que otros conozcan información clasificada o de interés militar, que manifiestamente perjudiquen o pongan en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, confiada a su custodia, manejo o cargo; será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Argumentos de la demandante

63. La demandante refiere que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función, pues los bienes jurídicos son el propio Estado y la defensa nacional, y específicamente la defensa de la seguridad del Estado contra actos de violación de sus secretos, intereses jurídicos que definitivamente no son propios de las Fuerzas Armadas y que pueden ser afectados por cualquier ciudadano, ya sea funcionario público o no.

Asimismo, sostiene que estos delitos comunes se encuentran previstos en el artículo 330° del Código Penal.

Argumentos del demandado

64. El demandado sostiene que el referido artículo 330° del Código Penal prescribe como 'Secretos de Estado: Revelación' aquella conducta mediante la cual el agente obra por lucro o cuando hace accesible a un Estado extranjero secretos que el interés de la República exige guardarlos, y que, sin embargo, los artículos 78° a 80° del CJMP están relacionados con la conducta de cualquier militar o policía que divulgue o publique, bajo cualquier modalidad, información clasificada de interés militar o policial, que ponga en peligro la defensa nacional, el orden interno o la seguridad ciudadana.

Refiere, además, que tales preceptos son totalmente distintos, tanto en su forma como en los hechos o circunstancias en que se producen los actos delictivos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

302

Consideraciones del Tribunal Constitucional

65. Sobre el particular, cabe mencionar, que sobre el *orden interno*, el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta noción “es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional. Consiste en aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. Tal concepto hace referencia a la situación de tranquilidad, sosiego y paz dentro del territorio nacional, la cual debe ser asegurada y preservada por el órgano administrador del Estado para que se cumpla o materialice el orden público y se afirme la Defensa Nacional (...) El orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía (...)”.³¹

Asimismo, sostuvo que “en atención al principio de corrección funcional (aquel por el cual la Constitución debe interpretarse de tal manera que las funciones de cada uno de los órganos del Estado no se vean alteradas) el alcance de las competencias complementarias de las Fuerzas Armadas debe ser comprendidas bajo el principio de subsidiaridad. Desde esta perspectiva, si hay otros órganos encargados de la defensa civil, del control del orden interno y de la promoción del desarrollo económico y social, la actuación de las Fuerzas Armadas en estos campos deberá restringirse a situaciones de estricta necesidad, sólo para aquellos casos en los que los órganos normalmente competentes no lo hagan, de manera que no se altere el orden competencial establecido en la Constitución”³² [subrayado agregado].

En cuanto a la *seguridad ciudadana*, el Tribunal Constitucional ha precisado que ésta se constituye en uno de los aspectos que se encuentra comprendido dentro del orden interno. Así, sostuvo que “Fundamentalmente, el orden interno comprende tres aspectos: a) La seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); b) La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública); y c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc.)”³³.

³¹ Expediente N.º 0017-2003-AI/TC FFJJ 4, 5 y 7.

³² Expediente N.º 0017-2003-AI/TC FJ 21.

³³ Expediente N.º 0017-2003-AI/TC FJ 8.



303

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

66. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado artículo 78° del CJMP, que establece que “El militar o policía que se apropia, destruya, divulgue o publique, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación”. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad y en acto de servicio o con ocasión de él*), que se apropia, destruye, divulga o publica, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, y que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro bienes jurídicos como la defensa nacional, el orden interno o la seguridad ciudadana (*bienes jurídicos que tienen también un ámbito militar o policial, respectivamente, y que comprometen las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.

67. Respecto de los artículos 79° y 80° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.

9. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario

68. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102° y 103° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 90.- Delitos contra personas protegidas por el DIH

El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años. (...)

3. Trate de forma cruel o inhumana a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario causándole dolor o daños físicos o mentales, en especial torturándola, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

4. Viole o esclavice sexualmente, la obligue para la prostitución, prive de su capacidad de reproducción, la fuerce a unirse en matrimonio o en convivencia con otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Similar sanción penal se impondrá al que mantenga confinada a una mujer protegida por el Derecho Internacional Humanitario que ha sido embarazada sin su



304

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

consentimiento para influir en la composición étnica de una población o la obligue a abortar mediante violencia o grava amenaza. (...)

7. Ponga en peligro la vida o salud de una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, mediante alguna de las conductas siguientes:

a. Realizando experimentos sin su consentimiento previo o expreso, o que no sean necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en su interés. (...)

8. Imponga o ejecute una pena contra una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, sin que haya sido juzgada en un proceso judicial imparcial y sin las garantías del debido proceso previstas en el Derecho Internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

Artículo 91.- Forma agravada

Si mediante los hechos descritos en el artículo precedente, numerales de 2 a 7, el autor causa la muerte de la víctima o lesión grave la pena será aumentada hasta en una mitad de la máxima prevista para el delito correspondiente.

En el supuesto del numeral 8 del artículo precedente se aplicará la misma agravante cuando el autor imponga o ejecute la pena de muerte. (...)

Artículo 95.- Métodos prohibidos en las hostilidades

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades, (...)

Artículo 96.- Forma agravada

Si el autor causa la muerte o lesiones graves de un civil o persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario mediante el hecho descrito en los numerales 1 a 6 del artículo anterior, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años. Si el resultado fuere lesiones leves el autor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho(*)NOTA SPIJ años.

Capítulo III

Delitos contra el patrimonio y otros derechos

Artículo 97.- Saqueo, destrucción apropiación y confiscación de bienes

El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, saquee o, de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, destruya, se apodere o confisque bienes de la parte adversa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.

Capítulo IV

Delitos contra operaciones humanitarias y emblemas

Artículo 99.- Delitos contra operaciones humanitarias

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:



305

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o 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, (...)

Capítulo V

Delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades

Artículo 102.- Medios Prohibidos en las hostilidades

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Utilice veneno o armas venenosas.
2. Utilice armas biológicas o químicas (...)

Argumentos de la demandante

69. La demandante sostiene que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función pues “los bienes jurídicos afectados son las reglas mínimas de la guerra, las normas humanitarias que recoge el Derecho Internacional, las mismas que proscriben la realización de conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan clásicos bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia, etc., en ese contexto de especial desprotección y peligro para las víctimas (la guerra), y en el que la seguridad de sus bienes sólo depende la vigencia de esas reglas mínimas que impone el Derecho Internacional Humanitario”. Este interés jurídico, alegan, no es propio de las Fuerzas Armadas.

Argumentos del demandado

70. El demandado alega lo siguiente: “¿Cuando las fuerzas armadas entren en conflicto armado externo e infrinjan las leyes y sus respectivos reglamentos sobre derechos humanos internacionales, lo investigarán y sancionarán bajo la premisa del Código Penal?, la respuesta es obvia, ¿por qué?, porque en todos los países del mundo y en el nuestro que debe estar a la altura de las circunstancias y la globalización, la fuerza armada se conforma en el Teatro de Operaciones, independientemente que ejerzan la defensa nacional, están sometidos a la justicia militar quienes operan en forma conjunta y coordinada con el Comando del Teatro de Operaciones, a fin de sancionar los excesos que pudiera ocurrir, lo que un Juez Civil no podría estar frente al fuego del enemigo para que cumpla tal rol”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional



306

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

71. Sobre el particular, cabe precisar, como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, que “la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del *Derecho Internacional Humanitario* y del Derecho Penal Internacional”, y que el Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.³⁴

72. De este modo, es pertinente tener en consideración, entre otros, los Convenios de Ginebra: *Convenio I*, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; *Convenio II* para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; *Convenio III* relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y *Convenio IV* relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos en vigor en el Perú desde el año 1956; así como el *Protocolo I*, adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el *Protocolo II*, adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ambos en vigor en el Perú desde el año 1990.

73. Como tal, el Derecho Internacional Humanitario se constituye en aquel derecho aplicable a los conflictos armados, el mismo que tiene por finalidad reglamentar la forma como se llevan a cabo las hostilidades, fundamentalmente intentando evitar que los conflictos alcancen un punto de no retorno.³⁵

74. Seguidamente, se examinará el cuestionado inciso 1 del artículo 90° del CJMP, que establece que “El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años”.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado internacional o no internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), MATE a una

³⁴ Expediente N.º 2798-2004-HC/TC FFJJ 6 a 8.

³⁵ Bouchet-Saulnier, Francois. *Diccionario práctico de derecho humanitario*. Ediciones Península, Barcelona, 2001, p. 246.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

307

persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.

75. Respecto de los incisos 2 a 9 del artículo 90°, los artículos 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102° y 103° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y por pretender afectar bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales,.

10. El control de las disposiciones que consagran los delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación

76. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 121°, 123°, 125° y 130° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 121.- Insulto al Superior- Agresión

El militar o policía que agrede a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado con pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años.

1. Si el delito se comete en conflicto armado o si se causa lesiones graves al superior, la pena privativa de la libertad será no menor de dos ni mayor de diez años.

2. Si el delito se comete frente al enemigo o si se causa la muerte del superior la pena privativa de la libertad será no menor de diez ni mayor de veinte años.

Artículo 123.- Coacción, injuria y difamación

El militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años.

Artículo 125.- Amenazas

El militar o policía que amenaza o pide explicaciones al superior con ocasión de órdenes legítimas con el propósito de no cumplirlas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

Artículo 130.- Agresión al servicio de seguridad

El militar o policía que agrede a un centinela, vigía o personal nombrado para desempeñar servicio de seguridad, siempre que afecte de manera grave al servicio o misión que cumple, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cuatro años.

1.- Si se causa lesión grave, será sancionado con pena privativa de la libertad, no menor de cinco ni mayor a diez años.



308

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.- Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado o causa la muerte será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor a quince años.

Argumentos de la demandante

77. La demandante refiere que “los bienes jurídicos afectados son la integridad física y el honor (autovaloración y reputación), intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, refiere que estos delitos “comunes” ya se encuentran previstos en los artículos 121°, 122°, 130°, 132°, 365° y 366° del Código Penal.

Argumentos del demandado

78. El demandado argumenta que el tipo consagrado en el artículo 121° del Código Penal es el de lesiones graves en perjuicio de civiles o particulares, cuando el agente pudo prever este resultado. En cambio, afirma, el artículo 121° del CJMP tiene dos supuestos: el primero, si las lesiones se cometen u ocasionan en conflicto armado y, el segundo, si el delito se comete frente al enemigo.

Asimismo, aduce que el artículo 130° del Código Penal se refiere a la injuria, calumnia y difamación, que son delitos que afectan el honor de las personas particulares o civiles, a las que se atribuye falsamente un hecho o delito y/o ofensa a la conducta en cuanto a su honor y reputación. En cambio, alega, el artículo 123° del CJMP se refiere a la coacción, injuria y difamación, cometidos por personal militar o policial en acto de servicio, contra el superior y además que afecte gravemente la disciplina.

Finalmente, sostiene que el artículo 130° del CJMP se refiere a la agresión del personal militar o policial en el cumplimiento de su servicio o misión, de los que se evidencia que no existe relación alguna con el artículo 366° del Código Penal.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

79. En el presente caso, cabe examinar, en primer término, el primer párrafo del artículo 121° del CJMP, que establece que “El militar o policía que agrede a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado con pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años”.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que *en acto de servicio o con*



309

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ocasión de él, agrede a un superior, causándole LESIONES LEVES, afectando el bien jurídico INTEGRIDAD FÍSICA de una persona (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que el extremo del primer párrafo del artículo 121° del CJMP que establece: “causándole lesiones leves” no forma parte de las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal extremo es inconstitucional.

80. Respecto de los incisos 1 y 2 del artículo 121° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales los siguientes extremos “o si se causa lesiones graves al superior” y “o si se causa la muerte del superior”, respectivamente.

81. De otro lado, cabe examinar, el artículo 123° del CJMP, que establece que “El militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que *en acto de servicio o con ocasión de él*, COACCIONE, INJURIE o DIFAME, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, afectando bienes jurídicos como el HONOR DE UN INDIVIDUO o la LIBERTAD PERSONAL (*que no son bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que el extremo del artículo 123° del CJMP que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior” no forma parte de las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal extremo es inconstitucional.

Respecto del inciso 1 del artículo 130° y del extremo del inciso 2) del artículo 130° del CJMP que establece: “o causa la muerte”, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y por afectar bienes jurídicos que no son estrictamente castrenses como la integridad física o la vida, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales. No lo son el primer párrafo del artículo 130° ni el extremo del inciso 2) del mismo artículo que establece: “Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado”; pues en estos últimos casos se trata de una severa afectación de bienes jurídicos tales como el correcto desarrollo del servicio de seguridad o la defensa nacional, entre otros, al exigir que la conducta prohibida “afecte de manera grave al servicio o misión” o ésta se realice en “conflicto armado”.



310

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Finalmente, cabe precisar, con relación al extremo del artículo 123° del Código de Justicia Militar Policial que busca prevenir respecto de aquella conducta que “afecte gravemente la disciplina”, que no es ajeno a este Colegiado, la importancia que posee el bien jurídico castrense «*disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*», antes bien, en tanto órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe velar por el escrupuloso respeto de las disposiciones constitucionales, principalmente de aquellas que consagran los derechos fundamentales, así como de aquellas que establecen las funciones y competencias de los órganos constitucionales y de las instituciones instauradas por la Norma Fundamental (encontrándose dentro de estas últimas las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional). Precisamente, en casos como los que plantea el referido artículo 123°, si bien esta norma penal pretende prevenir respecto de aquella conducta que vulnere o amenace vulnerar el bien jurídico *disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional* y tiene precisamente como sujeto pasivo a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, lo hace apropiándose, inconstitucionalmente, de la protección de bienes jurídicos tales como la libertad personal o el honor de una persona, que no son bienes jurídicos de las instituciones castrenses y que además tiene como sujeto pasivo a una persona determinada (militar o policía de grado superior que se vio afectado en los mencionados derechos fundamentales). Mediante el delito de función militar sólo se pueden proteger bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, bienes jurídicos que sirvan para la defensa militar del Estado Constitucional.

11. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra la administración militar policial

82. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 132° y 134° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 132.- Empleo indebido de armas

El militar o policía que, estando al mando de una Unidad encargada de restablecer el orden interno o público, emplea o hace emplear las armas, sin causa justificada o sin orden expresa, o sin cumplir las formalidades previas para ello, siempre que se cause grave daño, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de diez años.

El que actúa por culpa será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años.

Artículo 134.- Contra la función y administración militar policial

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

Argumentos de la demandante

83. La demandante sostiene que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función “pues los bienes jurídicos afectados son la seguridad pública y la administración pública, intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, aduce que el tipo penal ya se encuentra previsto en el artículo 393° del Código Penal.

Argumentos del demandado

84. El demandado sostiene que “el artículo 393° del Código Penal se refiere a un tipo totalmente ajeno a la seguridad y defensa nacional, muy por el contrario se refiere a una corrupción pasiva (...) con menor sanción que la que prevé el Código de Justicia Militar Policial”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

85. En cuanto al examen del artículo 134° del CJMP, cabe mencionar que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que haga, omita o retarde un acto propio de su función operativa del servicio o hacer un acto contrario a ella, en caso de operaciones militares o policiales (*en acto de servicio o con ocasión de él*), para recibir indebidamente ventaja patrimonial, directa o indirectamente, imponga pagos, o acepte promesa de retribución, en beneficio propio o de terceros, afectando el bien jurídico ADMINISTRACION PUBLICA (*que no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.
86. Distinto es el caso del artículo 132° del CJMP, pues esta norma penal pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que, estando al mando de una Unidad encargada de restablecer el orden interno o público (*en acto de servicio*), emplea o hace emplear las armas, sin causa justificada o sin orden expresa, o sin cumplir las formalidades previas para ello, siempre que se cause *grave daño*, afectando el bien jurídico correcto ejercicio del mando militar (*bien jurídico que es propio de las*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

312

Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y relacionado con las funciones vitales de estas instituciones). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.

12. El control de las disposiciones que consagran los delitos de violación al deber militar policial y de excesos en la facultad de mando

87. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 137°, 139°, 140° y 141° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 137.- Omisión de cumplimiento de deber en función operativa

El militar o policía que omite el estricto cumplimiento de sus obligaciones y de sus deberes en función operativa, en relación al personal a su mando directo, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses a ni mayor seis años.

Artículo 139.- Excesos en la facultad de mando

El militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

Si como consecuencia de los hechos que preceden, se causare:

- 1.- Lesiones graves, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la accesoria de inhabilitación.
- 2.- Muerte será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a veinte años, con la accesoria de inhabilitación.

Los delitos de lesa humanidad están excluidos en la aplicación de este artículo.

Artículo 140.- Modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando

El militar o policía, que en acto de servicio, cause la muerte, lesiones o daños a un militar o policía, por negligencia profesional, imprudencia o impericia, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de ocho años.

Artículo 141.- Excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado

El militar o policía que en acto de servicio militar o policial:

- 1.- Veje o ultraje gravemente al subordinado.
- 2.- Impida que el subordinado, presente, prosiga o retire recurso queja o reclamación.
- 3.- Exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de acto propio de sus funciones.

Será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Argumentos de la demandante

88. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función, pues los "bienes jurídicos afectados son el desempeño normal de la



313

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

administración pública, la vida, la integridad física, el patrimonio y la libertad personal, intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 376°, 377°, 121°, 124°, 106°, 111°, 205° y 151° del Código Penal.

Argumentos del demandado

89. El demandado refiere que la omisión de deber en función operativa sancionada por el artículo 137° del CJMP es una actividad propia de militares y policías por lo que constituyen delitos de función, que no corresponden al tipo indicado en el artículo 376° del Código Penal.

En cuanto a los excesos en la facultad de mando sancionados en el artículo 139° del CJMP, menciona que sólo los militares y policías en actividad ejercen mando debido a que son los que conducen las unidades militares y policiales, y que el artículo 377° del Código Penal es de naturaleza jurídica totalmente diferente y no se encuentra relacionada en absoluto con la función militar.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

90. En cuanto al examen de los incisos 1 y 2 del artículo 139° del CJMP, debe precisarse que en las referidas normas penales no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante estas normas penales se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en el ejercicio de la función (*en acto de servicio o con ocasión de él*), se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, causando LESIONES GRAVES o la MUERTE, afectando los bienes jurídicos INTEGRIDAD FÍSICA Y VIDA (*que no son bienes jurídicos institucionales, propios y particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en las aludidas normas penales no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que estas son inconstitucionales.

91. Respecto del artículo 140° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resulta inconstitucional. Asimismo, también son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 141° del CJMP pues pretenden proteger bienes que no son propios y particulares de las Fuerzas Armadas y



314

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Policía Nacional tales como el principio derecho dignidad, honor y determinados contenidos del debido proceso en sede administrativa.

13. El control de las disposiciones que consagran los delitos que afectan a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno

92. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 142°, 143° y 144° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 142.- Afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno

El militar o policía, que en el ejercicio de sus funciones:

a) Dispone indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor a quince años, con la accesoria de inhabilitación. En el caso de combustibles o carburantes, sólo constituye delito cuando su valor sea superior a tres remuneraciones mínimas vitales.

b) Defrauda al patrimonio destinado a la defensa nacional, participando de manera concertada, directa o indirectamente, en la contratación, operación, aprovisionamiento, servicios o concesión de armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, valiéndose de su condición o la función que cumple, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor a veinte años.

Artículo 143.- Facilitamiento culposo

El militar que por culpa facilita la sustracción, extravío, desvío o la apropiación de dinero o cualquier bien mueble público o particular, puesto a disposición de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a seis años.

Artículo 144.- Avería o deterioro culposo

El militar que cause avería, deterioro o daño de importancia, en obras, depósitos, arsenales, edificios militares, naves, aeronaves, armamento, municiones o cualquier otro material de guerra, estando a cargo de su administración, manejo o funcionamiento, por culpa, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de seis años.

Argumentos de la demandante

93. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función, pues "el bien jurídico afectado es el patrimonio, interés jurídico que no es propio de las Fuerzas Armadas y puede ser afectado por cualquier ciudadano, funcionario público o no"



315

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 185°, 190° y 384° del Código Penal.

Argumentos del demandado

94. El demandado refiere que cuando el CJMP se refiere a la afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, lo hace en razón a que éstos constituyen los medios con que cuentan las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para el cumplimiento de los fines que le asigna la Constitución.

En cuanto al artículo 185° del Código Penal, sobre hurto simple, sostiene que el tipo descrito no corresponde al artículo 142° del CJMP por ser de una naturaleza jurídica diferente, por cuanto el primero se refiere a la afectación de bienes privados o del Estado que no afectan la defensa nacional.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

95. En cuanto al examen del párrafo a) del artículo 142° del CJMP, debe subrayarse que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en el ejercicio de sus funciones (*acto del servicio*), dispone indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, afectando el bien jurídico PATRIMONIO (*que no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.

96. Respecto del párrafo b) del artículo 142°, los artículos 143°, 144° y 73° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales.

14. El control de las disposiciones que consagran los delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial

97. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 147° y 149° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 147.- Certificación falsa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

316

El militar o policía que expida certificación falsa en razón de la función o profesión en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

Artículo 149.- Destrucción de documento militar policial

El militar o policía que destruye, suprime u oculta, en beneficio propio o de terceros o en perjuicio ajeno, documento verdadero del que no podía disponer, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cuatro años.

Argumentos de la demandante

98. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función, pues “el bien jurídico afectado es la fe pública, interés jurídico que no es propio de las Fuerzas Armadas y puede ser afectado por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 427°, 428° y 430° del Código Penal.

Argumentos del demandado

99. El demandado argumenta que los preceptos del CJMP son diferentes y están vinculados únicamente a la función militar policial que afecte gravemente al servicio militar policial, “lo que quiere decir que la falsificación de un documento que no tenga índole militar y que ocurra en una instalación militar constituye un delito común sancionada por la jurisdicción ordinaria”. El artículo 146° del CJMP, alega, se refiere estrictamente al contenido militar policial del documento y siempre que éste al ser falsificado o adulterado, afecte gravemente las operaciones militares o policiales.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

100. En cuanto al examen del artículo 147° del CJMP, cabe mencionar que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en razón de la función o profesión (*acto del servicio*), expida CERTIFICACIÓN FALSA en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, afectando el bien jurídico FE PÚBLICA (*que no es un bien jurídico*



317

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.

101. Respecto del artículo 149° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resulta inconstitucional.

15. El test de proporcionalidad y la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses mediante el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario

102. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 81°, 82°, 106°, 107°, 108°, 109°, 110°, 111°, 115°, 116°, 117°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 135°, 136°, 138°, 145° y 148° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 81.- Ultraje a los símbolos nacionales militares y policiales.

El militar o policía que, públicamente o por cualquier medio de difusión, ofende, ultraja, vilipendia o menosprecia, por obra o por expresión verbal, los símbolos nacionales militares y/o policiales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa.

En el caso de conflicto armado externo, la pena privativa de la libertad será no mayor de cinco años y ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

Artículo 82.- Ultraje a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú

El militar o policía que injuria, vilipendia, o menosprecia públicamente de obra, palabra por escrito o por cualquier otro medio a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa.

En el caso de conflicto armado externo, la pena privativa de la libertad será no mayor de cinco años y ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

Artículo 106.- Violación de consigna

El militar o policía que cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, que viole sus obligaciones o la consigna recibida, se embriaga durante el servicio, siempre que se ocasione daño grave al servicio o a la seguridad del objeto de la vigilancia, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años y sesenta a noventa días-multa.

Artículo 107.- Abandono de puesto de vigilancia

El militar o policía que cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y abandona su puesto, sin orden o autorización superior o se deja relevar por orden de quien no corresponde, siempre que se ocasione daño grave al servicio o a la seguridad del objeto de la vigilancia, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años y noventa a ciento veinte días-multa.



318

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 108.- Omisión de aviso o repulsión

El militar o policía que, en conflicto armado, cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y que omite dar aviso o dar la alarma inmediata de aproximación del enemigo, o cualquier anomalía o no usar sus armas, en caso de ataque para repeler el peligro, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de diez años y noventa a ciento veinte días-multa.

Si el delito se comete frente al enemigo, o si a consecuencia de la conducta punible, sufra grave daño el puesto u objeto confiado a su vigilancia, la pena privativa de la libertad será no menor de diez años y de ciento veinte días-multa.

Artículo 109.- Abandono de puesto

El militar o policía que abandona el puesto para el cual fue designado, que cumpliendo servicio de guardia, patrulla, escolta, avanzada, o integrando cualquier otra fuerza designada para cumplir una misión, o estando encargado de las comunicaciones, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con una pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años.

Si se comete el delito frente al enemigo en guerra externa o cuando pone en peligro a un numeroso grupo de personas o bienes, la pena privativa de la libertad será no menor de uno ni mayor de diez años.

Artículo 110.- Abandono de escolta

El militar o policía que abandona sin motivo justificado el servicio de escolta; y como consecuencia del abandono se cause grave daño al servicio y se perdiese vehículo, nave o aeronave, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de diez años.

El que abandona sin motivo justificado el servicio de escolta; y como consecuencia del abandono pereciese todo o parte de la tripulación o del personal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez años.

Artículo 111.- Seguridad de las instalaciones y bienes

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que por incumplimiento de alguna orden de su superior, o de sus deberes y obligaciones, causa daño a las instalaciones, bienes, documentos y/o armamento militar o policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años.

Artículo 115.- Incapacitación voluntaria para el servicio

El militar o policía que, a sabiendas, se incapacita o da su consentimiento para ser incapacitado por mutilación, enfermedad o por cualquier otro medio con el fin de ser eximido definitivamente del servicio u obtener el pase a otra situación militar o policial, será sancionado con pena privativa de la libertad, no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Artículo 116.- Simulación

El militar o policía que simula una enfermedad o defecto físico con el fin de ser eximido definitivamente del servicio u obtener el pase a otra situación militar policial,



319

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

será reprimido con pena privativa de la libertad, no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Artículo 117.- Colaboración

El militar o policía que colabora o facilita la incapacidad o simulación a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa.

Si el agente fuera personal de la sanidad, además se aplicará la sanción de inhabilitación, conforme a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 29 de éste Código, por un periodo de dos años.

Artículo 119.- Cobardía

El militar, en caso de conflicto armado, que se encontrase en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate, y en presencia del enemigo:

1. Se sustraiga o intente sustraerse por temor al cumplimiento del deber militar de enfrentarlo y cumplir con los fines que le asigna la Constitución Política del Perú, será sancionado con pena privativa de libertad de dos a ocho años.
2. Provoque, por temor, el desbande de su personal o impida su reunión, causando alarma con el fin de causar confusión, desaliento y desorden, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a quince años.
3. Huya o incite a la fuga o de cualquier modo eluda su responsabilidad, de tal manera que afecte al personal militar, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince años.

Será reprimido con la misma sanción el policía que en conflicto armado, cometa las conductas mencionadas en los incisos anteriores.

Artículo 122.- Acto tendiente a agredir o amenazar

El militar o policía que en ocasión de servicio, ejecuta actos o toma las armas con demostración manifiesta de agredir o amenazar a un superior, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años.

Si el delito se comete frente al enemigo o en situación peligrosa para la seguridad del establecimiento militar o policial, nave o aeronave será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de ocho años.

Artículo 124.- Insubordinación

El militar o policía que manifiestamente se niegue a cumplir órdenes legítimas del servicio emitidas por el Superior con las formalidades legales, o impide que otro la cumpla o que el superior la imparta u obliga a impartirlas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

- 1.- Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado o empleando armas, la pena será privativa de libertad, de cinco a diez años.
- 2.- Si el delito se comete frente a personal militar o policial o restringiendo la libertad de tránsito del superior, la pena será privativa de la libertad no menor de uno ni mayor a ocho años.
- 3.- Si se causa a consecuencia de la insubordinación el fracaso de una operación militar o policial, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor a diez años.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

320

Artículo 126.- Desobediencia

El militar o policía, que se negare a cumplir las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

Artículo 127.- Desobediencia - incumplimiento de itinerario

El militar que, altere el itinerario o derrotero fijados por el Superior, recalar en lugares no ordenados, retardar o anticipar la salida o llegada a un punto determinado injustificadamente, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

Estará incurso en el delito anteriormente previsto el policía que lo cometa prestando servicio en zonas de emergencia y en operaciones conjuntas.

Artículo 128.- Excusa indebida

El militar o policía que se excusare de cumplir sus obligaciones o no esté conforme con el puesto o servicio a que fuese destinado, invocando males supuestos, valiéndose de influencias ajenas al servicio, o con cualquier otro pretexto, causando grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

Artículo 129.- Desobediencia al servicio de seguridad

El militar o policía que desobedece la orden de un centinela, vigía o personal nombrado para desempeñar algún servicio de seguridad militar o policial, siempre que afecte de manera grave al servicio o misión que cumple, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

Artículo 135.- Reformas sin autorización

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policial que hace u ordene hacer reformas en las obras o distribución interior de un buque o aeronave o vehículos de combate al servicio de las Fuerzas Armadas o Policial, sin la debida autorización, siempre que a consecuencia de la reforma se hubiesen perjudicado o limitado gravemente su utilización o se cause grave daño al servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Artículo 136.- Daños a operaciones por culpa

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que cause daño a las operaciones de guerra o conflicto, por culpa, sin tener la condición de Jefe o estar comandando unidad militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor a tres años.

Artículo 138.- Comando negligente militar o policial

El militar o policía que, ejerciendo el comando de una unidad, dependencia, nave o aeronave por culpa:

- 1.- Haga fracasar una operación militar o policial.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

321

2.- Pierda la plaza, fuerza, puesto, aeronave o cualquier otra unidad militar o instalación policial, cuyo mando tuviesen o cuya defensa se les hubiese confiado. Será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a ocho años.

Artículo 145.- Información falsa sobre asuntos del servicio

El militar o policía que en el ejercicio de su función y en acto de servicio, a sabiendas, proporcione información falsa sobre asuntos del servicio o comunique órdenes en sentido distinto al que constare, causando el fracaso de la misión o grave perturbación del servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a seis años, con la pena accesoria de inhabilitación.

Artículo 148.- Uso indebido de insignias o distintivos

El militar o policía que en beneficio propio o de terceros, haga uso indebido de insignias o distintivos de identificación de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor a tres ni mayor a seis años.

Argumentos de la demandante

103. La demandante alega que “más allá de la trascendencia de determinados principios como el orden y la disciplina, la jerarquía, la obediencia y la subordinación, y su valor al interior de las Fuerzas Armadas, es cierto que su preservación no puede estar confiada a la justicia penal sino, única y exclusivamente, a la administración militar, la misma que puede establecer un régimen jurídico disciplinario”.

Asimismo, aduce que el CJMP califica conductas que constituyen meras infracciones de carácter administrativo, es decir, que carecen de gravedad suficiente, que no afectan bienes jurídicos de relevancia o protección constitucional y que no merecen tutela penal como delitos de función.

Finalmente, argumenta que los tipos penales aquí cuestionados contravienen el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y además, que ninguno de ellos compromete algún bien jurídico de relevancia constitucional que posean dichos institutos castrenses.

Argumentos del demandado

104. El demandado sostiene, que no se ha reparado “en la trascendencia que puede tener un acto de cobardía o el abandono de puesto de vigilancia en el caso de guerra. Así también, un acto de desobediencia en el ámbito castrense no puede ser equiparado con una desobediencia que se pueda cometer en el ámbito civil. Ello se relaciona directamente con las misiones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y la



322

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Policía Nacional que hacen que el mismo sistema de Defensa Nacional tenga efectividad”.

Asimismo, argumenta que la jurisdicción castrense, como justicia excepcional, tiene particularidades que se diferencian de los delitos que se juzgan en el ámbito ordinario, precisamente porque los bienes jurídicos de su esfera apuntan al mantenimiento propio de la institución, que sólo se consigue a través del mantenimiento de un orden y disciplina efectivos en sus cuadros.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

105. Teniendo en cuenta lo ya expuesto sobre el principio de proporcionalidad como límite al legislador penal, este Colegiado estima que las disposiciones cuestionadas en este extremo deben ser sometidas al test de proporcionalidad con el objeto de verificar si limitan arbitrariamente derechos fundamentales tales como la libertad personal.

A modo de ejemplo, conviene analizar el cuestionado artículo 148° del CJMP, que establece que “El militar o policía que en beneficio propio o de terceros, haga uso indebido de insignias o distintivos de identificación de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor a tres ni mayor a seis años”.

Examen de idoneidad. Sobre el particular, cabe mencionar, en primer término, que de una interpretación teleológica de la medida legislativa adoptada (artículo 148° del CJMP), se desprende que esta disposición legal tiene como finalidad prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional como es el “uso debido de insignias o distintivos de estas instituciones para la realización de las funciones que les asigna la Constitución”. Como tal, dada su relevancia constitucional este bien jurídico merece protección por parte del Estado.

En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 148° del CJMP) es adecuada para lograr el fin de relevancia constitucional que se pretende y que se ha mencionado en el punto anterior.

Examen de necesidad. En el presente caso, tratándose de una disposición legal que limita el ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal, se requiere de un juicio estricto, según el cual se exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para



323

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 148° del CJMP), que limita el derecho fundamental a la libertad personal, no resulta absolutamente *necesaria* para la consecución del fin que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas del aludido derecho fundamental. Así por ejemplo, mediante la utilización de disposiciones de derecho disciplinario, entre otros. En efecto, el derecho disciplinario (manifestación de la potestad sancionatoria del Estado menos aflictiva que el Derecho Penal), resulta también idóneo para proteger el aludido bien jurídico de las Fuerzas Armadas y Policiales, pero menos gravosa que el Derecho Penal. En otros términos, teniendo en cuenta el carácter fragmentario del Derecho Penal, el Estado, antes de limitar un derecho fundamental como la libertad personal (*mediante la aplicación de una pena privativa de libertad*) debe verificar y utilizar otros medios, tales como los que contiene el derecho disciplinario, entre otros, (*mediante la aplicación de sanciones tales como suspensiones, pases a situación de disponibilidad o pases a la situación de retiro*), para lograr la misma o mejor protección de un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

En este caso, a efectos de evitar una conducta (uso indebido de insignias o distintivos de identificación exclusivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional), que afecte un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policiales (como es el uso debido de insignias o distintivos de estas instituciones para la realización de las funciones que le asigna la Constitución), se limita innecesariamente el derecho fundamental a la libertad personal de los efectivos de tales instituciones (aplicando penas privativas de libertad), cuando pueden emplearse otras medidas, menos aflictivas, como aquellas que contiene el derecho disciplinario (aplicando medidas de suspensión o pase a disponibilidad o a retiro, entre otras).

Adicionalmente a lo antes expuesto, coadyuva un elemento de indudable carácter objetivo, como es la existencia de una disposición, como la Ley N.º 28338, de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, publicada en el diario oficial el 17 de agosto de 2004, en la que, en el caso de los *efectivos policiales*, contiene disposiciones, por ejemplo, con un contenido que se confunde con el aquí cuestionado artículo 148° del CJMP, que establece que el uso indebido de insignias o distintivos de identificación exclusivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor a tres ni mayor a seis años. Así, el párrafo 37.2.47 del artículo 37° de la Ley N.º 28388, establece que constituye infracción grave “Utilizar insignias de mando que no correspondan al grado y/o categoría que ostentan”, la misma que puede ser sancionada, conforme al artículo 42° de la aludida ley, con suspensión de



324

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2 a 15 días o pase a la situación de disponibilidad de 2 a 7 meses. Como se aprecia, ante una misma conducta de un efectivo policial, que protege un mismo bien jurídico, el Legislador Penal ya estableció en el año 2004 (Ley N.º 28338), una *sanción* que es sustancialmente diferente y menos aflictiva que aquella establecida en el año 2006 (Código de Justicia Militar Policial).

En consecuencia, no habiendo superado el examen de necesidad, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 148º del CJMP, afecta el principio de proporcionalidad y consecuentemente el derecho fundamental a la libertad personal, por lo que resulta inconstitucional.

Respecto de los artículos 115º, 116º, 117º y 125º del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales.

Asimismo, el referido artículo 148º del CJMP también es inconstitucional en el extremo en el que incluye a los efectivos policiales, por vulnerar el principio de legalidad penal (garantía de *lex certa*), pues determinados supuestos de hecho del tipo penal contenido en el artículo 148º del CJMP se asimilan a aquellos contenidos supuestos de hecho ya contenidos en el tipo disciplinario previsto en el párrafo 37.2.47 del artículo 37º de la Ley N.º 28338, existiendo duplicidad de contenido, dando lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad de los órganos de investigación u otras autoridades, quienes podrían subsumir la misma conducta en distintos tipos (uno penal y otro disciplinario).

106. De otro lado, este Colegiado estima que no sucede lo mismo en el caso de las disposiciones cuestionadas que establecen sanciones para aquellas conductas de efectivos militares o policiales en situaciones de conflicto armado. Así, conviene examinar el artículo 108º del CJMP, que establece: “El militar o policía que, en conflicto armado, cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y que omite dar aviso o dar la alarma inmediata de aproximación del enemigo, o cualquier anomalía o no usar sus armas, en caso de ataque para repeler el peligro, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de diez años y noventa a ciento veinte días-multa. Si el delito se comete frente al enemigo, o si a consecuencia de la conducta punible, sufra grave daño el puesto u objeto confiado a su vigilancia, la pena privativa de la libertad será no menor de diez años y de ciento veinte días-multa”.

107. Verifiquemos seguidamente si la disposición cuestionada supera o no el test de proporcionalidad y, consecuentemente, si se limita arbitrariamente derechos fundamentales como la libertad personal.



325

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Examen de idoneidad. Sobre el particular, cabe mencionar en primer término que de la interpretación teleológica de la medida legislativa adoptada (artículo 108° del CJMP), se desprende que esta disposición tiene como finalidad prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas, y de manera excepcional de la Policía Nacional, como es el “correcto funcionamiento del servicio de seguridad *en conflicto armado*”. Como tal, dada su relevancia constitucional este bien jurídico merece protección por parte del Estado.

En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 108° del CJMP) es adecuada para lograr el fin de relevancia constitucional que se pretende y que se ha mencionado en el punto anterior.

Examen de necesidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 108° del CJMP), que limita el derecho fundamental a la libertad personal, resulta necesaria para la consecución del fin que pretende, pues tal fin no se podría conseguir mediante otras medidas. En efecto, tratándose de conductas que se producen en un conflicto armado, en el que existe una grave situación de conflicto, *prima facie*: a) entre dos Estados (conflicto armado internacional), o b) en un Estado, entre sus Fuerzas Armadas –excepcionalmente con el apoyo de la Policía Nacional–, y grupos armados disidentes que llevan a cabo operaciones militares continuadas y concertadas (conflicto armado no internacional); la conducta del efectivo militar que participando como centinela omite, por ejemplo, dar aviso sobre la proximidad del enemigo, no podría ser prevenida mediante el derecho disciplinario, pues sanciones tales como la suspensión, pase a la situación de disponibilidad o pase a la situación de retiro resultarían insuficientes para disuadir al resto de efectivos respecto de la realización de esta conducta.

En consecuencia, habiendo superado el examen de necesidad, corresponde verificar si la medida legislativa cuestionada, que limita la libertad personal, es proporcional en sentido estricto, con el fin de relevancia constitucional que pretende.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que en el caso de la medida legislativa cuestionada el grado de realización del fin de relevancia constitucional de esta medida (prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar el correcto funcionamiento del servicio de seguridad en conflicto armado), es, por lo menos, equivalente al grado de afectación de la libertad personal (afectada mediante la imposición de una pena privativa de libertad).

108. Por tanto, teniendo en cuenta que el artículo 108° del CJMP ha superado el test de proporcionalidad y, consecuentemente, no vulnera el derecho fundamental a la libertad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

326

personal, el Tribunal Constitucional estima que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

109. Respecto de los cuestionamientos de los artículos 81°, 82°, 106°, 107°, 109°, 110°, 111°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 135°, 136°, 137°, 138°, 145° y 146° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que deben ser desestimados.

110. Igualmente, por las mismas razones antes expuestas, es constitucional el artículo 82° del CJMP, salvo, el extremo que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa”.

Efectos de la sentencia

111. Dadas las circunstancias especiales del presente caso y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.° 28301), tiene, en el proceso de inconstitucionalidad, funciones esenciales tales como: a) la *valoración* de la disposición sometida a enjuiciamiento, a partir del canon constitucional, para declarar su acomodamiento o no a ese canon; b) la labor de *pacificación*, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y, c) la labor de *ordenación*, toda vez que, sus decisiones, ya sean estimatorias o desestimatorias, tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho —en especial sobre los órganos jurisdiccionales—, y sobre los ciudadanos en general; considera, como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir, que al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones.

112. En el caso de los artículos 68°, 70° (incisos 1 y 4), 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102°, 103°, 134°, 139° (incisos 1 y 2), 140°, 141° (incisos 1 y 2), 142°, 143°, 144°, 147° y 149°, entre otros, del Código de Justicia Militar, que son declarados inconstitucionales por afectar el artículo 173° de la Constitución, por no constituir delitos de función, y teniendo en cuenta los efectos nulificantes de la presente sentencia, y como consecuencia, el archivo de los respectivos procesos penales ante la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional advierte que la autoridad judicial militar respectiva deberá comunicar de este hecho al Ministerio Público para que este actúe conforme a sus atribuciones constitucionales.

113. En el caso los artículos 115°, 116°, 117°, 125° y 148° del Código de Justicia Militar Policial declarados inconstitucionales por no superar el principio de proporcionalidad y



327

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cuyos bienes jurídicos de relevancia constitucional podrían ser protegidos por mecanismos tales como los que prevé el Derecho Disciplinario, entre otros, y teniendo en cuenta los efectos nulificantes de la presente sentencia, que ocasionará el archivo de los respectivos procesos penales ante la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional debe exhortar al Congreso de la República para que en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y dentro de un plazo razonable, pueda establecer aquellas medidas legislativas que estipulen sanciones disciplinarias u otras que tengan por finalidad cautelar tanto los bienes jurídicos que pretendían ser protegidos por las antes mencionadas disposiciones declaradas inconstitucionales, como aquellos otros bienes jurídicos que estime pertinentes, debiendo tenerse en consideración, además, que el artículo 2°, inciso 24, apartado “b” establece que “(...) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los artículos 68°, 70° (incisos 1 y 4), 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102°, 103°, 115°, 116°, 117°, 125°, 130° (inciso 1), 134°, 139° (incisos 1 y 2), 140°, 141° (incisos 1 y 2), 142°, 143°, 144°, 147°, 148° y 149° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, así como las siguientes disposiciones:

- a) El extremo del artículo 75° que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”.
- b) El extremo del artículo 82° que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa”.
- c) El extremo del primer párrafo del artículo 121° que establece: “causándole lesiones leves”.
- d) El extremo del inciso 1 del artículo 121° que establece: “o si se causa lesiones graves al superior”.
- e) El extremo del inciso 2 del artículo 121° que establece: “o si se causa la muerte del superior”.
- f) El extremo del artículo 123° que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior”.
- g) El extremo del inciso 2) del artículo 130° que establece: “o causa la muerte”.



328

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0012-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que se refiere al cuestionamiento de los artículos 66º, 67º, 71º, 72º, 73º, 74º, 76º, 78º, 79º, 80º, 81º, 106º, 107º, 108º, 109º, 110º, 111º, 119º, 122º, 124º, 126º, 127º, 128º, 129º, 132º, 135º, 136º, 137º, 138º, 145º y 146º del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, y en lo demás que contiene.

3. Precisar que los efectos de cosa juzgada que se produzcan como consecuencia de la presente sentencia se limitan a aquellas materias cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, que han merecido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

4. Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 59, 112 y 113.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

[Firmas manuscritas de los jueces]

Lo que certifico:

[Firma manuscrita]

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)



329

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0012-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

El Tribunal Constitucional ha conocido y resuelto las demandas de inconstitucionalidad relativas a la Ley Orgánica de la Justicia Militar y al Código de Justicia Militar, conforme aparece de las referencias precisas contenidas en los antecedentes de la sentencia que se expide en la fecha, y que decide, de manera definitiva y puntual, la demanda del Ilustre Colegio de Abogados de Lima contra el Poder Ejecutivo. Se trata, pues, de una materia que, repetitivamente, involucra a los Poderes Legislativo y Ejecutivo y, consecuentemente, al fuero privativo militar, en especial, y a la impartición de la justicia en el Perú, en general.

Los asuntos que integran la pretensión de esta controversia constitucional han originado debates públicos, no siempre técnicos, en los cuales prevalecen la pasión o la emoción, que perturban el recto juicio. El Tribunal Constitucional ha procurado arribar a la solución más adecuada a la naturaleza de las cosas y esperanzado en que los criterios eminentemente constitucionales expuestos en esta sentencia sean recogidos en la proyectada legislación que, respetando el principio constitucional de legalidad, permita a los justiciables tener el debido proceso.

En cuanto a las atribuciones del supremo órgano de interpretación constitucional, resulta pertinente recordar la valiosa opinión del trágicamente desaparecido Presidente del Tribunal Constitucional de España, Francisco Tomás y Valiente (“Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional” – Centro de Estudios Constitucionales – Biblio. Industria Gráfica, S. L., Madrid, pág. 15), según la cual,

Por medio del recurso directo contra tal o cual ley se trata de depurar el ordenamiento jurídico expulsando de él aquellas leyes o partes de leyes que sean contrarias a la Constitución. Como ésta es la norma suprema, la ley de leyes, ninguna otra norma puede ser contraria a ella y coexistir con ellas. Si lo es, si no es posible interpretarla de algún modo que la haga compatible con la Constitución, debe desaparecer del ordenamiento, y el órgano constitucional competente para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las normas es el Tribunal Constitucional: él, y sólo él, cuando se trate de normas posconstitucionales. De este modo, la coherencia del ordenamiento jurídico se restablece y la primacía de la Constitución queda restaurada.

Precedentes histórico-hispanos

La denominada “justicia militar” tiene sus antecedentes en la normatividad de privilegio establecida –entre otras monarquías– por los reyes de España y trasplantada al virreynato del Perú.

En efecto, la Ley I., dictada por Don Felipe, en Buen Retiro, el 23 de abril de 1714, resolvió que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hallándome informado del abuso que hay en el fuero militar, solicitándoles muchos que no le deben tener, por cuyo medio embarazan el uso a la Jurisdicción ordinaria y a otros, y por consecuencia (sic) la buena administración de justicia en grave perjuicio de mi servicio y de la vindicta pública; he resuelto revocar, como revoco, todo el fuero militar concedido hasta ahora; y declarar, como declaro, que los que de hoy en adelante han de gozar el referido fuero, son los militares que actualmente sirven y sirvieren en mis tropas regladas, o empleos que subsistan con ejercicio (sic) actual en guerra, y que como tales militares gozaren sueldo por mis Tesorerías de Guerra; todos los Oficiales militares de cualquier (sic) grado, que sirvieren en la Marina y Armadas de mar con patentes mías. Y sueldos por mis Tesorerías; y asimismo los militares que se hubieren retirado del servicio, y tuvieren despachos míos para gozar del fuero.

El mismo monarca español dictó la Ley II, el 25 de mayo de 1716, en Aranjuez, para resolver respecto del fuero en las causas criminales; la Ley III, de 29 de noviembre de 1716, en Madrid, para resolver el conocimiento preventivo de la justicia ordinaria contra militares delincuentes; la Ley IV, de 26 de marzo de 1718, en Madrid, sobre militares defraudadores de rentas, no siendo válido su fuero; y otras leyes que excluyen del fuero privativo a los militares que perpetren otros hechos.

Desde hace 300 años el fuero privativo militar, por propia decisión del Rey de España, fue restringido paulatinamente, como aparece del Tomo III de la “Novísima Recopilación de las Leyes de España”, impresa en Madrid, año 1805.

En el mismo sentido, en la “Enciclopedia Moderna”, publicada en 1852 por Francisco de P. Mellado, en Madrid, tomo doce, página 950, se explicaba que

Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada por la ley: así define el Código los actos que somete a su sanción. Requiere, pues, para que exista delito, que haya voluntad en el agente; si falta la intención de causar el daño, si no ha habido libertad para producirlo, la ley nada tiene que castigar. En todos los tiempos y países se ha tenido presente este principio. Las Leyes de *Partida* dicen que el delito es *mal fecho con placer de uno, en daño o deshonor de otro*. Pero además se necesita que la acción sea contraria a las leyes penales. No constituye en efecto un delito toda acción moralmente mala: un mal pensamiento puede ser vituperado por nuestra conciencia, y castigada por el Criador, mas no alcanza hasta el de la justicia de los hombres.

Y, en cuanto a los delitos militares, se expresaba que

Si en el derecho común se atiende al orden moral y material de las sociedades, la legislación militar debe regirse por la necesidad de la conservación de la obediencia y la disciplina en todo tiempo y por la seguridad del ejército en campaña. El abandono de una guardia, la desertión, el espionaje y la sedición de tropas constituyen delitos que se necesita reprimir severamente. Pero el soldado podrá cometer un robo, un homicidio, faltando de esta manera a las leyes de la justicia común; entonces deberá ser castigado por las leyes generales, a menos que aquellos delitos se perpetraren estando el ejército en campaña o al frente del enemigo en cuyo caso todas las consideraciones han de subordinarse a la necesidad de fortalecer por todos los medios el mando.

Se hacía, pues, un claro deslinde: los delitos comunes se tipifican y se sancionan por los jueces del Poder Judicial; mientras que los delitos de función se tipifican y sancionan en el fuero privativo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asimismo, aprobada en Cádiz, el 18 de marzo de 1812, la Constitución Política de la Monarquía Española, con participación de los diputados peruanos Dionisio Inca Yupanqui, Antonio Zuazo, José Lorenzo Bermúdez, Pedro García Coronel, Vicente Morales Duárez, Blas Ostolaza, Francisco Salazar y José Antonio Navarrete, contenía disposiciones ilustrativas pertinentes al caso materia de conocimiento del Tribunal Constitucional.

El artículo 1 de la denominada Constitución de Cádiz, declaró que

La Nación Española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

El artículo 10 estableció que

El territorio español comprende...En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico (...).

El artículo 250 de esa Constitución dispuso que

Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere.

La independencia y la normatividad inicial

Mediante el Decreto de 8 de setiembre de 1820 se ordenó que

- 1º.- En todos los puntos que ocupe el ejército libertador del Perú o estén bajo su inmediata protección, han fenecido de hecho las autoridades puestas por el gobierno español.
 - 2º.- Sin embargo, para que se conserve el orden en dichos puntos, deben continuar interinamente en sus funciones civiles a nombre de la Patria y bajo el nuevo orden de cosas, las mismas personas, hasta que, en vista de su conducta y de las circunstancias, se resuelvan las alteraciones oportunas para la conveniencia pública.
 - 3º.- Dichos mandatarios han de estar precisamente sujetos a las órdenes e instrucciones que se les comunicaren por mí, o por mi secretario de Gobierno.
- Dado en el cuartel General del Ejército Libertador del Perú, en Pisco, a 8 de setiembre de 1820. Primer día de la libertad del Perú. José de San Martín. Juan García del Río, Secretario de Gobierno.

De manera que se mantuvo virtualmente el *statu quo*.

En el Acta del Cabildo, suscrita por los vecinos más notables de la Ciudad de los Reyes del Perú, el 15 de julio de 1821, se estableció

Que la voluntad general está decidida por la independencia del Perú, de la dominación española y de cualquiera otra extranjera (sic); y que para que se proceda a su sanción por medio del correspondiente juramento, se conteste con copia certificada de esta Acta al mismo Señor Exmo; y firmaron.

En la Proclamación de la Independencia del Perú, de 28 de julio de 1821, se declaró que



332

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Perú es desde este momento libre e independiente por la voluntad general de los pueblos, por la justicia de su causa que Dios defiende.

Por el Decreto protectoral de 9 de agosto de 1821 se dispuso que

Subsistiendo hasta el presente en vigor todas las leyes que no están abrogadas, y siendo incompatibles con los altos destinos del Perú, y con la voluntad universal fuertemente manifestada el régimen prescripto por la Constitución de España, que con violencia se hizo jurar a los Pueblos, a la sombra de unas leyes calculadas para hacer feliz a una sección pequeña de la Europa a expensas del nuevo Mundo; he resuelto, quede enteramente abolida en todas sus partes la Constitución de España, y que las Actas de reconocimiento que existan en todos los Tribunales y Corporaciones del Estado Peruano, se desglosen del libro en que estén insertas y remitan inmediatamente al Ministerio de Gobierno, esperando del patriotismo que han acreditado todas ellas, que se apresurarán a dar el más puntual cumplimiento a esta resolución. Imprimase y circúlese. Lima, 9 de agosto de 1821. 2º de la libertad del Perú. San Martín. Bernardo Monteagudo.

Es, pues, con este Decreto que queda abrogada en el Perú la Constitución de 1812.

Empero, el Estatuto Provisional de 8 de octubre de 1821 contenía el cimiento de la estructura constitucional del Perú, con las disposiciones articuladas en las diez secciones de que consta, más los artículos adicionales.

El Poder Judicial

De acuerdo a dicho Estatuto la suprema (y exclusiva) potestad de gobierno residía en el Protector del Perú, general don José de San Martín. Los ministros de Estado eran los jefes inmediatos. Se creó un Consejo de Estado, con doce miembros. Se determinó (Sección Séptima) que

El poder judicial se administrará por la alta cámara de justicia, y demás juzgados subalternos que por ahora existen o que en lo sucesivo se establezcan.

A la alta cámara de justicia corresponden las mismas atribuciones que antes tenían las denominadas audiencias, y a más conocerá por ahora las causas civiles y criminales de los cónsules y enviados extranjeros, y de los funcionarios públicos que delincan en el ejercicio de su autoridad. También se extiende por ahora su jurisdicción a conocer sobre las presas que se hicieren por los buques de guerra del estado, o por lo que obtuvieren patentes de corso, conforme a la ley de las naciones. Las funciones del tribunal de minería quedan del mismo modo reasumidas en la alta cámara.

La alta cámara nombrará una comisión de individuos de su propio seno, y de otros jurisconsultos que se distingan por su probidad y luces, para formar inmediatamente un reglamento de administración de justicia que simplifique la de todos los juzgados inferiores, que tengan por base la igualdad ante la ley de que gozan todos los ciudadanos, la abolición de los derechos que percibían los jueces, y que desde ahora quedan terminantemente prohibidos. La misma comisión presentará un reglamento para la subsanación del juicio de presas.

Los miembros de la alta cámara permanecerán en sus destinos mientras dure su buena conducta. El tratamiento de la cámara será de V. S. I.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No hay alusión alguna a fueros privativos, en la sección referida al poder judicial. En buen romance, se prorrogaba la justicia colonial en el nuevo Estado, con magistrados supremos vitalicios.

Además, en la sección última se expresó que

Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que rejan (sic) en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este Estatuto, y con los decretos o declaraciones que se expidan por el actual gobierno.

El presente Estatuto rejará (sic) hasta que se declare la independencia en todo el territorio del Perú, en cuyo caso se convocará inmediatamente un congreso general que establezca la constitución permanente y forma de gobierno que rejará (sic) el Estado.

El Decreto de 8 de octubre de 1822, suscrito por San Martín y sus ministros Juan García del Río, Bernardo Monteagudo e Hipólito Unánue, mantuvo vigentes el Poder Judicial y las normas legales provenientes de la etapa anterior a la independencia del Perú.

El 28 de octubre de 1822 la Junta Gubernativa promulgó la ley de creación del Tribunal de Seguridad Pública, integrado por un magistrado judicial, un militar y un letrado, para el juzgamiento de los delitos de sedición, traición e infidencia.

La separación de poderes

En las Bases de la Constitución de la República Peruana, de 17 de diciembre de 1822, entre otros preceptos, se incluyeron los de

Igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.

El principio más necesario para el establecimiento y conservación de la libertad, es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes, que deben deslindarse, haciéndolas independientes unas de otras en cuanto sea dable.

Los artículos 28, 29 y 30 de la Constitución de 1823 indicaban que

El Gobierno del Perú es popular representativo

Consiste su ejercicio en la administración de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en que quedan divididas las principales funciones del Poder Nacional.

Ninguno de los tres Poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos.

La vigencia de esta Carta fue breve. Es esa la razón por la cual Toribio Pacheco ("Cuestiones Constitucionales", Grijey, pág. 73), comenta que

Contaba apenas la Constitución del año 23 con poco menos de dos años de existencia, cuando se palparon todos sus defectos y la necesidad que había de someterla a una pronta modificación. Ninguna exposición fue, a este respecto, más clara, más justa y más racional que la que hizo el ministro Pando, en la circular que, con fecha 1.º de julio de 1826, dirigió a los prefectos,



33X

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

remitiéndoles el proyecto de la Constitución de ese año y a la que se dio el nombre de boliviana por ser, con corta diferencia, la misma que el Libertador propuso a la República de Bolivia.

Conspiraciones y ejecuciones

En esos años iniciales de la República se produjeron hechos que afectaban la precaria estabilidad institucional. Bolívar estaba premunido de facultades omnipotentes. Sus decisiones estaban por encima de la Constitución. Se produjeron algunas conspiraciones, una de ellas en Ica, que fue sofocada oportunamente, por delación de uno de los cabecillas. Los presuntos autores fueron sometidos a un juicio militar sumario, sin ninguna garantía, y ejecutados el 12 de setiembre de 1824.

Mariano Felipe Paz Soldán ("Historia del Perú Independiente", tomo segundo, MDCCCLXXIV, pág. 32) precisa que

Se creyó que estas conspiraciones y movimientos eran obra de algunos oficiales capitulados en Ayacucho, quienes principiaron a conspirar en Ica desde Mayo, lo cual dio fundado motivo para que se ordenara su persecución y que fueran fusilados en donde se los aprendiera (Mayo 9); asimismo se dispuso que los capitulados residentes en otras ciudades fueran vigilados con más atención; y a los más peligrosos los remitieran a Huanuco, en donde permanecerían confinados hasta la rendición de los Castillos; se les proveyó de las raciones de ordenanza, un médico y botiquín para asistirlos en caso de enfermedad; pero al mismo tiempo se les hizo entender que si se fugaban o pervertían la opinión pública serían castigados (Mayo 19)... También ordenó Bolívar que "se persiguiera de muerte a los soldados que se levantaron y que se los fusilara donde fueren tomados".

El Consejo de Gobierno tenía a la vez serias dificultades con los extranjeros avecindados en Lima. Se había mandado organizar en toda la República la milicia Cívica (Enero 7 y 11). A los extranjeros se les había concedido la facultad de comerciar directamente sin necesidad de nombrar consignatarios peruanos (según lo disponía el Reglamento provisional de Comercio, de 1821) declarando que gozarían de la protección de las leyes a la par que los peruanos, pero quedando sujetos a las mismas cargas (28 de Marzo). Cuando se trató de hacer efectiva en la Capital, la organización de la milicia Cívica (Abril 26) se resistieron los extranjeros exponiendo que en su condición de tales no estaban obligados a ningún servicio militar. El Prefecto de Lima los reunió en su despacho (Abril 23) y se esforzó en convencerlos a que prestaran ese servicio, que tenía por objeto proteger la seguridad de sus personas y bienes; y además se les permitía comerciar, con la obligación de soportar las cargas a la par que los peruanos, y si no podían por sus ocupaciones u otras causas, contribuyeran con una cantidad mensual para sostener la milicia; todos contestaron que discutirían entre ellos la materia, consultándose con sus Cónsules. En vista de tal negativa resolvió el Consejo de Gobierno que el extranjero que no se enrolara en la milicia contribuyera con cinco mil pesos cada mes para el sostén del cuerpo, y al que se negara se le hiciera salir del país (Mayo 2). De 650 extranjeros residentes en Lima, convinieron 151 en pagar la mesada; y los demás se negaron abiertamente. El Gobierno carecía de fuerza para llevar a efecto sus mandatos; los Cónsules protestaron y la cuestión tomaba un aspecto serio y comprometido; mucho más estando todavía Rodil defendiéndose en los castillos; en su impotencia, y creyendo castigarlos, volvió a declarar vigente la prohibición de que los extranjeros pudieran comerciar directamente, y se restableció el derecho del 5 % sobre las mercaderías extranjeras. Desde entonces todos los Cónsules veían con marcada hostilidad al Gobierno de la Dictadura, que recordando los tiempos pasados, hostilizaba la libertad de industria; por esto veremos que esos Consules y sus compatriotas favorecían la oposición cada día más pronunciada contra ese Gobierno.

En tan malhadado tiempo se hallaba preso el General D. Juan de Berindoaga, último Ministro de Torre Tagle. Ya hemos dicho que se quedó con los Españoles, mas por miedo a Bolívar que por

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

abandonar la causa de la patria, que tanto y tan bien había servido. Refugiado en los Castillos, junto con el traidor Torre Tagle y muchos otros patriotas tímidos, no traidores, vivía tan alejado de Rodil y otros jefes españoles, cuanto era posible entre personas encerradas en un limitado recinto. Berindoaga tenía talento, instrucción, y mucha facilidad para escribir; por eso Torre Tagle le encargó la redacción de un *Manifiesto*, según los apuntamientos que le daba; asimismo Rodil y otros jefes le encomendaron escribir otros artículos en los periódicos que publicaban dentro del mismo Castillo, titulados *Desengaño* y el *Triunfo del Callao*; Berindoaga luchaba entre su honor y su cobardía; por el primero moderaba su lenguaje, cuanto le era posible, recordando el elevado puesto que había desempeñado; mas por cobardía no se atrevió a rechazar el vil papel de describir en esos sucios libelos de los enemigos de la patria; y aunque en los originales empleaba, para atacar a Bolívar y otros, frases menos fuertes, los jefes españoles las sustituían en la imprenta; así es que Bolívar ignorante de estos pormenores, abrigaba contra Berindoaga enojo profundo; no tanto por las injurias personales que se vertían en el *Triunfo* y que todas las atribuía a Berindoaga. No olvidaba tampoco que éste se opuso a que el Congreso revistiera de nuevo con la Dictadura; y aún intentó que el pueblo elevara una petición en ese sentido, y sus agentes recogían firmas, aunque no logró su objeto. Pero la timidez de éste crecía a proporción que aumentaba el peligro. Dentro del castillo perecían diariamente por docenas ya por el hambre, ya por la peste, los personajes que allá se asilaron; quiso salvarse del peligro, y sorprendiendo la vigilancia de los del Castillo, emprende su fuga la noche del 21 de octubre de 1825, embarcándose en una canoa, dispuesto a refugiarse en uno de los buques de guerra de Chile que permanecían en la bahía; desgraciadamente para él una de las lanchas de ronda de los patriotas, lo sorprende y lo toma preso; sin que le valiera asegurar que se pasaba voluntariamente y con ánimo de presentarse al Almirante de la Escuadra Patriota. El Consejo de Gobierno sabía que Berindoaga no traicionó de acuerdo con Torre Tagle; por esto lo hizo someter a juicio por el delito de haberse quedado entre los Españoles, en vez de emigrar. La Corte Suprema debía juzgarlo como a Ministro. Se encargó de la formación del proceso el Vocal Dr. D Ignacio Ortiz de Cevallos hombre notoriamente enemigo de Berindoaga y uno de los más fieles instrumentos del Dictador Colombiano. Entonces dominaba el espíritu anti-peruano. Ni Bolívar ni ninguno de los infinitivos que le tributaban admiración podían olvidar que Berindoaga, como Ministro de Torre Tagle, se opuso a que el Congreso le diera la Dictadura tan absoluta.

El Vocal Supremo doctor Ortiz de Cevallos hizo una acusación “lapidaria” contra Berindoaga, incluyendo la de haberse quedado en Lima cuando entraron los españoles, después de la pérdida de los Castillos. Berindoaga, que era abogado, probó con documentos y con testigos, la inconsistencia de la acusación.

Paz Soldán (ob. cit. pág. 35) expresaba que

Los jueces temían que si Berindoaga se defendía por si mismo y sin valerse de otro abogado lograría patentizar la injusticia y falsedad de algunos de los capítulos de la acusación; por eso contrariando las leyes de la naturaleza y las civiles le negaron el derecho de defenderse por si mismo, aunque era abogado y le exigieron la intervención de otro letrado y que constituyese procurador; inútil fue Berindoaga dijera a esos apasionados jueces: “*Yo he registrado en vano cuanto Código he podido tener a las manos, para ver si hay alguna ley que me prohíba defenderme, cuando se ataca a mi honor y a mi vida; cuando se trata de concitar para mi destrucción todos los elementos físicos y morales; yo he consultado la materia con personas de la mayor provida y sabiduría; todas me afirman el derecho inconcuso que me asiste para defenderme. Reclamo pues la justicia y equidad de este Supremo Tribunal*”.

El verdadero cargo de haberse quedado entre los españoles, en vez de emigrar, se atenuaba mucho atendiendo a las circunstancias que concurrieron. Comprobó hasta la evidencia que no sólo pensó emigrar, sino que su equipaje estaba ya en camino a Chancay, y en los momentos de montar, lo llamó con repetidas y urgentísimas instancias el Presidente Torre Tagle, quien le avisó que Bolívar había ordenado que se fusilara a los dos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Paz Soldán (ob. cit. pág. 45) explicaba también que

En este ruidoso juicio, en el cual se siguieron en apariencia los procedimientos de ley, la sentencia no podía ser dudosa, desde que el Tribunal lo formaban hombres sumisos al Dictador, quien no necesitaba hablar para que conocieran sus deseos; entre esos magistrados se contaban los que fueron sus Ministros y sus hechuras ¿Qué extraño pues a Berindoaga, siendo abogado, no le permitieran defenderse por sí mismo, ni que concurriera al juicio, y le exigieran firma de letrado?

Paz Soldán (ob. cit. pág. 51) reflexionaba que

El Fiscal Galdiano esforzó cuanto pudo los capítulos de su acusación; y el Tribunal condenó a la pena de muerte a Berindoaga y Terón (Febrero 27). Si esa sentencia estuviera fundada en el delito de haberse quedado Berindoaga con los españoles, se podría calificar de sentencia *draconiana*, por demasiado severa, y porque libre ya la República de sus enemigos, toda severidad era injusta; pero condenar a Berindoaga “por haber recibido instrucciones verbales reservadas para tratar con los españoles, y no haber denunciado una revelación que dos años antes de hizo el Presidente Torre Tagle”, es el colmo de la injusticia y fallar contra la claridad de las pruebas. Condenarlo porque no reveló una conversación privada y que se refería a hechos que no se realizaron, era condenar por ser fiel y por no haber denunciado pensamientos pasados.

La ejecución de Berindoaga y de Terón se realizó el 15 de abril de 1826, a las once del día.

El mismo Paz Soldán (ob. cit. pág. 55) comentó que

Los cadáveres de esos infelices, que pagaron tan caro sus extravíos o debilidad, fueron puestos a la horca, según la sentencia de la Excma. Corte Suprema, cuya ejecución recomendó justísimamente el Fiscal; y como para santificar este asesinato legal, el Ministro de Gobierno, al avisar al Secretario General del Dictador que la sentencia estaba ejecutada, le recuerda que así como la República Romana empezó a establecerse derramando Bruto la sangre de sus hijos, el Perú había presentado ese día un acto menos tremendo, pero más justo.

En esta vez –agrega Paz Soldán– Bolívar se manifestó cruel hasta el cinismo. Al día siguiente de la ejecución, cuando aún estaba fresca en la plaza de Lima la sangre de dos personas notables por sus antecedentes de familia y servicios a la patria, Bolívar daba un convite en el lugar de su residencia (la Magdalena 1 ½ legua de Lima) y declaró que no confiaba en la conciencia con que habían procedido los jueces; y para no dejar duda acerca del propósito político de semejante atrocidad, se dirige a su Edecán Coronel D. Manuel de la Puente, que pertenecía a la antigua nobleza: “que callado esta U. Señor Marqués ¿Esta Ud. Triste porque la aristocracia hizo ayer mala cara en la plaza?

La historia ha destacado los méritos innegables de Bolívar; pero ha silenciado hechos de inaudita barbaridad que cometió durante su estada en el Perú. La sentencia en el caso del general Berindoaga y Terón (un simple conductor de cartas, cuyo contenido ignoraba), fue dictada por la Corte Suprema, sin doble instancia, sin debido proceso, sin derecho de defensa; pero, sobre todo, con magistrados que obedecían órdenes de la dictadura. No existía separación de poderes. Los jueces obedecían, obsecuentes, al poder político, que en ese estadio inicial de nuestra Nación, era todopoderoso. Está, además, pendiente de evaluar, su protagonismo en las mutilaciones territoriales que sufrió nuestra República, en los años cercanos a su independencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los asesinatos de Berindoaga y de Terón fueron, pues, ordenados por Bolívar y cumplidos por los jueces. La historia no debe olvidar, entre tantos otros, esos crímenes.

La justicia en la Constituciones, leyes y reglamentos

La Constitución de 1826 señaló en sus artículos 97 a 123 las atribuciones del Poder Judicial, y en sus artículos 134 a 137 las atribuciones que, de manera exclusiva, correspondían a la Fuerza Armada. Su vigencia fue breve y precaria: 50 días y siempre que no contradijera la voluntad de Bolívar.

Los artículos 103 a 131 de la Constitución de 1828 precisaban las funciones que cumpliría el Poder Judicial; los artículos 144 a 148 indicaban que la fuerza pública estaba compuesta del Ejército, Milicia Nacional y Armada, correspondiendo al Congreso dar las ordenanzas correspondientes. Es importante, además, señalar que el artículo 161 de esta Carta dispuso literalmente que

Es un derecho de todos los ciudadanos el que se conserve la independencia del Poder Judicial.
Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes, sustanciadas, ni hacer revivir procesos fenecidos.

En términos semejantes, la Constitución de 1834, promulgada el 10 de junio de ese año, trató en sus artículos 107 a 129 de las atribuciones del Poder Judicial; y en sus artículos 138 a 143 de las de la Fuerza Armada.

El 1 de julio de 1834, el Presidente José Luis de Orbegoso promulgó la Ley según la que

En vista de la consulta que hace la Corte Suprema en 1º de octubre de 1832, sobre los inconvenientes que resultan de no restringirse (sic) a sólo el tiempo de guerra la excepción de la Ley 5ta., título 11, libro 12 de la Novísima Recopilación, del crimen de asalto a las plazas y castillos, para que sea juzgado militarmente, y no desaforado y sujeto a la jurisdicción ordinaria, como los de sedición, tumulto y asonadas que desafuera dicha ley. Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Sólo en tiempo de guerra con alguna Nación se juzgará militarmente a los que cometan el crimen de asalto a los castillos, plazas y cuarteles; pero en el de paz, serán juzgados por las justicias ordinarias y por las leyes comunes, sin excepción de fuero, como en las causas de sedición, tumultos y asonadas.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario para su cumplimiento, mandándolo imprimir, publicar y circular. Lima, a 20 de noviembre de 1832. Manuel Tellería, Presidente del Senado.- José María de Pando, Presidente de la Cámara de Diputados.- José Gregorio de la Mata, Senador Secretario.- José Goycochea, Diputado Secretario.

Por tanto mando se imprima, publique y circule y se le dé el debido cumplimiento.- Dado en la casa del Supremo Gobierno en Lima, a 1º de julio de 1834.- José Luis de Orbegoso.- Francisco Valle-Riestra.

Dentro del Título Sexto de la Constitución de 1834, destinado al Poder judicial, el artículo 110º, dispuso que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Habrá también un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de Vocales y un Fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo tribunales especiales, el número de sus Vocales, y sus respectivas atribuciones.

Aunque no se determinó los requisitos para ser Vocal o Fiscal del Consejo Supremo de Guerra, el hecho de que su nombramiento debía ser hecho por el Congreso calificaba su idoneidad e independencia.

A despecho de las garantías constitucionales, el 18 de febrero de 1836, previo proceso sumarísimo, sin derecho de defensa y sin lugar a apelación, fue fusilado, en Socabaya, el general Felipe Santiago Salaverry, por mandato de una corte marcial, que cumplía órdenes de Santa Cruz. La Ley de 25 de setiembre de 1839, aprobada por el Congreso reunido en Huancayo, rindió el homenaje de la Nación a Salaverry.

Con textos similares a los de las Cartas precedentes, la Constitución de 1839 destinó sus artículos 111 a 133 al Poder Judicial y 145 a 150 a la Fuerza Pública. Empero, es pertinente destacar que su artículo 142 dispuso que

No puede reunirse en una sola persona el mando político y militar de los departamentos y provincias.

Esta Carta de 1839 estableció, además, en su artículo 114 que

Habrá Tribunales y Juzgados Privativos para las causas de comercio, minería, diezmos, aguas, presas y comisos. El número de sus Vocales, sus atribuciones y lugares en que deben establecerse los Juzgados, se determinará por una ley.

La denominación de “Tribunales y Juzgados Privativos” no tenía el significado de estar éstos excluidos de las garantías que la impartición de justicia requería, conforme a las atribuciones del Poder Judicial.

Bajo la vigencia de esa Carta, el 23 de noviembre de 1853 el Presidente José Rufino Echenique promulgó la ley de Reglamento de Tribunales, con 461 artículos y una Sección Adicional. El Título V (Artículos 93 y 94) de esta Sección se denominó “Delitos cometidos por militares”.

El artículo 93 dispuso que

Los delitos comunes cometidos por militares serán juzgados, como los de otros cualesquiera ciudadanos, por el juez ordinario; sin otro requisito que el aviso que debe impartir el juez de la causa a la autoridad militar del departamento.

El artículo 94 expresó que

Los delitos cometidos en servicio militar, y los que se cometieren en cuartel, fortaleza, a bordo de los buques de guerra o en campamento, aún cuando fueren delitos comunes por su naturaleza, serán juzgados conforme a las ordenanzas y demás leyes del ejército, y por los jueces y consejos establecidos por ellas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Reglamento de los Tribunales fue sustituido por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912.

Respetando el principio de separación de poderes, el Estatuto Provisorio de 1855, aprobado por la Convención Nacional (Ley de 27 de julio de 1855), establecía como restricción (artículo 2.3) en el amplio catálogo de atribuciones del Presidente provisorio, la de que

No puede conocer en asunto alguno judicial.

La Constitución de 1856 antepuso el articulado referido a la Fuerza Pública (118 a 123) al que destina al Poder Judicial (124 a 133).

El artículo 118 declaró que

El objeto de la fuerza pública es garantizar los derechos de la Nación en el exterior, y asegurar el orden y ejecución de las leyes en el interior. La obediencia militar será subordinada a la Constitución y a las leyes.

Los artículos 132 y 133 se referían, por primera vez, al cargo de Fiscal de la Nación al disponer que

Para vigilar sobre el cumplimiento de las leyes, habrá un Fiscal de la Nación en la Capital de la República, Fiscales y Agentes Fiscales en los lugares y con las atribuciones que la ley designe.

El Fiscal de la Nación será nombrado en la misma forma que los Vocales de la Suprema, los departamentales como los Vocales de las Superiores; y los Agentes Fiscales como los jueces de 1ª Instancia.

La pertenencia al Poder Judicial de los miembros del Ministerio Fiscal regió hasta la Constitución de 1979. Así lo indicaban, entre otras, las leyes de 21 de marzo de 1856, 27 de setiembre de 1857, 3 de noviembre de 1862, 7 de enero de 1863, de 21 de marzo de 1873 y 19 de diciembre de 1892.

La Constitución de 1860 siguió el criterio de la Carta anterior: primero trató (artículos 119 a 123) de la Fuerza Pública; y después (artículos 124 a 130) del Poder Judicial. Suprime la denominación "Fiscal de la Nación".

La Constitución de 1867 (artículo 97), creó el cargo de Fiscal General separado del Poder Judicial, con la atribución de ser consultor del Presidente y sus Ministros, pues indicaba que

Habrà un Fiscal General Administrativo, como consultor del Gobierno y defensor de los intereses fiscales.

El Fiscal General Administrativo será nombrado por el Gobierno.



340

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La aludida Carta dedicaba los artículos 116 a 120 a la Fuerza Pública; y los artículos 121 a 130 al Poder Judicial. No presentó cambios relevantes respecto a las anteriores Constituciones.

La ley de 26 de marzo de 1884 declaró vigente, con algunas reformas, la Carta de 1860.

En ejercicio de su atribución constitucional, el Poder Judicial resolvió numerosos casos relacionados con delitos cometidos por militares.

Iniciada la infausta “Guerra del Pacífico”, el 5 de abril de 1879, los acontecimientos condujeron a que don Nicolás de Piérola asuma el cargo de Jefe Supremo de la República, y premunido de tal calidad dictó el Decreto de 27 de diciembre de 1879, con el llamado “Estatuto Provisorio”, en cuyo artículo 8 dispuso que

La traición a la Patria, la cobardía e insubordinación militares, la desertión en campaña, el peculado, la prevaricación, el cohecho, la defraudación de bienes públicos, el homicidio premeditado y alevoso y el bandolerismo, cualquiera que sea la condición del culpable, o el carácter que invista, serán, durante la presente guerra, juzgados militarmente y penados con la pena capital. Los bienes de sociedades anónimas de banco, industriales o mercantiles, serán considerados como bienes públicos para el juzgamiento y aplicación de la pena.

La grave situación que confrontaba el Perú por efecto de los actos bélicos determinó que se creara juzgados militares con atribuciones para aplicar la pena de muerte.

En el Estatuto Provisorio del Poder Ejecutivo, promulgado en Cajamarca el 30 de enero de 1883 por el general Miguel Iglesias, se señalaron las amplias atribuciones del Poder Ejecutivo; pero en su artículo 2º, expresamente se dispuso que

3. No puede conocer en asunto alguno judicial.
4. No debe conocer, ni embarazar la independencia del Poder Judicial.

El fuero privativo militar y los delitos de rebelión

En el fuero privativo militar se iniciaron numerosos procesos por delitos de rebelión, que no sólo tuvieron engorroso trámite sino que mantuvieron en zozobra a decenas de militares y civiles. Con el ánimo de pacificar el país, a poco de iniciada la primera administración del Presidente Leguía, éste promulgó el 12 de enero de 1909 la Ley N.º 963, aprobada por el Congreso, siendo presidente del Senado don Agustín Ganoza y de la Cámara de Diputados don Juan Pardo. Los efectos de esa ley fueron ampliados, por la Ley N.º 1636, del 21 de noviembre de 1912, bajo la administración del Presidente Guillermo Billinghurst y teniendo como Presidente del Senado a don Rafael Villanueva y de la Cámara de Diputados a don Juan de Dios Salazar, según el siguiente tenor

Declárase comprendidos en las amnistías concedidas desde la ley 963, a los militares que hallándose en servicio activo, tomaron parte en los actos de rebelión a que dicha ley se refiere.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El enfrentamiento entre el Congreso de la República y el Presidente Billinghurst dio como resultado que éste fuera depuesto, con consentimiento del Congreso, que designó en su reemplazo al entonces Coronel Óscar R. Benavides. El Congreso aprobó la Ley N° 2021, que fue promulgada el 13 de noviembre de 1914, por el referido Jefe del Estado, según la cual

Declárase comprendidos en la ley de amnistía 963 a los autores de los delitos practicados en el distrito de Oyón de la provincia de Cajatambo, el 8 de noviembre de 1908, a fin de que se corten todos los juicios que se encuentran pendientes con motivo de esos delitos, cualquiera que fuera su naturaleza.

Por virtud de las citadas leyes fueron cortados los procesos seguidos en el fuero militar o en el fuero ordinario, según los casos. La Ley N° 2021 hace referencia a procesos de 1908, o sea más de seis años antes, lo que significa que la justicia, entonces como ahora, no se caracterizaba precisamente por ser rápida y oportuna.

La Constitución de 1920 tuvo algunas disposiciones novedosas relativas a las garantías sociales. Excluyó del conocimiento del Poder Judicial algunas materias. En efecto, los artículos 48 y 49, respectivamente, declaraban que

Los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio.

La ley establecerá la forma cómo deben organizarse los Tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el Capital y el Trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de sus fallos.

El artículo 36 de la Constitución de 1920, en su texto original, disponía que

El Congreso dictará en casos extraordinarios, en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, las leyes y resoluciones especiales que demande su defensa; pero sin que en los juicios de excepción a que hubiere lugar se pueda sentenciar a los inculcados. Estas leyes y resoluciones no pueden estar en desacuerdo con el artículo 35.

El texto aludido fue reformado por el que expresaba que

En caso de guerra exterior, el Congreso podrá dictar leyes y resoluciones especiales, restringiendo las garantías individuales y sociales como lo requiera la defensa nacional.

Como se puede advertir, se pretendió -en el texto original- sustraer de la competencia del Poder Judicial determinados asuntos con el argumento de los “casos excepcionales”.

Los artículos 143 a 145 de dicha Carta trataron someramente de la Fuerza Pública y los artículos 146 a 157 del Poder Judicial. La justicia militar era improrrogable; así, pues el artículo 156 establecía que

La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército, a no ser en caso de guerra nacional.



3x2

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El texto original fue modificado para incluir a las Fuerzas de Policía, indicando que

La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional.

La justicia militar no comprendía, por lo tanto, a los civiles. Sin embargo, como se verá más adelante, muchos Decretos Leyes –violando la Constitución de 1920- dispusieron el sometimiento de los civiles a la jurisdicción militar.

Los artículos 213 a 219 en la Constitución de 1933 estaban dedicados a regular la temática de la Fuerza Armada; y los artículos 220 a 231 normaban las atribuciones, funciones y nombramientos del Poder Judicial.

El artículo 215 dispuso que

Las leyes y los reglamentos militares rigen la organización de la fuerza armada y su disciplina.

El artículo 216 estableció las competencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en cuanto dispuso que

El efectivo de la fuerza armada y el número de oficiales generales, superiores y subalternos, serán fijados por ley. No podrá el Poder Ejecutivo proponer ni el Congreso aprobar ascensos sino en caso de vacante.

Para impedir el abuso de la función congresal, el artículo 218 hizo incompatible ésta con los ascensos, pues indicó que

Los miembros de la fuerza armada que pertenecen al Congreso no pueden ser ascendidos a las clases de General de División, Vicealmirante, General de Brigada. Contralmirante, Coronel y Capitán de Navío, mientras dure su mandato legislativo.

Esta prohibición no es aplicable a los que previo el consentimiento de su respectiva Cámara, reingresen en el servicio en caso de guerra nacional.

La citada norma parecía innecesaria pues el artículo 99-4 de la propia Carta establecía que no eran elegibles Diputados ni Senadores, si no habían dejado sus cargos seis meses antes de la elección

Los miembros de la fuerza armada que se hallen en servicio, los empleados públicos removibles directamente por el Poder Ejecutivo, los de los Consejos Departamentales o Municipales, Sociedades Públicas de Beneficencia e instituciones o corporaciones que en alguna forma dependan de ese poder, y los que sean susceptibles de veto por él.

Obviamente, los militares en situación de retiro no podían ser ascendidos. ¿O sí?

Más allá de las disposiciones constitucionales, los tribunales militares y los jueces del Poder Judicial fueron obsecuentes con los gobiernos dictatoriales. Dictaban sentencias sin sujeción al debido proceso. Disponían la privación de libertad de miles de civiles sin permitir el ejercicio del derecho de defensa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1979

El artículo 282, original, de la Constitución de 1979, disponía que

Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de función están sometidos al Fuero respectivo y el Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el Artículo 235.

Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar.

El texto fue reformado sólo con el objeto de reemplazar la denominación de “Fuerzas Policiales” por la de “Policía Nacional”.

La Constitución de 1993

En la actual Constitución de 1993, dentro del Capítulo VIII que se refiere al Poder Judicial, el artículo 139 determina que

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Además, dentro del Capítulo XII que concierne a la Seguridad y a la Defensa Nacional, el artículo 173 dispone 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 éste no son aplicables a los civiles, salvo en los casos de 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. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

El primer Código de Justicia Militar

Haciendo historia acerca de la formulación del Código de Justicia Militar, Jorge Basadre (“Historia de la República del Perú”, Editorial Universitaria, Lima-Perú, Tomo X, Pág.252/254), escribe que

El Congreso de 1863 nombró una comisión de tres diputados y dos senadores para que se encargara de la formulación del código militar. El proyecto fue aprobado el 1º de mayo de 1865; pero jamás llegó a ser promulgado. La resolución suprema de 20 de julio de 1897 dio lugar al nombramiento de comisiones encargadas de preparar las nuevas ordenanzas militares, de donde emanó un proyecto de Código de Justicia Militar que el Ejecutivo remitió al Congreso.

La base del proyecto fueron las disposiciones del Código militar francés, sus leyes modificatorias y decretos reglamentarios hasta el 31 de agosto de 1878 y el Código español de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

justicia militar promulgado el 27 de setiembre de 1890. Al lado de sus normas introdujo otras que fueron consideradas adaptables a las condiciones del Perú.

El Código de Justicia Militar constó de cuatro libros. El primero trató de la organización y atribuciones militares; el segundo de los delitos y penas; el tercero del procedimiento judicial; y el cuarto de las faltas y de sus correcciones.

Caracterizó al Código la tendencia a ampliar la jurisdicción militar, y a aplicar el fuero privativo a los paisanos por infracciones que, en principio, correspondían a la exclusiva competencia de la justicia ordinaria. Quedaron sometidos a dicho fuero el salteamiento, la destrucción de hilos telegráficos, el ataque a conductores de valijas o el robo de éstas, el levantamiento de rieles o la obstrucción de vías férreas, la destrucción de puentes, el ataque a tres o carros a mano armada, el incendio, el secuestro de personas y otros delitos similares, con la única condición de que el delincuente hubiera pertenecido a "banda" que para ser tal, bastaba que fuese constituida por dos o más personas. El Código pretendió hacer extensivo, pues, su radio de acción principalmente a las montoneras revolucionarias porque eran ellas las que atacaban poblaciones, robaban valijas, rompían los hilos de comunicación, destruían puentes, asaltaban trenes y carros, incendiaban, secuestraban personas y perpetraban otras violencias semejantes. No puso como condición que se estuviera en tiempo de guerra nacional y dentro del territorio de las operaciones militares.

La promulgación del Código de Justicia Militar tuvo lugar por la ley de 20 de diciembre de 1898. Sin embargo, dicha ley sustituyó la pena de muerte, establecida en él para ciertos delitos, por la de veinte años de penitenciaría con la advertencia de que esta subrogación surtiría efecto "hasta la próxima reunión del Congreso". La ejecutoria de la Corte Suprema de 11 de mayo de 1917 declaró que el mencionado precepto de la ley de 1898 "no envuelve una gracia anticipada acordada a los delincuentes dentro del periodo comprendido entre el 20 de enero de 1899 en que empezó a regir el Código y el 28 de julio del propio año en que se instaló el inmediato Congreso ordinario, sino la remisión de todas las disposiciones que imponían pena de muerte fuera de los casos de homicidio calificado, a la próxima legislatura, estimándolas como reforma del artículo 16 de la Constitución del Estado". El Congreso no trató de este asunto ni en 1899, ni en los años siguientes. La ejecutoria mencionada corresponde a la tendencia constante en el tribunal supremo de no aplicar la pena de muerte.

El Código de Justicia Militar fue utilizado en diversas oportunidades para arrancar al fuero común determinados procesos teñidos por el colorido político, de acuerdo con los deseos del gobierno de buscar tramitaciones rápidas y castigos severos. Rigió, con algunas enmiendas que lo limitaron, hasta la adopción del decreto-ley N° 8991, el 16 de octubre de 1939.

La Cámara de Diputados aprobó en la legislatura de 1899 un proyecto iniciado por un grupo de representantes opositoristas y adversarios de la institución castrense, por el que se suspendía la vigencia del Código de Justicia Militar calificado como anti-democrático, por establecer el Consejo de Guerra y Marina con independencia de la Corte Suprema y por la amplitud concedida al fuero privativo. El senado no secundó esta actitud.

Del espíritu severo con que Piérola quiso, como Presidente, que fuera aplicado el Código de Justicia Militar, dan una idea estas palabras suyas pertenecientes al discurso que pronunció en 1899 al instalar el Consejo Supremo de Guerra y Marina:

"Necesario es, sin duda, que nuestras escuelas siembren la doctrina; que amolden, por la educación, al joven soldado; pero todo ello será inútil si, en la práctica, no manteneis una y otra con paternal inflexibilidad, con advertencia provechosamente oportuna, con rectitud inquebrantable, contra cuanto, en nuestro ejército, brote de torcido y vicioso; que esto es para el enflaquecimiento primero, gravísima enfermedad muy luego, ruina inevitable, finalmente."

"En el ejercicio de vuestras funciones, no olvideis un instante que hay compasiones crueles. Tales son las que se tiene con la culpa, relajando su sanción. La impunidad hace culpados y engendra el daño de todos."

"Pensad, señores, que no podeis relajar la corrección, que aflige a uno casi siempre en servicio suyo, sin lastimar hondamente el interés de todos; y que no hay bondad, sino extravío y culpa, en dañar indebidamente a todos, por economizar el debido y saludable sufrimiento de uno".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El propio Basadre (ob. cit. Tomo XI, pág. 104) refiere que por resolución suprema de 8 de enero de 1901, se dispuso que el Código de Justicia Militar comprendiera, también, a los miembros de la Marina de Guerra.

El 18 de marzo de 1905, el general César Canevaro, Presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina, leyó su discurso-memoria; y respecto a la justicia militar expresó que

Desde la creación de las primeras fuerzas militares, hubo necesidad de reunir al mando de las armas, la potestad judicial independiente de la ordinaria. La justicia en el Ejército, como en la Armada, debe ser la justicia del mando; elemento de su existencia inherente a inseparable, y tan antiguo como los mismos ejércitos.

La revisión de los fallos de los Consejos de Guerra por los Tribunales comunes, amengua el prestigio de esos Consejos, su influencia moral, el religioso acatamiento que es necesario que se inspire al militar el fallo de sus propios jefes.

El servicio de las armas está reglado por conocimientos profesionales, que son indispensables para apreciar y valorizar los actos punibles; aún la composición de Tribunales con militares de mar y tierra, sólo es aceptable en los de casación. En los delitos militares existe un problema eminentemente técnico como antecedente del problema jurídico; cuando ellos se resuelven ante los consejos de Guerra, es un verdadero juramento técnico el que resuelve.

Esos conceptos de incuestionable verdad, han hecho exclamar a uno de nuestros juristas militares: "El territorio nacional es deleznable, si ejército aguerrido no enarbola su enseña; sus derechos están a flote, si poderosa escuadra no afianza su bandera; y no hay ejército ni escuadra sin severa disciplina, ni disciplina sin justicia militar pronta, directa, independiente".

En relación con la legislación militar, el propio general Canevaro consideró que

La institución militar, que impone deberes especiales, que exige en casos dados la obediencia sin observación, y el valor y sangre fría hasta el heroísmo y la abnegación, deberes que la sociedad no impone a los demás, necesita preceptos especiales con sanción penal que los haga indeclinablemente obligatorios; así como preceptos también especiales, que a la vez contengan el abuso del que manda, cuando exige una obediencia imprudente o un heroísmo estéril.

La H. Cámara de Diputados de 1871 sancionó esos principios, al aceptar la siguiente argumentación del doctor Luis Carranza: "Hay necesidad de reconocer la existencia de los Tribunales militares, desde que las condiciones especiales en que colocan otros hábitos y otros deberes al ciudadano armado por la ley, exige un Código distinto, trámites más rápidos, más eficaz sanción que la de nuestros procedimientos comunes. ¿Cuántas faltas hay, en efecto, que en el soldado merecen un severo castigo, y que son insignificantes o de puro honor para el simple ciudadano? ¿Cómo podrían ser castigadas, cómo podrían reprimirse esas faltas conforme a nuestros procedimientos ordinarios de penalidad?

Comentando el ejercicio abusivo de las atribuciones del Jefe del Estado y la importancia del Código de Justicia Militar del 21 de enero de 1898, el mismo general Canevaro, puntualizó que

A pesar de la emancipación política del Perú, continuaron rigiendo las ordenanzas españolas de 22 de octubre de 1778, en las que estaban comprendidas las disposiciones disciplinarias, administrativas y judiciales sobre el Ejército.

En cuanto al ejercicio de las últimas, el Presidente de la República, en virtud de facultades heredadas de los Virreyes, que le fueron ratificadas por resolución de 19 de julio de 1827, nombraba un juez fiscal y designaba el personal de los Consejos de Guerra, para cada causa; y

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

del fallo de éstos conocía en revisión, únicamente, el mismo Presidente, sin más restricción que no agravar la pena. La Constitución Política de 1834 creó un Consejo Supremo de Guerra y Marina, compuesto de Vocales de la Corte Suprema de Justicia y de Generales del Ejército y la Armada, que se interpolaban y precedían, siguiendo la antigüedad de su respectivo título o despacho. La Constitución de 1839 guardó silencio sobre ese Consejo Supremo; y por equivocado concepto sobre la vigencia de las leyes, volvió la facultad revisora al Presidente de la República.

Esa dictadura absoluta del Jefe del Poder Ejecutivo en materia de justicia militar, manifiestamente inconstitucional, burla sangrienta del sistema representativo y que convertía a los tribunales militares en secuaces de los odios y venganzas del Jefe del estado, duró hasta el 20 de enero de 1898, en que principió a regir el Código de Justicia Militar, que puso fin a tanto absurdo y arbitrariedad, restableció el Consejo Supremo de Guerra y Marina, y creó y afianzó la independencia del Poder Judicial Militar; por lo que el proyecto de la comisión reformadora de dicho Código, lo califica de “conquista la más avanzada y seguramente la más valiosa que ha podido obtenerse en materia de legislación militar.”

En otra ocasión he dicho: “El Código de Justicia Militar continúa produciendo buenos resultados, respecto del orden, moralidad y disciplina de nuestro Ejército. La recta y severa aplicación de sus preceptos ha contribuido, de eficaz manera, a detener antiguas corruptelas y castigos arbitrarios, que la costumbre habían sancionado, por la derogación que el tiempo impuso a las vetustas leyes militares coloniales. Difícil era señalar el límite entre los derechos y deberes recíprocos, entre todos y cada uno de los individuos que forman la gran familia militar, sin que existiera un Código que los determinara y precisara. Generalmente se ampliaban los derechos del superior y se restringían los del inferior; éste se habituaba a recibir como concesión graciosa, lo que era de su derecho, y aquel, a otorgar como merced lo que era su deber. Criterios tan diversos hacían imposible una regla aunque fuese arbitraria en las relaciones jerárquicas; pues los diversos conceptos sobre disciplina militar hacían imposible todo precedente. Las penas de las ordenanzas españolas reñían con nuestro sistema republicano, y se sustituían por las que los jefes creían conveniente. Desde la vigencia del Código se ha reducido notablemente el número de juicios militares en el ejército activo, lo que revela un mejoramiento notable en la disciplina de nuestras tropas. La severa lección que con motivo de la sublevación del escuadrón “Húsares de Junín” número 1 el mes de febrero de 1902 en Chiclayo, ha recibido el Ejército, ha de influir poderosamente para desterrar por siempre, las sediciones y motines de cuartel”.

El general Canevaro propuso algunas reformas para subsanar los defectos advertidos en el Código de Justicia Militar, sobre organización y funciones del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Auditor General.

En su discurso-memoria del 18 de marzo de 1906, el propio general César Canevaro, siempre como Presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina, refiriéndose al Código de Justicia Militar, sostuvo que

Se ha dicho por estadistas y jurisconsultos notables, y se ha repetido en el seno de las Cámaras Legislativas, que el Código de Justicia Militar promulgado el 20 de enero de 1898, ha sido una “conquista la más avanzada y seguramente la más valiosa que ha podido obtenerse en materia de legislación militar”. ¿Qué era, en verdad, esta legislación, hasta que comenzó a regir el Código?

En cuanto a los derechos, obligaciones y penas, difícil era señalar el límite de los derechos y deberes recíprocos, entre todos y cada uno de los individuos que forman la gran familia militar, sin que existiera un Código que los determinara y precisara.

Generalmente se ampliaban los derechos del superior y se restringían los del inferior; éste se habituaba a recibir como concesión lo que era de su derecho; y aquél, a otorgar como merced lo que era de su deber; y criterios tan diversos hacían imposible una regla aunque fuese arbitraria, en relaciones jerárquicas; pues los diversos conceptos sobre la disciplina militar, hacían



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

imposible todo precedente. Las penas de las ordenanzas españolas reñían con nuestro sistema republicano, y sustituían por las que los jefes creían conveniente.

El general Canevaro repitió literalmente su discurso-memoria del año anterior. Ciertamente, no tuvo imaginación para cambiar el libreto. El tiempo se había detenido.

Los discursos-memoria del general Canevaro aparecen en los Anales de la Justicia Militar, tomo cuarto, bienio 1905-1906, Imprenta "El Lucero", 1908, Ministerio de Guerra y Marina.

Casos notables en la jurisprudencia en materia de delitos cometidos por militares

El conocimiento de los delitos cometidos por militares correspondió, primero, al Poder Judicial y, posteriormente, al fuero privativo militar. Sin embargo, no hay una separación plena y tajante. En algunos estadios de la República los civiles fueron, también, sometidos a la justicia militar, arbitrariamente.

La jurisprudencia de la justicia militar es vasta. Comprende los períodos en que no hubo codificación (en palabras del general Canevaro, **convertía a los tribunales militares en secuaces de los odios y venganzas del Jefe del Estado**) y los que se rigieron por los sucesivos Códigos de Justicia Militar.

Examinemos algunos casos.

El 21 de enero de 1875, la Corte Suprema expidió, en discordia, la sentencia que impuso la pena de muerte al sargento mayor Juan Patiño y al capitán Laureano Espinoza que, cumpliendo las órdenes del coronel Marcelino Gutiérrez, asesinaron al Presidente Balta.

El dictamen del Fiscal Supremo doctor Ureta, en ese proceso, tuvo el texto siguiente:

Excmo. Señor:

Está plenamente probado, como se refiere en las sentencia de 1ª y 2ª instancias a fojas 476 vuelta y 566 vuelta, que los enjuiciados sargento mayor Narciso Nájar, Teniente Juan Patiño y capitán Laureano Espinosa concurren a matar en la mañana del 26 de julio de 1872, al señor coronel don José Balta que, depuesto de la Presidencia de la República desde el día 22 por la rebelión de los coroneles Gutiérrez, proclamando la dictadura de don Tomás, se hallaba preso en la segunda pieza de la mayoría del cuartel de San Francisco, y en ese cuartel el batallón Zepita bajo las órdenes de su coronel don Marcelino Gutiérrez.

Estos reos fueron condenados en 1ª instancia a penitenciaría por quince años, mas en la segunda la Ilma. Corte Superior de este distrito, revocando la anterior, ha impuesto a los dos primeros la pena de muerte, que será ejecutada en uno de los dos, conforme al inciso segundo del artículo 70 del Código Penal; y confirmando aquella sentencia, en la parte que aplica penitenciaría en 4º grado a Laureano Espinosa.

Mas debe también considerarse, que estos reos no ejecutaron el crimen sino en virtud de la orden y bajo las órdenes del coronel Marcelino Gutiérrez, que a la cabeza de su batallón disponía del cuartel, y obraba feroz y desesperado desde que recibió momentos antes el papel de f. 140 que contiene las siguientes palabras: "Marcelino: han muerto a Silvestre -asegúrate- tu hermano-Tomás Gutiérrez".



348

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El art. 9º del Código Penal designa como 6ª circunstancia atenuante “haberse ejecutado el delito a consecuencia de la seducción de un superior por razón de influjo o autoridad; el art. 58 prescribe que “cuando concurran circunstancias atenuantes en un homicidio”, al cual señala la ley pena de muerte, se convierta ésta en el 4º grado de penitenciaría.

Exacta es la calificación que del delito ha hecho la Iltrma. Corte Superior “homicidio ejecutado sobre seguro”, al cual corresponde la pena de muerte, señalada en el inciso 2º del art. 232; pero concurriendo la citada circunstancia atenuante debe cumplirse lo dispuesto en el art. 58.

Resulta pues que se ha impuesto a los reos Nájjar y Patiño una pena más grave que la que designa la ley. En este caso hay la nulidad prevista por el inciso 1º del art. 157 del Código de Enjuiciamientos Penal.

Puede por tanto servirse V. E. declarar que hay nulidad en la parte revocatoria de la sentencia de vista de f. 156 vuelta; y, reformándola, imponer la de penitenciaría en 4º grado a los referidos Narciso Nájjar y Juan Patiño.

Acerca del otro reo que se halla condenado a ese mismo grado de penitenciaría, este ministerio opina que no hay nulidad; sino que sea admisible la distinción hecha en la sentencia de vista, pues era el reo que concurrió a la ejecución del crimen, quien debía haber acreditado que no hizo uso del arma que llevaba.

Lima, 13 de noviembre de 1874. Ureta.

La propia Corte Suprema dictó la sentencia de 27 de julio de 1876, por la cual se condenó a Juan Boza a la pena de quince años de penitenciaría, por el homicidio frustrado del Presidente Manuel Pardo. Esa sentencia fue precedida del dictamen del Fiscal doctor Fuentes, quien opinó porque se aplique a Boza la pena de muerte. El dictamen contiene apreciaciones jurídicas, políticas e históricas que es necesario rescatar. Literalmente, expresó:

Exmo Señor:

V. E. está llamado a juzgar hoy uno de aquellos hechos cuya gravedad estriba sobre todo en las desastrosas consecuencias que para la República traería su repetición.

El homicidio sirviéndose de medio para realizar fines políticos, y no el homicidio como quiera, sino el homicidio alevoso e intentado contra la persona del Jefe del Estado, es un hecho que no puede admitir excusa de ninguna especie y que prueba en muy alto grado la perversidad de sus autores. No es que, absolutamente hablando, haya una vida más preciosa que otra; sino que las consecuencias del homicidio en tales condiciones perpetrado trae consigo el desorden y la anarquía en la sociedad, como consecuencia inmediata; y para lo sucesivo el entronizamiento de las malas pasiones en las masas así como la pérdida del respeto al orden y a las autoridades constituidas.

Las revoluciones políticas del Perú han revestido desde el año 1865, un carácter tan sanguinario; sus caudillos y cómplices se han lanzado, por lo general, en una vía tan desastrosa que es de temerse si la ley no se aplica recta e inflexiblemente, que los delitos políticos en nuestro país sean la repetición de actos de la más espantosa criminalidad.

En el año 1872, sobre todo, la República ha presenciado uno de aquellos hechos cuyo recuerdo sobrecoge aún a los espíritus honrados, y cuyos detalles, siempre fijos en la memoria de cada cual, hacen más de una vez lamentar el extravío moral en que incurrieron sus autores y, más que todo, que la ley no cayera sobre ellos con la estricta y debida severidad. Si a los asesinos del Excmo. Sr. Coronel D. José Balta se les hubiera aplicado la pena que realmente merecían; si no se hubiera usado de conmiseración para atenuar el castigo a que se habían hecho acreedores los que, aprovechando de un tumulto popular, asesinaron alevosa y traidoramente al Jefe del Estado, que se hallaba a la sazón preso e indefenso; si, en fin, en aquella ocasión, se hubieran previsto las consecuencias que una mala entendida compasión debía producir; es más que seguro que aquel drama fatal no hubiera tenido su segunda parte.

El hecho cometido en la plaza principal de esta ciudad el 22 de agosto de 1874, conmovió hondamente a la sociedad entera; y, en presencia de él, los hombres de bien, abandonando

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

algunos de ellos sus ideas y sus resentimientos políticos, alzaron la voz para condenar el crimen empleando como triste y funesto medio de satisfacer ambiciones prematuras y derribar del poder al Presidente Constitucional de la República. ¿Quién no presencié en ese tremendo día y en los subsiguientes, la consternación y el espanto que reinaron en esta capital?. ¿Quién no rindió un tributo de gracias a la Divina Providencia que, desviando las balas de los asesinos, quiso evitar días de duelo a la República, días de turbulencia y de criminales escenas y, por último, una mancha de eterno baldón sobre un pueblo entero, siempre recomendado por la dulzura de su índole, pero al que se arrastra continuamente al crimen y a la barbarie por odiosos e implacables enemigos del orden social? No hubo quizás un solo ciudadano que no comprendiera en el fuero de su conciencia, cual era el daño del que se había librado el país y cual debía ser la expiación a que los autores del atentado se habían hecho acreedores.

Después de la dispersión de los rebeldes y conspiradores del 22 de agosto, fueron puestos a disposición del juez de turno numerosos individuos como acusados de participación en los hechos ocurridos. El juez de primera instancia Dr. Carmelino, con un celo y una laboriosidad que lo honran a todas luces, instruyó un sumario tal como sería de desear sirviera de modelo a muchos de nuestros jueces. En mérito de lo que dicho sumario arroja, sólo continuó la causa hasta pronunciarse la sentencia contra los reos Boza, Castañeda, Cortínez y Bermejo, por haberse justamente sobreesido contra muchos de los acusados y por no haber podido ser habidos los demás.

Para los reos contra quienes ha continuado el juicio el resultado de esto ha sido en la sentencia de vista de fs. 178 vta.: la absolución de la instancia de Castañeda, en cuanto al delito de rebelión; la absolución definitiva de Bermejo en cuanto al delito de homicidio y de la instancia en cuanto a rebelión; y, por último, la imposición a Boza de la pena de penitenciaría en 4º grado.

Aún cuando, como es natural, sólo Boza ha interpuesto el extraordinario recurso de nulidad, el adjunto estaría en su derecho, tratándose de un asunto criminal, de solicitar de V. E. la nulidad del citado fallo de vista, en cuanto absuelve de la instancia en la acusación de homicidio al reo Castañeda, si no fuera ya punto resuelto por V. E. la improcedencia de recursos interpuestos contra fallos de esa especie. Se abstendrá, por lo mismo, de manifestar cuan lamentable es, en cuanto a Castañeda, el error en que la sala del crimen ha incurrido dando por no manifiesta una culpabilidad que resulta plenamente comprobada del proceso, como muy bien lo ha demostrado el juez de primera instancia en su sentencia de fs. 117 vta. Lo mismo podría decirse de la absolución de la instancia de Bermejo, en cuanto al delito de rebelión que ninguno de los funcionarios judiciales que en el juicio han intervenido, ha estimado probado.

Limitándose el adjunto a las demás partes de la sentencia de vista, nada tiene que decir sino con respecto a la que se refiere al enjuiciado Juan Boza, quien no se ha conformado con el fallo de la sala del crimen. El que suscribe tampoco encuentra arreglado a ley el citado fallo; pero no cree, como Boza, que haya habido exceso en la aplicación de la pena, sino antes bien que haya defecto en ella.

No es necesario entrar en el examen de las pruebas que los autos arrojan en contra de Boza. La exposición que de los hechos se ve en la exposición fiscal y en la sentencia de primera instancia es en todo exacta. Reproduciendo pues esas piezas en esa parte pasa el Adjunto a examinar la cuestión de la pena que ha debido ponerse al reo.

En el homicidio cuya ejecución es imputada con justicia a Boza, han incurrido cierta y evidentemente las circunstancias expresadas en el inciso 2º art. 232 del Código Penal. Se ha cometido delito con una no desmentida premeditación, se ha atacado a S. E. el Presidente de la República con arma de fuego, en que éste salía de Palacio descuidado, a pié y desarmado; se ha estado esperando su salida para disparar contra él los tiros de revólver cuando estuviese al alcance de los asesinos; y, por último, Boza que fue el primero que sobre S. E. disparó traidoramente un tiro estaba rodeado de sus cómplices, de tal modo que iban sobre seguro a dar muerte al presidente, y que sólo una providencial casualidad ha podido libertar a éste. Habiendo concurrido esos requisitos, si el homicidio se hubiese consumado, Boza sería acreedor a la pena de muerte. No habiendo por fortuna logrado su intento el reo, el delito debe considerarse sólo como frustrado, tanto por el artículo 3º como por el 241 del C. P.



350

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Considerando pues aisladamente el delito de homicidio de que el artículo 232 se ocupa, Boza merece la pena de penitenciaría en cuarto grado.

Pero, si la premeditación, la traición y alevosías entran aquí, no como circunstancias agravantes, sino como circunstancias constitutivas del delito (artículo 55 del Código Penal), han ocurrido en el crimen otras condiciones de las enumeradas en el artículo 10, que no son esenciales del delito previsto en el artículo 232 y que, por lo tanto, conforme a lo preceptuado en los artículos 55 y 57 del prenotado Código, deben tomarse en cuenta para aumentar al reo la pena en uno o más términos.

Dispone el artículo 45 que al culpable de dos o más delitos se le impondrá la pena correspondiente al delito más grave, considerándose los demás como circunstancias agravantes. Quien quiera que lea el presente proceso no podrá menos que convencerse de que Boza está convicto de dos delitos: el de homicidio calificado y el de rebelión. Todo demuestra en autos, inclusive la declaración del reo, que éste estaba comprometido en un complot para derrocar al actual orden de cosas. Todo demuestra también que el homicidio no era sino el principio o el medio de llegar a la comisión de otro delito. Aplicando pues el art. 45 del C.P. y el inc. 9º del art. 10, la pena del homicidio frustrado descrito por el art. 232 ha debido agravarse en un término.

Si se atiende, además, a que el atentado contra la persona del Excmo. Señor don Manuel Pardo se intentó aprovechándose del tumulto que se iba a producir; que estaba ya debidamente preparado y que aún puede decirse que empezó en cuanto en cuanto S. E. apareció en la esquina del portal de la Unión, no debe olvidarse lo dispuesto en el inc. 7º del art. 10 ya citado.

Ha incurrido, por último, el reo Boza en las circunstancias previstas y señaladas en el inciso 1º y 13º del mismo art. Como Presidente de la República el señor Pardo ejerce autoridad legítima sobre todos los ciudadanos y mucho más inmediatamente sobre aquellos que intentaron darle muerte, desde que Boza y sus coautores y cómplices pertenecen al ejército y desde que, a las órdenes del Presidente de la República, quien, según el inc. 9º del art. 94 de la Constitución, organiza las fuerzas de mar y tierra, las distribuye y dispone de ellas para el servicio de la República; lo que, en una palabra, significa que el Presidente del Estado es el jefe supremo de los miembros del ejército. Delinquir Boza faltando a la autoridad, delinquir contra un superior legítimo, y, lo que más es, contra el Jefe Constitucional de la Nación, a quien todos deben obediencia y sujeción dentro del límite de sus atribuciones, y que ejerce la autoridad suprema. No puede ser más claramente aplicable el inc. 1º del art. 10 del Código Penal. (Subrayado agregado).

En cuanto al inciso 13º, este considera como circunstancia agravante del delito el haber sido cometido contra personas que merecen respeto y consideración por la dignidad que invisten. No hay necesidad de hacer grandes esfuerzos para comprender que, en el orden jerárquico de los funcionarios del Poder Ejecutivo, no hay dignidad superior a la del Jefe del Estado, que gobierna y dirige los destinos de éste y que representa a la Nación tanto en el exterior como en el interior. Por muy pocas que sean las simpatías de que en cierto círculo pueda gozar un Presidente Constitucional, su dignidad y categorías son las más elevadas en el orden administrativo, y las prerrogativas y el carácter que la ley le atribuyen son las mismas, cualquiera que sea el grado de hostilidad que contra él despliegue una porción mayor o menor de descontentos. Las consideraciones debidas al Jefe de la Nación no son exigidas por las leyes en obsequio al hombre, sino en obsequio a las atribuciones, poder y autoridad que se le han conferido. Extraño es, por tanto, que en la presente causa no se hayan fijado los jueces en la más grave y trascendental de las circunstancias que han acompañado al delito. Verdad es que, cuando ha habido un juez que suscriba la sentencia de fojas 104, cuaderno 4º, sin que el tribunal que, al confirmar respecto de Boza la de fojas 117 vta., cuaderno corriente, ha declarado implícitamente la injusticia e ilegalidad de la primera, no haya mandado enjuiciar para aplicarle la pena que la ley señala al que expide sentencias definitivas manifiestamente injustas; no puede menos de considerarse como un hecho lamentable la tendencia a que el poder no goce nunca la totalidad del prestigio que debe acompañarle.

Boza es, pues, reo del delito previsto en el art. 232, pero de delito frustrado con las circunstancias agravantes contenidas en los incisos 1º y 13º del artículo 10 y con la señalada en el artículo 45 del C. P.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por el delito de homicidio calificado merece Boza la pena de penitenciaría en 4° grado, término máximo (art. 46° C. P.). Las circunstancias agravantes aumentan la pena, cada una en un término; y estando a lo dispuesto en el art. 57° de la ley citada debe aumentarse en un grado la pena impuesta al reo.

Pero no habiendo en la penitenciaría grado superior al que se le ha impuesto, hay que acudir a la pena inmediata más grave, cual es la pena ordinaria de muerte. Por muy doloroso que sea para los llamados a administrar la justicia, y para los que representan en la prosecución de los delitos a la sociedad ultrajada, disponer de la vida de los hombres, el primer deber del que estima cual se debe la naturaleza de su cargo es aplicar estrictamente la ley a los hechos que se le presentan claros como la luz del día. La compasión y las ideas liberales no tienen cabida en los funcionarios judiciales sino para pedir la reforma de la ley, en virtud de la iniciativa que se les concede, pero nunca para infringir los preceptos legales, porque el desprestigio de éstos es tanto más rápido y más funesto cuanto de más arriba viene el mal ejemplo.

Existiendo consignada en la ley la pena de muerte, es un deber, por duro que ello parezca, aplicarla en los casos en que deba serlo, máxime cuando, lejos de tener el reo en su favor la más remota causa de atenuación, se halla rodeado su delito de todas las circunstancias que lo hacen a todas luces execrable y digno del último grado de la penalidad establecida.

En consecuencia, pues, el adjunto pide a V. E. que declare nula la sentencia de vista de fojas 178 vta. C° corriente, en la parte que condena al reo Juan Boza a la pena de penitenciaría en 4° grado; y que, reformándola, revoque en la misma parte la de primera instancia de fojas 117 vta., e imponga al referido reo la pena ordinaria de muerte.

Asimismo cree el adjunto que, no habiendo modificado en lo menor el grado de culpabilidad de Boza por lo actuado en el tiempo transcurrido entre el fallo de f. 104 C° cuarto y el de f. 117 C. corriente: y habiendo sido el último confirmado por la Corte Superior y estimándolo el que suscribe, en cuanto a la exposición de los hechos y calificación del delito, conforme a ley, la sentencia de f. 104 C° 4ª fue expedida con manifiesta parcialidad y notable violación de la ley. Las doctrinas que en ese fallo se sientan son opuestas a nuestras leyes. El juez que la pronunció violando todos los artículos del Código y dándoles un sentido favorable a sus intenciones, llegó en la parte dispositiva que su sentencia, es del todo ilegal, como deducida de los falsos fundamentos que la preparaban.

Estima pues el que suscribe que a f. 104 C° 4ª: 1° se expidió una sentencia manifiestamente injusta, delito previsto en el art. 170 (inciso 1°) del C. P.; 2° que se aplicó a un crimen de homicidio una pena distinta de la señalada por la ley, delito penado en el artículo 168 (inciso 3°) y 169 (última parte) del mismo Código. Siendo esto claro y probado con sólo la lectura de los autos y del fallo, el juez que la expidió ha debido ser sometido a juicio sin que lo libre de responsabilidad el hecho de haberse declarado insubsistente la sentencia por la Corte Superior, desde que esta declaración no se hizo en atención al fondo de la sentencia, sino por la casual circunstancia de haberse aprehendido al reo ausente Castañeda, que no había podido ser capturado anteriormente. La confirmación de la sentencia de f. 117 vta. Y el fallo de VE, que ciertamente reconocerá como culpable a Boza, importarán de una manera terminante la injusticia de la resolución, expedida por el juez Miranda, contra el que debe VE, al resolver esta causa, ordenar que se instruya el correspondiente juicio por la ilustrísima Corte Superior de esta capital. Este dictamen deja, no obstante, en salvo el más ilustrado acuerdo de V. E.

Lima, 8 de julio de 1876. Fuentes.

Con relación al atentado contra el Presidente Pardo, Basadre (ob. cit. tomo VI, pág. 398), relata que

La propaganda oratoria y periodística no bastó a la oposición. Numerosas llegaron a ser en esta época las conjuraciones y las revueltas. Hubo, sin embargo, un sector de adversarios de Pardo, al que perteneció Luciano Benjamín Cisneros, cuyo lema fue actuar dentro de las ideas conservadoras y en la legalidad.



352

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 27 de diciembre de 1872 se anunció haberse descubierto una máquina infernal para volar el tren de Lima a Chorrillos en que viajaba el Presidente. Guillermo Bogardus fue señalado como uno de los organizadores de este siniestro acto.

A las cuatro y media de la tarde del 22 de agosto de 1874, cuando Pardo atravesaba a pie de la esquina de la calle Palacio al portal de Escribanos, varios hombres lo rodearon. Uno de ellos, el capitán retirado Juan Boza, le disparó cuatro o cinco tiros de revólver, sin herirle. Pardo hizo frente a su agresor valerosamente gritándole “Asesino”, “Infame” y logró desviar el arma con su bastón. Según informaciones periodísticas los que acompañaban a Boza dispararon unos tiros al aire y huyeron por la calle de Mercaderes gritando “Viva la religión, muera Pardo”.

La primera indicación impartida por Pardo en medio del alboroto producido por el atentado consistió en un aviso a los prefectos para comunicarles que el orden público no había sido alterado, cortando así eventuales sublevaciones provinciales. Esa noche estuvo en el teatro donde recibió una fervorosa ovación. Al día siguiente se organizó una manifestación, en la que predominó la gente de “tarro y levita”, bajo la presidencia del Concejo Provincial de Lima, con el alcalde Aurelio Denegri a la cabeza. Pardo pronunció desde los balcones de su casa particular un discurso cuyas primeras palabras fueron, según una versión de ellas: “Señor Alcalde de Lima: Si no estuviera por medio la honra de mi patria, diera gracias a la Providencia por el acontecimiento de ayer, porque la presencia de vosotros ha venido a probarme que la bandera que quisisteis colocaren mis manos la llevo satisfactoriamente y que nada habrían conseguido los adversarios con desaparecer al hombre, dejando viva la idea”.

Aunque el Fiscal Manuel Atanasio Fuentes consideró que Boza había tenido cómplices y encubridores y obrara de acuerdo con un plan subversivo, la Corte Suprema por ejecutoria de 27 de julio de 1876 lo mencionó aisladamente y lo condenó a quince años de penitenciaría.

Según el Fiscal Fuentes, cuando Juan Boza cometió el delito, estaba en la actividad.

Contra el Presidente Pardo fue presentada el 22 de agosto de 1876 una acusación parlamentaria en la Cámara de Diputados, por supuestas infracciones constitucionales, la cual fue rechazada el 25 de setiembre del mismo año.

Don Manuel Pardo fue asesinado en 1878.

Ya con el Código de Justicia Militar, el 6 de abril de 1904, el Consejo Supremo de Guerra y Marina expidió la sentencia por la que

Quando en un movimiento sedicioso, o con motivo de él, se hayan cometido otros delitos, los Tribunales Militares aplicarán, por analogía, lo dispuesto en el artículo 244 del Código de Justicia Militar, que se refiere al delito de rebelión.

La justicia militar prorrogó su competencia y aplicó la analogía en materia penal, violando principios fundamentales del derecho penal internacional.

El 30 de noviembre de 1904 el Consejo Supremo de Guerra y Marina resolvió que

El paisano que induce a un militar a que cometa el delito de insulto al superior, se hace reo de este delito y debe ser juzgado por él ante los tribunales militares.

La justicia militar prorrogó, también, su competencia para juzgar a los civiles.

Por sentencia de 18 de julio de 1906, la Corte Suprema de Justicia resolvió que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los jueces instructores militares no tienen facultad para promover contiendas de competencia a los jueces comunes.

Por ejecutoria de 19 de noviembre de 1908, la Corte Suprema resolvió la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la privativa militar con motivo de haber pedido don Isaías de Piérola, procesado por rebelión, que se acumule al juicio militar el que se le seguía por desacato ante el juez común.

La connotación política de los hechos y la importancia de uno de sus principales protagonistas, aconsejan que las piezas judiciales del proceso que resolvió la Corte Suprema, hace casi un siglo, formen parte integrante de este fundamento de voto.

Vista del señor Fiscal de la Corte Superior de Lima

Ilustrísimo señor:

Iniciado juicio contra el señor don Isaías de Piérola por desacato, ha deducido excepción jurisdiccional fundándose en que está comprendido en el que se le sigue por rebelión ante la Excma. Corte Suprema y corresponde a ese Tribunal juzgarlo, acumulando, al efecto, los expedientes respectivos. El señor Juez ha desestimado la solicitud; y con solo la notoriedad del hecho ha resuelto la prosecución de este juicio ante él, en vista de lo dispuesto en el artículo 32 del Código de Justicia Militar, dando así lugar a la apelación del auto corriente a fojas 10.

No estima este Ministerio aplicable al caso la disposición legal citada; puesto que no se trata de un hecho justiciable al que corresponda someter a las leyes militares, ya sea que se tengan en cuenta las personas, o el lugar, o el hecho mismo (Capítulo primero, Título segundo del Código de Justicia Militar), ni está facultado para aplicar esas leyes el juez ordinario a un hecho común, no considerado en dicho Código.

Apareciendo de la constancia puesta por el Secretario de Cámara que el señor Isaías de Piérola está comprendido en el juicio que por rebelión se sigue ante la Excma. Corte Suprema, es de estricta observancia lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Enjuiciamientos Penal, que prescribe la acumulación ante el Juzgado competente de las causas iniciadas contra un acusado de diversos delitos, cuya contravención traería por consecuencia conflictos y entorpecimientos difíciles de salvar, ya sea que se tenga en cuenta la contingencia de la causa, o la imposición de pena.

Por otra parte, designada la Excma. Corte Suprema por ley especial para intervenir en el juicio en que se ha comprendido al señor de Piérola no cabe duda de que es el Tribunal competente para conocer de las demás acusaciones que contra él se formulen, a tenor de lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal; desde que el acto practicado se estima como desacato al Presidente de la República y correspondería imponerle la pena de arresto mayor (artículo 153 del Código Penal) inferior a la de expatriación que la ley prescribe para los delitos contra la seguridad interior del Estado (Título VI, sección tercera, Libro segundo del Código Penal).

Finalmente, no se trata de delitos independientes sujetos a distintas jurisdicciones, porque los hechos no han sido simultáneos o inmediatos ni se persigue la responsabilidad de un militar por delito común en acto de servicio (artículo 13 del Código de Justicia Militar); y aún en este caso correspondería a la Excma. Corte Suprema conocer como tribunal privativo, designado por ley especial.

En mérito de lo expuesto, opina el Fiscal por la revocación del auto, y que se declare fundada la excepción jurisdiccional, ordenando, en consecuencia, la acumulación solicitada, salvo siempre el más ilustrado parecer de UD.

Lima, 21 de setiembre de 1908. García Calderón.

Resolución de vista.



354

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 28 de setiembre de 1908. Autos y vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; y considerando: que conforme al artículo 2º de la ley número 273 en las causas del fuero de guerra de que originariamente conoce la Excm. Corte Suprema rige el Código de Justicia Militar, únicamente en cuanto a la aplicación de las penas; que, por tanto, debe procederse respecto a la acumulación con sujeción al artículo 10 del Código de Enjuiciamientos Penal; y que aún en el caso del artículo 32 del Código de Justicia Militar, siempre son acumulables los juicios a que se refieren para los efectos de la condena: revocaron el apelado de fojas 10, su fecha 27 de agosto último; mandaron se acumule esta causa a la que se contrae la razón de fojas 14; y los devolvieron.- Vega, Barreto y Polar.

Dictamen Fiscal pedido por la sala Privativa de Primera Instancia

Excmo. Señor

Abierto el sumario en un juzgado del crimen de esta Capital, a consecuencia del hecho delictuoso perpetrado contra la persona de S. E. el Presidente de la República, el 9 de agosto último, don Isaías de Piérola pidió que se acumulara el cuaderno al seguido ante la jurisdicción privativa de V. E. en el que también se halla procesado con motivo de los sucesos políticos del 1º de mayo.

El juez doctor Rada y Paz Soldán desestimó la declinatoria; pero el Superior revocó el auto y ordenó la acumulación, originando así el envío del dicho cuaderno a esta Excm. Corte.

El artículo 10 del Código de Enjuiciamientos Penal dispone que se acumulen las causas iniciadas contra un delincuente de diversos delitos.

Cuando los originarios del proceso se han cometido simultáneamente o en condiciones de requerir poco más o menos unos mismos medios de comprobación, ofrece ventajas de rapidez su esclarecimiento en una misma cuerda.

Pero perpetrados en épocas o lugares distintos, y además cuando dan margen a diversas formas procesales como por ejemplo el de oficio y el exceptuado de injurias a fin de evitar confusiones y dificultades con detrimento de los interesados, de la vindicta pública y aún de la administración de justicia, la sustanciación corre separadamente hasta el fallo, el cual decide sobre todo, con arreglo al artículo 45 del Código Penal o sea aplicando la pena mayor aumentada por los otros como circunstancias agravantes.

Por eso, el citado artículo 10 no precisa la oportunidad de la acumulación; y así lo ha interpretado V. E. al resolver, en reiteradas ejecutorias, según los casos que se la efectúe en el estado de sentencia.

Estatuye el artículo 32 del Código de Justicia Militar que cuando una persona hubiere cometido un delito común y uno militar, independientes entre sí, la jurisdicción ordinaria conocerá del primero y la de guerra el segundo. Agrega en el último párrafo, concordante con el citado artículo 45, que si resultare doble condena, el juez a quien compete señalar la pena aplicará la mayor, considerando el otro como circunstancia agravante.

A más de reflejar los principios de la ciencia del procedimiento en materia jurisdiccional, ese precepto positivo de la legislación militar robustece lo antes expuesto, dando fuerza de imperativa a la independencia de las actuaciones, acumulables sólo en la indicada estación del fallo.

Es pues erróneo el auto revocatorio expedido por el Superior; a la vez que adolece de nulidad insanable por cuanto afecta, en favor del fuero de guerra, la jurisdicción ordinaria que es la única preferente y prorrogable.

En su calidad de autoridad suprema en el orden judicial, V. E. no puede sancionar semejante infracción interviniendo privativamente en este juicio por delito común, posterior a la tentativa revolucionaria de mayo. Al hacerlo, tendría por analogía que conocer originariamente en todos los demás que se hubiere imputado antes o después y continuare imputándose, sin conexión alguna a los sindicatos, generalmente numerosos, de rebelión.

Le corresponde al contrario corregir el grave yerro en uso de la facultad del artículo 1749 del Código de Enjuiciamientos Civil reponiendo la causa al estado en que se produjo el vicio anulativo; aún habiendo el Superior resuelto de conformidad con el dictamen del señor Fiscal de



B 55

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

segunda instancia, por cuanto ese funcionario no pudo tener el propósito ni lo tuvo, de renunciar a las leyes que son de orden público.

Fundado en tales consideraciones, concluye este Ministerio que, salvo mejor acuerdo, puede V. E. dignarse declarar la nulidad del auto revocatorio; y reformándolo, confirmar el del juez de la causa que desestima la excepción de acumulación, con lo demás que contiene.

Otro si dice el Fiscal: que por no incumbir la resolución acerca de lo expuesto a la jurisprudencia privativa, este expediente debe remitirse a la segunda sala del fuero común del Excmo. Tribunal. Lima, 5 de octubre de 1908. Seoane.

Auto de la Sala Privativa de Primera Instancia.

Lima, 12 de octubre de 1908.

Vistos: de conformidad con los fundamentos del dictamen del señor Fiscal; y considerando, también, que la jurisdicción que al presente ejerce el Tribunal Supremo respecto del delito de rebelión, en que está implicado don Isaías de Piérola, es la privativa de guerra, y que la que ejerce el juez del crimen, respecto del delito de desacato, en el que el mismo don Isaías de Piérola está igualmente implicado, es la ordinaria o común; que siendo estas jurisdicciones distintas, es aplicable el artículo 32 del Código de Justicia Militar, y no el artículo 10 del Código de Enjuiciamientos Penal, aplicable sólo al caso de dos o más delitos sometidos a una sola jurisdicción; declararon que no corresponde a esta sala privativa el conocimiento de la presente causa, y mandaron vuelva al juzgado del crimen originario para que proceda como fuere de ley.- Almenara, García, Pérez, Correa y Veyán.

La resolución de 9 de noviembre de 1908 de la Segunda Sala Privativa de la Corte Suprema, de conformidad con el dictamen del Fiscal Caverio, de 23 de octubre del mismo año, desestimó la acumulación de los procesos por desacato y por rebelión seguidos contra don Isaías de Piérola.

El proceso contra don Isaías de Piérola revela que, de acuerdo a la Ley N° 273, estaba habilitada la Corte Suprema de Justicia, mediante Salas Privativas, para aplicar a los civiles las disposiciones del Código de Justicia Militar. La Ley N° 273 fue derogada por la N° 8991 (Código de Justicia Militar), promulgada el 16 de octubre de 1939. A su vez, la Ley N° 8991 fue sustituida por el Decreto Ley N° 11380 (Código de Justicia Militar de 1950).

Los Decretos Leyes Nos. 14612 y 14613, de 25 de julio de 1963, promulgaron, respectivamente la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el nuevo Código de Justicia Militar.

Esos Decretos Leyes fueron parcialmente modificados, incluso para comprender a los civiles.

La legislación de excepción aplicada a civiles y militares

En el desarrollo legislativo de las normas constitucionales se advierte la manera zigzagueante con la que se trató la competencia del fuero privativo militar.

La Ley N° 272, promulgada el 27 de octubre de 1906 por el Presidente José Pardo, dispuso que

Artículo 1°.- Las contiendas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la de guerra se decidirán por la Corte Superior, a cuyo distrito correspondan los jueces o tribunales entre quienes ocurran.



356

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 2°.- Si éstos no correspondieran al distrito de la misma Corte Superior, ó si uno de los contendientes fuere el Consejo de Oficiales Generales, la competencia será resuelta por la Corte Suprema.

Artículo 3°.- En caso de duda entre una y otra jurisdicción, se dará la preferencia á la ordinaria.

Artículo 4°.- Derógase el inciso 1.º del artículo 49 y el artículo 35 del Código de Justicia Militar y los demás que estén en oposición con esta ley.

Asimismo, la Ley N° 273, promulgada también el 27 de octubre de 1906 por el Presidente Pardo, establecía las reglas conforme a las cuales el Fiscal o el procesado podían interponer el recurso de nulidad a efecto de que la Corte Suprema conociera los procesos que se hayan iniciado en el fuero de guerra.

La Ley N° 273 declaraba que corresponde conocer originariamente a la Corte Suprema las causas sujetas al fuero de guerra que se sigan contra los Senadores, Diputados, Ministros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema, miembros del consejo de Oficiales Generales, Arzobispo, Obispos y Agentes Diplomáticos del Perú en el extranjero.

Es digno de que se conozca, cien años después, el contenido literal de dicha ley, según la cual

Artículo 1°.- Corresponde a la Corte Suprema conocer del recurso de nulidad que interpongan el fiscal o la parte del enjuiciado, en los juicios del fuero de guerra, en los casos en que pueda interponerse conforme a esta ley.

Artículo 2°.- Corresponde al mismo tribunal conocer originariamente en las causas sujetas al fuero de guerra, que se sigan contra los Senadores, Diputados, Ministros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema, miembros del consejo de Oficiales Generales, Arzobispado, Obispos y Agentes Diplomáticos del Perú en el extranjero.

En la prosecución de estos juicios se observaran los tramites que corresponden a los que se siguen contra los altos funcionarios del Estado por delitos oficiales; pero se aplicaran las penas establecidas en el Código de Justicia Militar.

Artículo 3°.- El recurso de nulidad procede:

1°. Contra los autos que resuelvan los artículos jurisdiccionales.

2°. Contra las sentencias que impongan la pena de muerte, o la de privación de la libertad por seis años o mas, o de la degradación.

3°. Contra las sentencias pronunciadas por la sala revisora del Consejo de Oficiales Generales, en las causas de que conoce originariamente este Consejo.

4°. Contra las sentencias absolutorias en los juicios por delitos a los que el Código asigna las penas expresadas en el inciso 2.º de este artículo. En este caso, podrán interponer el recurso el fiscal o la parte agraviada.

Artículo 4°.- En caso de guerra nacional, cuando el Consejo de revisión ejerza sus funciones en campaña, fuera de la capital de la República no se admitirá recurso alguno contra sus resoluciones.

Artículo 5°.- Compete a la Corte Suprema conocer del recurso de reposición, contra las ejecutorias que hayan impuesto algunas de las penas graves que indica el inciso 2.º del artículo 3.º.

Artículo 6°.- El Consejo Supremo de Guerra y Marina se llamará en adelante, "Consejo de Oficiales Generales", y se compondrá de nueve vocales, seis de ellos generales y tres contralmirantes, y de un fiscal letrado.

En caso de no haber el número de generales y contralmirantes expeditos para formar el Consejo, se les sustituirá por coroneles y capitanes de navío efectivos, respectivamente, por orden de



352

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

rigurosa antigüedad. Si existieran dos o mas de estos jefes igualmente antiguos, será preferido el que tenga mayor tiempo de servicio efectivo.

Artículo 7°.- Corresponden al Consejo de Oficiales Generales las funciones de orden jurisdiccional y administrativo que el Código de Justicia Militar concede al Consejo Supremo de Guerra y Marina, en cuanto no estén en oposición con esta ley. Rigen así mismo respecto de dicho Consejo las demás disposiciones del referido Código, relativas a su organización.

Artículo 8°.- Quedan derogados el artículo 4.º del Código de Justicia Militar y los demás que estén en oposición con esta ley.

Artículo 9°.- El fiscal y el relator del Consejo Supremo de Guerra y Marina continuarán prestando sus servicios en el Consejo de Oficiales Generales.

La justicia militar continuó conociendo de delitos imputados a civiles y militares, por motivos políticos. Con el objeto de restablecer la paz entre los peruanos, el 21 de setiembre de 1915 el Presidente José Pardo promulgó la ley N° 2136, en virtud de la cual se dispone que

Artículo 1°.- Los jueces y tribunales militares, inmediatamente después de promulgada esta ley, sobreeserán en los juicios actualmente pendientes contra particulares o militares, por delitos políticos o comunes derivados de aquellos, y de los que resulten responsables.

Artículo 2°.- Exceptúanse de las disposiciones del artículo anterior a los militares que hubieran sido enjuiciados encontrándose en servicio; a las personas inculpadas por delitos perpetrados comprendidos en la segunda parte del artículo 14 del Código de Justicia Militar y a los responsables de la rebelión verificada en el departamento de Ancachs (sic).

Artículo 3°.- Concédase indulto, general y absoluto, a las personas comprendidas en el artículo 1° contra quienes se hubiera dictado sentencia condenatoria.

Artículo 4°.- Los enjuiciados y sentenciados quedan exentos, no solamente de las penas principales, sino también de las accesorias y de la vigilancia de la autoridad y rehabilitados para ejercer cargos públicos o derechos políticos.

Artículo 5°.- Declárase comprendidos en los beneficios de la presente ley a los oficiales del batallón N° 7 y demás enjuiciados por el movimiento ocurrido en Puno en mayo de 1914.

Artículo 6°.- Esta ley comprende a los que se amotinaron en Iquitos en el mes de marzo de 1914 y a los que cometieron igual delito en Juliaca el presente año.

Quedan exceptuados de la amnistía los autores y cómplices del asesinato del señor general Enrique Varela.

Artículo 7°.- Quedan, igualmente, comprendidos en la amnistía de que trata esta ley, las personas enjuiciadas por delitos políticos ocurridos en la provincia de Dos de Mayo el año 1895.

Artículo 8°.- Declárase comprendidos en la ley de amnistía a los que tomaron parte en el movimiento habido en el pueblo de San Miguel de Cajamarca el año 1914.

Artículo 9°.- Declaráse también comprendidos en la presente ley, a los enjuiciados por el movimiento subversivo realizado en la ciudad de Cotahuasi, provincia de La Unión, el año 1912.

Artículo 10°.- Los beneficios de esta ley son extensivos a todos los ciudadanos que, en diferentes puntos de la República, están sometidos a juicio militar, acusados de retener armas del Estado.

Artículo 11°.- Quedan comprendidos en la amnistía que otorga esta ley los individuos civiles y militares que tomaron parte en el movimiento político realizado en la ciudad de Yurimaguas el 22 de marzo de 1913.

La Ley N° 2136 es ilustrativa, en varios aspectos: 1) en 1915 seguían enjuiciadas, por delitos políticos ocurridos en 1895, o sea veinte años antes, un número indeterminado de personas vecinas de la provincia de Dos de Mayo; 2) el año 1914 fue pródigo en movimientos subversivos; 3) se procesaba a los ciudadanos por motivos políticos, y 4) la justicia militar, adecuadamente codificada, asumía competencia en los asuntos referidos en dicha ley; y parsimoniosamente.



358

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 2 de noviembre de 1916, el Presidente José Pardo promulgó la Ley N° 2320, por la que concede amnistía a todos los enjuiciados por participar en huelgas, conforme a su artículo único que dispuso que

Concédese amnistía a todos los enjuiciados con motivo de las huelgas producidas en Huacho y Sayán, procediéndose por los juzgados militares o comunes a cortar los juicios iniciados con motivo de dichas huelgas; o por delitos conexos con ellas.

El derecho de huelga está reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; pero 32 años antes era delito cuyo juzgamiento correspondía a la justicia militar.

Años después, el Presidente Augusto B. Leguía (en su primer período de gobierno de 1908-1912) observó la autógrafa de la ley, aprobada el 18 de noviembre de 1911, que restringía la jurisdicción militar. Como el Congreso insistiera en la misma, remitió la autógrafa, nuevamente, al Poder Ejecutivo el 30 de noviembre de 1916; y, al no ser tampoco promulgada por el Presidente Pardo (en su segundo período 1915-1919), la promulgación fue hecha el 8 de setiembre de 1917 por el Presidente del Congreso con el N° 2442.

Esta ley dispuso que

Artículo 1°- A la jurisdicción militar están sujetos los militares, únicamente por infracciones cometidas en actos del servicio, previstas por el Código de Justicia Militar.

Artículo 2°-Dicha jurisdicción se extiende;

1° A los asimilados en cuartel, esto es, los empleados del Cuerpo de Sanidad, intendencia, veterinaria, maestranza y demás dependencias del Ministerio de la Guerra.

2° A los asimilados en cuartel, sujetos á la disciplina militar.

3° A los supernumerarios o individuos de las reservas, desde su llamada al servicio activo en caso de movilización, ó desde la llegada a su destino cuando fueren convocados para maniobras, ejercicios ó revistas, hasta su separación del servicio.

Artículo 3°- Servicio militar es el que se presta a la Nación en el ejército, la armada, la gendarmería, las instituciones, dependencias o comisiones militares; y también en la guardia civil cuando en tiempo de guerra nacional ó civil sea puesta á disposición del Ministerio de la Guerra.

Artículo 4°- Por razón del lugar en que el delito se cometa, es competente la jurisdicción militar para conocer de las causas contra toda clase de personas que, en los cuarteles, arsenales, buques de guerra, campamentos, fortalezas y demás establecimientos de guerra, perpetren delito que perturbe el servicio militar o afecte la seguridad de esas dependencias militares.

Artículo 5°- En tiempo de guerra nacional quedan sometidos á la jurisdicción penal militar:

1.° Las personas que, en el territorio de operaciones, acompañen al ejército, en virtud de permiso.

2.° Los reos de traición, espionaje, infidencia, instigación á la desertión, saqueo o despojo en el campo de las operaciones del ejército nacional.

3.° Los habitantes de plazas sitiadas, á falta de jueces del fuero común;

Debiendo imponerse los castigos según las leyes penales comunes. .

4.° Los que ataquen á centinelas, correos militares, avanzadas ó tropa cualquiera. ..

5.° Los prisioneros de guerra y personas constituidas en rehenes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 6º-En caso de guerra conocerá también la jurisdicción militar de los siguientes, delitos que se verifiquen en territorio de operaciones militares:

1.º Destrucción de hitos telegráficos, telefónicos, aparatos de transmisión inalámbrica ú otros de esta especie.

2.º Daños á los puentes, vías férreas, canales y demás vías de comunicación. .

3.º Incendio, robo, hurto o estafa de caudales, material, armamento, pertrechos, víveres y demás efectos militares.

4.º Salteamiento, ataque á trenes o carros, á conductores de valijas postales o robo de éstas.

Artículo 7º- Cuando en el delito hayan participado militares y paisanos, y unos y otros estén sujetos á diversa jurisdicción, según las leyes, ellos serán juzgados con separación por sus jueces propios. Sólo en tiempo de guerra nacional la jurisdicción á que estén sometidos los autores del delito, se extiende á sus co-actores, cómplices y encubridores, aunque éstos no formen parte del ejército, ni estén á su servicio

Artículo 8º-Quedan derogados los artículos 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 17º y 18º y todas las disposiciones del Código de Justicia Militar, en cuanto se opongan a la presente ley.

El Presidente de la República expidió el Reglamento de la Ley N° 2442, de acuerdo al texto según el que

Reglamento de la ley N° 2442 sobre Justicia Militar

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Para el mejor cumplimiento de la ley número 2442;

Decreta:

Artículo 1º- Las autoridades y tribunales de justicia militar, previo dictamen de los auditores respectivos. procederán á inhibirse del conocimiento de los juicios seguidos á paisanos y á militares que no estaban en servicio al iniciarse el procedimiento y remitirán los actuados á los jueces del fuero común, á quienes corresponda el ejercicio de la jurisdicción, según lo que al respecto dispone el Código de Enjuiciamientos en materia penal.

Artículo 2º- También se pronunciarán autos de inhibición, en el mismo modo y forma del artículo anterior, en las causas contra militares en servicio por infracciones que no se relacionen con los deberes que, por leyes y reglamentos impone la permanencia en el Ejército y en la Armada., con sujeción al artículo 1º de la ley a que este decreto se refiere y al 220 inciso 1.º del Código de Justicia Militar.

Artículo 3º-En los juicios en que estén comprendidos militares y paisanos, la inhibición se referirá solamente a los segundos, á quienes se pondrá a disposición del juez competente con copia certificada de las actuaciones, continuando el juicio privativo respecto de los militares.

Artículo 4º- Las denuncias por delitos en que hayan participado militares y paisanos se harán por duplicado, para remitirlas iguales al juez del crimen y al jefe de Zona que deban entender en ellas. En estos casos, el juez a quien corresponda el juzgamiento del autor ó autores, informará al del otro fuero, con la frecuencia posible, del estado del juicio, y ambos jueces se prestarán los auxilios necesarios para el esclarecimiento de los hechos perseguidos, a fin de que los fallos y resoluciones guarden la uniformidad exigida por la justicia.

Si los co-autores debieran ser juzgados por jueces distintos, la obligación del informe sobre el estado de la causa es recíproca.

Artículo 5º- Las fuerzas de Gendarmería, que son auxiliares del Ejército, están sujetas al fuero de guerra, en igualdad de condiciones que los militares, no pudiendo considerarse a sus miembros como asimilados.

Artículo 6º- Los jefes de Zona mandarán al Consejo de Oficiales Generales una relación de las causas de cuyo conocimiento se hubiesen apartado, y este Tribunal, a su vez, enviara al Ministerio de Guerra el resumen general de los juicios remitidos al conocimiento de los jueces comunes en las distintas Zonas de la República.



360

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los catorce días del mes de setiembre de mil novecientos diez y siete. JOSÉ PARDO. *C. A. de la Fuente.*

En la memoria leída por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Adolfo Villa García, en la apertura del año judicial de 1918 (Anales Judiciales, tomo XIII, pág. 287), expresó que:

Al fin es ley del Estado el proyecto que sobre jurisdicción militar presentó la Corte Suprema al Congreso en agosto de 1905, y cuya larga gestación ha seguido con vivo interés. Limitada la justicia privativa a su propio objeto, su ejercicio abusivo no constituirá, como en épocas pasadas, un peligro para la seguridad del ciudadano.

Háse dictado tanto por este Tribunal como por el Gobierno, las medidas conducentes a la mejor ejecución de esta ley –que lleva el N° 2442- y en cumplimiento de ellas han pasado a la jurisdicción ordinaria 622 causas, según los datos suministrados por las Cortes Superiores y por la secretaría del Consejo de Oficiales Generales.

Prevaleció, por consiguiente, el criterio conforme al cual el fuero privativo militar era excepcional.

La justicia militar en la dictadura de Leguía

Pero los hombres y las circunstancias varían. El 27 de julio de 1925 el Presidente Leguía promulgó, con prontitud, la Ley N° 5165, aprobada cuatro días antes por el Congreso; y que dispuso que

Artículo 1°.- Los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado y contra el orden público, previstos en las secciones 9ª. Y 10ª. del Libro Segundo del Código Penal, se considerarán, a partir de la promulgación de la presente ley, como crímenes de traición a la Patria en tiempo de guerra y serán penados, en consecuencia, con arreglo a las disposiciones que establecen, para esta clase de atentados, la Constitución y el Código de Justicia Militar.

Artículo 2°.- Del juzgamiento de los delitos a que se refiere el artículo anterior y con sujeción a lo que en él se dispone, conocerán los Tribunales Civiles o Militares, según la calidad que tuvieren los delinquentes, en armonía con lo que al respecto establece la Constitución.

Artículo 3°.- La presente ley regirá desde la fecha de su promulgación hasta un año después de la terminación total del proceso que debe realizarse en cumplimiento del laudo arbitral, sobre la nacionalidad definitiva de Tacna y Arica.

Los delitos aludidos en el artículo 1° de la Ley N° 5165 fueron los de traición y atentados contra la seguridad militar, los que comprometen las relaciones exteriores del Estado y los de rebelión y de sedición, tipificados en los artículos 289° a 313° del Código Penal de 1924. Como ocurre con los regímenes autoritarios, se hizo referencia a los problemas limítrofes con Chile, pero circunscribiéndolos sólo a Tacna y Arica.

Empero, el mismo Congreso y el propio Presidente Leguía buscaron de restringir la competencia de la justicia penal, mediante la Ley N° 5862, de 22 de setiembre de 1927, que modificó el artículo 156° de la Constitución de 1920, según la cual

La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional.



361

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tres años después, no la reforma constitucional, sino el hastío de su prolongada y fraudulenta permanencia en el poder, sumada a la crisis económica mundial, reflejada intensamente en el Perú, causó el derrocamiento del Presidente Augusto B. Leguía.

Leguía, en efecto, fue elegido Presidente de la República de acuerdo al artículo 113° de la Constitución de 1920, que disponía que

El Presidente durará en su cargo cinco años y no podrá ser reelegido sino después de un período igual de tiempo.

La ambición del poder motivó que el Congreso, con mayoría leguista, modificara esa norma mediante la Ley N° 4687, de 19 de setiembre de 1923, conforme a la que

El Presidente durará en su cargo cinco años y podrá, por una sola vez, ser reelegido.

El apetito de poder y el enriquecimiento de los que lo ejercían, fueron factores determinantes para que el Congreso dictara la Ley N° 5867, de 4 de octubre de 1927, por la que se modificó, de nuevo, tal artículo 113, a fin de que

El Presidente durará en su cargo cinco años y pueda ser reelecto.

Como Leguía tenía el absoluto control de la Corte Suprema, a la que correspondía declarar la validez de las elecciones (y lo hacía sin dudas ni murmuraciones) inició su tercer período presidencial.

Comenta Pareja Paz Soldán ("Las Constituciones del Perú", Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954, pág. 911), que

El período presidencial hasta 1920 fue de cuatro años. La Constitución del citado año lo aumentó a cinco. Tendría escasa importancia la diferencia de un año, sino fuese por la necesidad de igualar el período del Presidente con el de la Cámara de Diputados, que, en nuestra opinión, no debe pasar de cuatro años. La prolongación de los gobiernos y los Congresos por períodos más extensos provoca la impaciencia de los vencidos en las elecciones y los incita a la revuelta. Abolida la renovación bienal, que daba esperanzas de recobrar, al menos parcialmente, posiciones perdidas y aplazadas las expectativas de los derrotados hasta la época más lejana de la renovación total de la Cámara, es de temerse, si ese momento se aleja demasiado, que se ponga a peligrosa prueba la escasa serenidad con que los excluidos soportan su derrota. Las elecciones generales cada cuatrienio son un correctivo a la enfermedad de las revoluciones.

Si aumentar de cuatro a cinco años el período presidencial no tenía mucha importancia, no se puede afirmar lo mismo respecto del propósito de Leguía de gobernar quince años y, de ser posible, más tiempo. Disponía del respaldo de la cúpula militar y de un grupo de rúbulas. Pero eso no era, ni fue, suficiente.

La revolución de Arequipa de 1930

Estaba, por lo tanto, el país anheloso del cambio –negado en las urnas- por la vía de la revolución. Y se produjo en Arequipa.



362

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Basadre ("Historia de la República del Perú, "Editorial Universitaria, tomo XIII, pág. 381) explica resumidamente que

En marzo de 1930 se produjo el ascenso del mayor Luis M. Sánchez Cerro al grado de comandante. Si son auténticas las memorias de Leguía publicadas con el título de *Yo tirano, yo ladrón*, él vaciló antes de firmar la resolución pertinente, pero le dieron toda clase de seguridades Foción A. Mariátegui, el general Manuel María Ponce y el propio Sánchez Cerro, no obstante que por dos veces habíase éste embarcado antes en aventuras subversivas. Una vez ascendido, el nuevo comandante obtuvo un mando en Arequipa. Poco después Foción A. Mariátegui viajó a esa ciudad con el pretexto de tomar unos baños termales. Allí, según la misma publicación, celebró varias entrevistas de carácter sedicioso con su protegido, con otros militares y con varios civiles. Leguía tuvo un aviso telegráfico sobre lo que ocurría; pero se negó a creer en tan inesperada denuncia, sobre todo cuando recibió un telegrama adulatorio del personaje sospechoso. "Después de estos sucesos (léese en *Yo tirano, yo ladrón*) volvió N. N. (Mariátegui) a Lima y, como de costumbre, inquirí en su mirada, en sus actos y en sus movimientos el vestigio de su pasado, quise arrancarle un rayo de luz que aclarara su auténtica condición de traidor o servidor sincero y noble. Pero, para decir la verdad, nada adiviné, tal era la confianza que me inspiraba por su doble rol de pariente y amigo."

Leguía afirma que, según los empleados de la Embajada de Chile donde se asiló Mariátegui en agosto de 1930, éste preguntaba reiteradamente si le habían llamado de Palacio pues debía presidir la Junta de Gobierno; y agrega que no fue tan cruelmente perseguido y ultrajado como los demás leguístas y que se le permitió en un breva plazo abandonar el país rodeado de toda clase de garantías. Todos estos argumentos no reflejan sino sospechas o indicios; no han sido presentadas todavía las pruebas fehacientes de la traición de Foción Mariátegui, si bien la gran mayoría de leguístas lo acusan.

La guarnición de Arequipa, al mando del comandante Luis M. Sánchez Cerro se sublevó el 22 de agosto de 1930, con el

MANIFIESTO A LA NACIÓN

El pronunciamiento que acaba de efectuarse en Arequipa no es la obra de un partido ni la hazaña de un grupo, ni la audiencia de un caudillo; es la expresión genuina de un anhelo nacional, fervorosa y unánime, largo tiempo reprimido por la Tiranía; pero convertido hoy al fin en realidad.

Hace mas de once años que sufre el Perú, los crecientes desmanes de un régimen corruptor y tiránico en el que se aúnan la miseria moral y la protervia política. Dentro y fuera del país, dejan las huellas de sus atropellos y de sus villanías.

En el orden constitucional ha roto la Carta política, erigiendo en ley suprema la voluntad despótica de un hombre y haciendo del Parlamento un hato de lacayos sumisos y voraces.

Desde el punto de vista administrativo, se esmera en desvincular las regiones con desatinadas medidas de exacerbante señorialismo en daño de la unidad de la República.

En el orden económico ha destrozado nuestras finanzas y elevado nuestra deuda externa de 80 a 600 millones de soles, poniéndonos a merced de prestamistas extranjeros, hipotecando así nuestra independencia económica, con inminente peligro de la soberanía nacional.

En el orden tributario agobia al pueblo, con lesivos impuestos, desproporcionados e injustos, recargando los derechos arancelarios, aumentando considerablemente las contribuciones urbanas y rústicas, creando odiosos monopolios, todo inspirado no por una patriótica previsión y sana finalidad, sino con el sarcástico objeto de disfrutar impudicamente de las entradas en reunión de sus adeptos.

En el aspecto institucional ha desorganizado e inficionado en vez de organizar... privó de su independencia al Poder Judicial; descatando sus resoluciones y desprestigiándolo, con la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

introducción de elementos políticos ineptos, sobornados o sobornables, socavándole, por tanto su autoridad moral, para amparar la libertad y hacer la justicia. Ha convertido los Municipios en agencias gubernativas, usurpando al pueblo la libertad de elegir... Ha sometido la enseñanza superior a un régimen retrogrado y rastrero, cortando el vuelo al pensamiento en las Universidades, hoy orientadas hacia un fingido practicismo, reservando a autoridades oficiales el control de la censura de las doctrinas y la selección banderizada del magisterio superior, como en los tiempos del coloniaje.

En cuanto al orden individual restringe los derechos ciudadanos, niega la libertad e intenta engañar a la opinión pública con oprobiosas manifestaciones de asalariados, pretendiendo encanallar al pueblo, procurándole el halago de la delación remunerada sometiéndolo, momentáneamente a un condenable tributo de munificencias regalos y elevando la adulación a rango de virtud nacional.

¿Acaso se permite hoy en el Perú, la libre expresión del pensamiento? No. Los órganos de la prensa nacional se encuentran amordazados, o envilecidos, porque el Gobierno los ha convertido en voceros parcializados de sus actos y defensores abyectos y venales de sus atentados.

Y en frente del Ejército- la nobilísima institución del país ha organizado preconcebidamente una policía mimada y jactanciosa salvo contadas excepciones- instrumento del terror para el ciudadano, a quien coacta sus derechos transmitiéndola de su función privativa, pretende convertirla en fuerza sustitutoria del Ejército; es decir, del único eficaz guardián de la honra nacional y de la integridad territorial, dando razón para creer que los países que se hipotecan en alguna forma no son dignos de tener ejércitos, sino guardias pretorianas rentadas para defender a sus amos.

Como digno remate de esta serie de ignominias, acaba de ofrecer al extranjero, con nuestras zonas petroleras no solo una de las pocas y privilegiadas riquezas que aun nos queda sino lo que es peor, el ahondamiento del vasallaje económico que dista apenas un paso del vasallaje político. No era posible tolerar por mas tiempo la vergüenza de esta situación. Pero, la hora de la dignidad nacional, el duro ajuste de cuentas ha llegado por fin.

Vamos a moralizar primero y a normalizar después la vida institucional y económica del Estado; para ellos, hacemos hoy un supremo llamamiento a todos los hombres honrados del Perú, para derrocar a la tiranía mas cínica que registrara nuestra historia, restaurar **nuestros fundamentos** constitucionales y hacernos dignos hijos de una Nación libre.

Después que la moralización haya sido entronizada, si lo demandase la voluntad ciudadana, nuestra Constitución será revisada; pero siempre la cumpliremos y la haremos cumplir, como lo reclama su augustez y su intangibilidad. Y, convocaremos también a elecciones generales, dando para ello las mas amplias garantías, como no hay antecedentes en nuestra vida republicana. Con criterio científico se iniciara la depuración de la Legislación Nacional, enmarañada en los últimos tiempos por la inepticia de los legisladores, corifeos de un tirano, espiritualmente enfermo.

Conservaremos la unidad nacional, pero es necesario dar a los pueblos en la medida de lo posible, la autonomía económica indispensable para fomentar el progreso local con la legitima aplicación de sus recursos. En este orden de ideas, habrá una equidad sin precedente.

Devolveremos al pueblo y a la prensa honesta sus libertades y sus prerrogativas, al parlamento su majestad y al Poder Judicial su excelsitud.

Respetaremos todas las ideas siempre que no afecten la moral social y el orden público.

Redimiaremos y dignificaremos a nuestros hermanos indígenas. Este constituirá el "alma mater" de nuestro programa nacionalista, sin que por ningún motivo ello se convierta en mera teoría de significación aleatoria.

Aseguraremos constantemente el bienestar y los derechos de las clases trabajadoras dentro de las normas mas equitativas y mas justas.

Haremos de la honradez culto nacional; por eso perseguiremos sin dar tregua, hasta en sus últimos refugios, a la banda de rapaces que, enseñoreaba hoy en la administración pública, ha amasado y amasa fortunas a costa del erario, obligando devolver los dineros detentados y sancionando ejemplarmente los delitos.



364

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acabaremos para siempre con los peculados, las concesiones exclusivistas, las malversaciones y las rapiñas encubiertas, porque la principal causa de nuestra actual crisis económica reside en la falta de pureza en la administración y de honradez en el manejo de los fondos fiscales. En lo futuro, para ocupar puestos será necesario que los ciudadano declaren públicamente sus bienes; y proyectaremos leyes sobre la moralización de la renta privada, a fin de poder reprimir con mano férrea el robo en cualquiera de sus formas.

Hijos de un país económicamente modesto como somos, no seguiremos hipotecando nuestras riquezas con el idiotesco afán de alardear de falsos progresos. Con un sistema de honrada parsimonia en los gastos públicos, estimularemos las fuerzas vivas del país y fomentaremos sus innumerables posibilidades naturales e industriales para cimentar nuestra autonomía económica, sacudiendo cuanto antes el yugo del acreedor extranjero. Y esto lo conseguiremos, porque vamos a la obra con sinceridad y con fe, resueltos a imprimir honradez con caracteres de fuego.

Prometer construcciones de ferrocarriles para después vender a perpetuidad los pocos que tenemos,; fantasear sobre la vialidad cuando los caminos existentes se deben únicamente al entusiasmo y buena voluntad de los pueblos, y no al esfuerzo gubernativo, que solo ha sido cómplice en monstruosos peculados y ha favorecido intereses personales al amparo de la ley de Conscripción Vial, que representa en diez años el despilfarro criminal de cien millones de soles; ofrecer al país un soñado bienestar económico, para que nuestras aduanas tengan después interventoras extranjeros, solo puede caber en programas de gobernantes cínicos y altamente traidores.

Jamas permitiremos que nuestros institutos armados sean juguete de los políticos en el porvenir, ni que se les distraiga de la altísima misión que justifique su existencia. Por eso, la reorganización de ellos se impone muy especialmente en el Ejército, al que la tiranía se ha deleitado en corromperlo en el criminal sistema, en dividirlo, en herirlo en sus fibras mas sensibles, en suprimir sus ideales, en reducirlo, en supeditarlo con una policía pretoriana, en deshacerlo, a despecho de sus cuadros profesionales, espiritualmente sanos, abnegados, sufridos hasta una resignación insospechada.

El Ejército es nuestra enseña; a él el pueblo entrega sus hijos; a él es la parte más fuerte de nuestras esperanzas, ofender a él es la parte mas fuerte de nuestras esperanzas, ofender a el es atentar contra la Nación.

No es este el centésimo anuncio de la Regeneración nacional, como acostumbraron hacerlo los caudillos que vituperan nuestra historia. Este movimiento significa la salvación de la nacionalidad; y, para conseguirla conjuramos ahora a todos los hombres del país que amen la libertad y la honradez.

Solo que insinuamos ahora la enorme labor que realiza, instituyendo los firmes cimientos de la gran obra que otros patriotas deberán continuar. Y, con pureza de miras, el gobierno provisorio que hoy se inicia en el Sur de la República, se propone preparar el advenimiento del gobierno definitivo una Patria grande y libre.

El Presidente Leguía no estaba ya en situación de debelar el movimiento revolucionario. Sin embargo, el domingo 24 de agosto de 1930 acudió, de acuerdo a su costumbre, al hipódromo. Llamó luego a sus amigos y colaboradores. Intentó entregar el mando al general Manuel María Ponce. Pero Sánchez Cerro se mostró intransigente. Desde Arequipa, mediante un boletín de 27 de agosto de 1930, manifestó que

Habiendo recibido un telegrama de la Junta Provisoria que preside en Lima el General don Manuel M. Ponce se ha dado la siguiente respuesta telegráfica:

General Ponce.-Lima

1º- Mis nobles patrióticos ideales, hoy más que nunca interésame afianzarlos eficientemente.

2º- No me interesa conocer si tropas primera, segunda, quinta División han reconocido incidental y flojamente esa Junta.



365

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3º- No se trata hacer comparación efectivos disponibles sino ver patrióticamente calidad elementos que respondan si imperioso llamamiento Patria.

4º- A Leguía le llamo grandísimo traidor; y los encargados su custodia me responderán caso necesario.

5º- Desbordes comunistas, toda clase de desmanes, se reprimen con capacidad, energías.

6º- Hago caso omiso reconociendo Cuerpo Diplomático esa Junta, opinión nacional es la única tomo en consideración. Toda opinión extranjero asuntos internos mi Patria rechazo de plano.

7º-Visto su último capítulo propongo siguiente Junta: Presidente Junta Gobierno (sin cartera), Comandante Sánchez Cerro.

Secretario de Guerra, Mayor Alejandro Barco.

Secretario de Marina y Aviación, Comandante Carlos Rotalde.

Secretario de Gobierno y Policía, Mayor Gustavo A. Jiménez.

Secretario de Relaciones Exteriores, Comandante Armando Sologuren

Secretario de Hacienda, Coronel Ricardo Llona

Secretario de Justicia, Instrucción y Culto, Coronel Ernesto Montagne

Secretario de Fomento e Industrias, Coronel Eulogio Castillo.

8º- Espero respuesta hasta una de la mañana, caso no obtenerla hasta esa hora no deseo continuar esta clase ajetreos políticos criollos y repudiables.

En este avión marchan para hacerse cargo de sus puestos respectivos el Presidente de la Junta, Teniente Coronel Luis M. Sánchez Cerro y parte de los miembros que la integran.

Luego Sánchez Cerro se constituyó en Lima y asumió el mando de la Nación.

Jorge Basadre (ob. cit, tomo XIII, pág. 383) comenta que

Si el acontecimiento de Arequipa no se hubiera producido o hubiese sido ahogado, quedaban otras conspiraciones en marcha. En Lima se estaba preparando una para el mes de setiembre y, asimismo, anunciábase una expedición armada de un grupo de desterrados. Todo parece indicar que el régimen de Leguía no habría sobrevivido al año de 1930.

El gesto de Arequipa podía ser un hecho formidable si contaba con el apoyo de las demás guarniciones del Sur, especialmente la cuarta división cuyo cuartel general estaba en tropas de la zona. Esas tropas se pronunciaron el 23 de agosto. El comandante Grow, jefe de la base de hidroaviones de Ancón, que había volado sobre Arequipa para arrojar propaganda gobiernista, fue apresado al aterrizar en Camaná.

Reorganización de la justicia, el Tribunal de Sanción y el proceso a Leguía

Hecho prisionero y en precario estado de salud, Leguía fue sometido a proceso en el que era evidente que no existía imparcialidad de los jueces. Al ex Presidente de la República se le trató de manera semejante a la que él había aplicado a sus adversarios.

El mismo Basadre (pág. 390), comenta que

El abogado defensor de Leguía fue Alfonso Benavides Loredó con coraje y lealtad extraordinarios. Cuando alguna vez se escriba acerca de las múltiples “luchas por el Derecho” que ha habido en el Perú, el nombre de Benavides Loredó figurará con honor, si bien han de acompañarlo muchos que combatieron, en su hora, a Leguía. No había sido uno de los favorecidos con los beneficios del Oncenio. Porque asumió la defensa del mandatario depuesto, sufrió prisiones en el penal del Cuartel Sexto, en la Penitenciaría y en la isla de San Lorenzo. Se

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

le negó por el Tribunal de Sanción la copia certificada de los documentos y objetos que, sin intervención suya, fueron inventariados en Palacio, en papeles que desconoció; también se le impidió que asistiera a la instructiva que el vocal Manuel A. Sotil tomó a su defendido, pues éste le dijo que “el defensor no tenía por qué conocer los interrogatorios que a nombre del Tribunal tenía que hacer al encausado”; halló constantes obstáculos para cumplir con sus deberes y no pudo conferenciar privadamente con Leguía.

Benavides Loredó, en su refutación al dictamen de los Fiscales el 2 de enero de 1931, insistió en la ilegitimidad del Tribunal de Sanción para lo cual invocó la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la ley de 28 de setiembre de 1868 sobre responsabilidad de funcionarios públicos y citó a tratadistas peruanos como José Gregorio Paz Soldán, Juan Antonio Ribeyro y Luis Felipe Villarán; estudió doctrinariamente la figura jurídica del enriquecimiento sin causa; sostuvo que Augusto B. Leguía hallábase total y absolutamente arruinado; afirmó que no tenía bienes en el extranjero; hizo valer la demanda interpuesta contra él ante la Alta Corte de Justicia de Londres por Hardman Kearsley y Cunningham por la suma de 290,580; insistió en que no le podían afectar los cargos deducidos a sus hijos; entró en el detalle de la llamada “Cuenta Mayor Privada” de la oficina comercial A.B. Leguía y en otros cargos menudos.

Los vocales de la segunda sala del Tribunal de Sanción Nacional Carlos Augusto Pásara, Manuel A. Sotil, Enrique F. Maura, Daniel Dasmaisson y Alberto Panizo S., emitieron con fecha 7 de enero de 1931 su sentencia para fallar que habían incurrido en enriquecimiento ilícito Augusto B. Leguía y sus hijos Augusto, José y Juan y fijar en 25 000,000 de soles oro el monto de la responsabilidad monetaria que conjuntamente les afectaba. Hubo, pues, hasta el final, no obstante la protesta de Benavides Laredo, procesos acumulados contra el ex presidente y sus tres hijos. La sentencia consideró ampliamente probado que Juan, Augusto y José Leguía Swayne habían aprovechado de concesiones, contratos, comisiones, primas, etc., por concepto de los cuales habían obtenido ingentes sumas de dinero en desmedro del erario nacional y mencionó a este respecto los empréstitos nacionales, los negociados de Sasape y La Molina, la explotación de juego en la República, la venta del opio y demás estupefacientes, los privilegios y monopolios para la explotación del petróleo y sus derivados, las ventas de explosivos y otros materiales y la construcción de los más onerosos caminos y carreteras. A Augusto B. Leguía lo consideró como partícipe en esas especulaciones por haber intervenido, ya directamente o por medio de terceras personas, en ventas o compras como las ya indicadas de las haciendas La Molina y Sasape; en contratos de obras públicas como el nuevo Palacio de Justicia a cargo de Gildred & Co., en concesiones de terrenos de montaña, petroleras y carreteras; y aseveró que aumentaron su indebido enriquecimiento los giros hechos en las cuentas corrientes de los bancos de esta capital por más de dos millones de soles cuyo aprovechamiento en su favor o el de sus familiares y obsequios a terceras personas quedaba especificado en los talonarios de cheques correspondientes sólo a los últimos cinco años. Como nueva prueba, posterior al dictamen fiscal, mencionó la sentencia los cheques girados al portados por Rosa E. Chiri, mujer de Arturo Cisneros, rematista de las casas de juego y tolerancia, por valor de cincuentitrés mil sentidos mil soles respectivamente y endosados por don Lisandro Quesada Caisson al Banco del Perú y Londres con fecha quince de mayo de 1930, para en la misma fecha mover ese abono en un cheque por noventa y ocho mil soles a la orden del referido banco que hizo ingresar en la cuenta particular de Augusto B. Leguía como precio de bonos allí pignorados. Particular énfasis otorgó al hecho de que el Presidente obtuviesen sido concedidos a ningún particular, al extremo de que si se hubiera liquidado, por ejemplo, la Sociedad Agrícola e Industrial de Cañete, habríase irrogado una pérdida de dos millones de soles a los acreedores, al haber sido facilitados mas de cuatro millones de soles por bienes que estaban muy lejos de responder a ese valor. También censuró al ex mandatario por los descuentos constantes que hacía de su firma en pagarés y letras ante esas mismas instituciones bancarias, así como por haber especulado con valores del Estado como la deuda interna del siete por ciento y la deuda de amortización del uno por ciento cuyas fluctuaciones dependen en lo absoluto del poder administrativo, garantizando con estos valores muchas de las operaciones bancarias y dejando impagas y sin resguardo otras en que había sido otorgada fe a su firma. Un párrafo especial dedicó la sentencia a las relaciones entre Juan Leguía con la casa Seligman, sin prever que, como se ha recordado ya en otro capítulo de este libro, (1)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

en las investigaciones abiertas por el Senado de Estados Unidos, los personeros de dicha empresa negaron que hubiesen dado dinero al Presidente Leguía. También recordó otros actos notorios “como los de cancelación del contrato Dreyfus siendo Leguía apoderado de esa firma, la entrega de la administración del correo a la compañía Marconi y la venta a perpetuidad de los ferrocarriles de la República a la Peruvian Corporation, precisamente por quien mantenía en los Presupuestos partidas enormes para construcciones ferrocarrileras y los arreglos y liquidación del guano con la misma compañía”; sin que fuera aclarado en que sentido esos actos gubernativos, criticables o no, tenían relación directa con una sentencia sobre enriquecimiento ilícito. Los últimos párrafos de ella aludieron vagamente

La Junta de Gobierno que se organizó luego de derrocar a Leguía, fue presidida por Luis M. Sánchez Cerro, con los Ministros Gustavo A. Jiménez, Ernesto Montagne, Armando Sologuren, J. Alejandro Barco, Ricardo E. Llona, E. Castillo y C. Rotalde. Promulgó, de inmediato, el Decreto Ley N° 6874, de 2 de setiembre de 1930, con el Estatuto que regirían sus actos de gobierno.

Las atribuciones que asumió la Junta de Gobierno, fueron

Artículo 1°.- La Junta de Gobierno asume todas las atribuciones que la Constitución del Estado confiere a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Artículo 2°.- El Presidente de la Junta tendrá todas las atribuciones que la Constitución del Estado y demás leyes vigentes confieren al Presidente de la República y al Presidente del Consejo de Ministros.

Artículo 3°.- Los otros miembros de la Junta, como Jefes de sus respectivos Portafolios, tendrán todas las atribuciones que la Constitución y demás leyes vigentes confieren a los Ministros de Estado.

Artículo 4°.- En las resoluciones que se dicten cuando se ejerciten las atribuciones correspondientes al Poder Ejecutivo, se observarán las fórmulas y procedimientos administrativos vigentes.

Artículo 5°.- La Junta de Gobierno en pleno y con su voto unánime ejercerá las atribuciones que la Constitución del Estado confía al Congreso, dictando decretos-leyes y resoluciones de carácter legislativo que serán promulgadas por el Presidente de la Junta y el Ministro respectivo con las fórmulas usuales, inmediatamente después de haber sido votados y suscritos por todos los miembros de la Junta.

La Junta revolucionaria, por Decreto Ley N° 6875, de 5 de setiembre de 1930, declaró incapacitados para continuar o reasumir el ejercicio de sus cargos a los miembros de la Corte Suprema de Justicia que hubiesen desempeñado la función ministerial durante el régimen dictatorial presidido por don Augusto B. Leguía, a los Vocales o Fiscales que hubieran desempeñado función política o administrativa y a los que desempeñaron su presidencia desde 1922.

La reorganización del Poder Judicial fue dispuesta, entre otros, por los Decretos Leyes Nos. 6876, 6877, 6879, 6880 y 6914.

El Decreto Ley N° 6887, de 26 de setiembre de 1930, ordenó que los miembros de la Corte Suprema que formen el Tribunal de Sanción Nacional, integrarán para los efectos de las ratificaciones judiciales a que se refiere el artículo 3° del Decreto Ley N° 6875, el expresado Tribunal, sin excluir a los magistrados que interinamente los reemplazan,

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

368

asumiendo, para tal efecto, la Presidencia de la Corte Suprema el Vocal doctor Anselmo Barreto.

Aunque hecho ajeno a la materia de la sentencia, de la que es parte este fundamento de voto, no puede dejarse de mencionar que la Junta de Gobierno dictó el Decreto Ley N° 6889, promulgado el 4 de octubre de 1930, por el cual se introdujo en el Perú el matrimonio civil obligatorio y el divorcio absoluto; y el Reglamento de esa norma que se expidió el 8 de octubre de ese mismo año.

Lo trascendente es que por Decreto Ley N° 6878, de 3 de octubre de 1930, se estableció el Tribunal de Sanción Nacional, para juzgar a los autores de los actos de corrupción perpetrados durante el régimen del "oncenio". Fue un órgano distinto y separado del Poder Judicial.

La Junta de Gobierno consideró que era necesario ampliar las disposiciones del Decreto Ley de 31 de agosto y, por lo tanto, por el Decreto Ley N° 6878 de 9 de setiembre de 1930, dictó las normas a que debía sujetarse en su funcionamiento el Tribunal de Sanción Nacional, al que concedió el rango de la Corte Suprema. Se rompió, así, la unidad en la administración de justicia y, naturalmente, se prescindió de las garantías del debido proceso. En efecto, se dispuso que

Artículo 1°- El Tribunal de Sanción Nacional tendrá las mismas prerrogativas y categoría que la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

Artículo 2°- El Tribunal de Sanción Nacional funcionara en la capital de la Republica y sus miembros serán nombrados por la Junta de Gobierno en la forma establecida por este decreto.

Artículo 3°- El Tribunal estará constituido por cinco vocales y un fiscal; y tendrá, además, un secretario y un relator. El fiscal y cuatro de los vocales serán designados entre los magistrados que desempeñan iguales cargos en la Corte Suprema de Justicia y el otro vocal será un jefe de Ejército, correspondiendo la presidencia al vocal más antiguo de la Corte Suprema. El Secretario y el relator serán los mas antiguos de las Cortes de Lima; debiendo ser reemplazados interinamente dichos magistrados y auxiliares de la administración de justicia, en los cargos que actualmente ejercen, mientras dure el desempeño de la función extraordinaria e irrenunciable que se les encomienda.

Artículo 4°- La acción del Tribunal se ejercitara por denuncia de las autoridades políticas, administrativas y comunales; del Ministerio Fiscal; por acción popular, siempre que esta se contraiga a cargos concretos y verosíblemente acreditados y sea hecha por escrito y bajo declaración jurada de tenerse motivos suficientes para el conocimiento de los hechos, materia de la denuncia; y de oficio, cuando en el curso de sus investigaciones, encontrase el Tribunal indicios de la comisión de algún acto fraudulento o ilícito contra los intereses del Estado.

Artículo 5°- Son atribuciones del Tribunal de Sanción Nacional:

- a) Investigar y descubrir los actos contra el patrimonio del Estado y los deberes de función en que hayan incurrido los funcionarios y empleados públicos afectando o comprometiendo los intereses económicos de la nación; y, de modo especial, los casos de concusión y peculado de que tratan los títulos II y III de la Sección XIV del libro II del Código Penal: sometiendo a juicio a los presuntos responsables, así como a los que hubiesen servido de intermediarios y cómplices, obteniendo beneficios o granjerías ilícitas;
- b) Examinar los contratos de compra-venta y de cualquiera otra naturaleza celebrados pro el Gobierno fenecido, durante el periodo comprendido entre el 4 de julio de 1919 y el 31 de agosto de 1930, con instituciones o particulares, relativos a inmuebles, muebles,

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

valores y reconocimientos de obligaciones y derechos; así como los de irrigaciones, ferrocarriles, carreteras, caminos, pavimentaciones, canalizaciones, obras portuarias y, en general, toda clase de obras públicas. Los empréstitos en que esta empeñada la fe nacional no están comprendidos en esta disposición;

- c) Expedir fallos, expresándose con toda claridad y precisión los fundamentos de hecho y derecho en que se apoyan, a fin de que dichos fallos satisfagan ampliamente a la opinión pública del país, respecto de la forma austera como se han depurado las responsabilidades y queden como un monumento histórico ante la consideración de las generaciones venideras y, en especial, de los ciudadanos que en lo sucesivo ejerzan funciones públicas. Los fallos calificarán los actos materia de juzgamiento y ordenarán la restitución o reparación civil en caso de condena. Tres votos conformes formarán sentencia condenatoria la que será inapelable.

Artículo 6°- Sin perjuicio de que el Tribunal aprecie y resuelva sobre la extensión y cuantía de la responsabilidad civil de los funcionarios o empleados públicos, y de sus cómplices en los casos en que los actos ilícitos consistiesen en contratos celebrados con terceros, el Tribunal elevara al Ejecutivo una relación de dichos contratos con una exposición concreta de los vicios legales que afecten su validez, a fin de que con arreglo a las leyes se ejerciten las acciones de nulidad o rescisión a que hubiese lugar.

Artículo 7°- Pronunciada sentencia absolutoria, esta será publicada y remitido el expediente respectivo al Archivo Nacional, donde será conservado bajo registro especial. Pronunciada sentencia condenatoria, se procederá por el Tribunal a su inmediata ejecución tasándose los bienes incautados y ordenándose su remate, que se anunciara por avisos durante ocho días tratándose de inmuebles y de tres para los muebles. Verificada la subasta el expediente original será remitido al Tribunal que corresponda para el efecto de que previos los trámites del juicio respectivo se aprecie las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal que hubiesen concurrido en la comisión de los actos ilícitos declarados por el Tribunal de Sanción y se aplique las penas a que hubiese lugar, sin perjuicio de la firmeza absoluta y definitiva de la resolución del Tribunal de Sanción respecto de la responsabilidad civil. Lo actuado por el Tribunal de Sanción se tendrá como instrucción concluida.

Artículo 8°- Si no tuviere lugar el remate por falta de postores, los bienes se adjudicarán al Estado por el valor de tasación.

Artículo 9°- El mismo día de ingresada una denuncia, el Secretario del Tribunal tomara razón de ella y dará cuenta al Tribunal, con la concurrencia del Fiscal, y oída la opinión verbal de este sobre su procedencia o improcedencia, se dictará al auto respectivo desestimando la denuncia o disponiendo la apertura del juicio y citación del presente responsable y ordenando, además, la ocupación de los bienes, libros y papeles del enjuiciado y la retención de su correspondencia la intimación a los que tienen bienes y documentos del enjuiciado para que los pongan a disposición del Tribunal so pena de ser considerados como cómplices; la prohibición de hacer entregas o pagos de cualquier especie al enjuiciado bajo la pena de considerarse no hechos: que los Tribunales y Juzgados remitan una razón de las causas en que el enjuiciado fuese parte o pudiera derivar algún provecho económico, la fijación de un plazo para que los legítimos acreedores del enjuiciado presenten los títulos justificativos de sus créditos; así como todas las demás medidas que a juicio del Tribunal fuesen necesarias para asegurar los fines del juicio.

Artículo 10°- La Caja de Depósitos y Consignaciones será la institución encargada del depósito, intervención y administración de los bienes incautados, los que recibirá bajo inventario, cuidando de que según su estado y naturaleza, continúen siendo conservados y explotados en la mejor forma posible.

Artículo 11°- El auto de apertura del juicio se publicará por diez días consecutivos en el diario encargado de la publicación de avisos judiciales, sin perjuicio de ser inmediatamente transcrito al Registro de la Propiedad Inmueble, Mercantil y de la Prenda Agrícola del lugar donde se encuentren los bienes, a la Caja de Depósitos y Consignaciones y a los Bancos e instituciones de crédito para los efectos del artículo 11° del decreto de creación del Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de Sanción, con prevención especial a los Bancos de que no permitan que el enjuiciado extraiga de las cajas de seguridad que tuviese en ellos los documentos, dinero, alhajas, valores y demás objetos de cualquier clase que se encontrasen depositados, en dichas cajas.

Artículo 12°- Para los efectos contemplados de este decreto-ley y en el de creación del Tribunal las personas que han ejercido función pública durante los últimos once años, no podrán abandonar el territorio de la Republica, mientras el Tribunal hubiese terminado su misión o declarado su irresponsabilidad, salvo que presten fianza hipotecaria o prendaria bastante a satisfacción del Tribunal, constituyendo, además, apoderado para estar a derecho dentro del juicio.

Artículo 13°- En caso de conocerse el paradero de los enjuiciados dentro de la Republica se les citara personalmente, aun por medio del telégrafo y autenticando la entrega del lugar, para que en el día y hora fijados comparezcan a prestar declaración gozando del derecho de defensa con la amplitud que reconocen nuestras leyes, bajo apercibimiento de que si no concurren a la primera citación, se seguirá el juicio en su rebeldía.

Artículo 14°- Respecto de los enjuiciados que se hubiesen ocultado o ausentado del país, se tendrá como bastante citación la publicación del auto de apertura del juicio y si hasta diez días después del ultimo de la publicación no se hubiesen puesto a derecho, personalmente o por medio de apoderado, se les declarara rebeldes y se seguirá el juicio con tal carácter, no volviendo a hacerles ninguna notificación hasta la citación para la vista de la causa, que se hará saber por el periódico durante tres días, indicando el día y hora señalados, pro el Tribunal; sin perjuicio de que, entre tanto, pueda salir a juicio en cualquier estado de la causa.

Artículo 15°- El Tribunal resolverá en cada caso sobre la conveniencia de que determinadas declaraciones y diligencias se practiquen ante el Tribunal o las encomendará a uno de sus miembros. En el primer caso intervendrá el Secretario y en el segundo un actuario designado por el Tribunal.

Artículo 16°- El Tribunal nombrara delegaciones departamentales o provinciales, en su caso, encargadas de practicar en el día las investigaciones que juzgue convenientes, al fin que se persigue.

Artículo 17°- Los denunciantes podrán intervenir, siempre que ello sea posible en concepto del Tribunal, en las diligencias destinadas a probar los cargos por ellos sustentados correspondiendo igual derecho al encausado: pero sin que sean necesarias citaciones previas ni plazos especiales, pudiendo enterarse los interesados en cualquier momento por Secretaria, sobre el estado de la causa, pero sin poder sacar el expediente, bajo responsabilidad.

Artículo 18°- No se admitirán excepciones dilatorias, ni artículos previos, ni oposiciones a la practica de las diligencias decretadas.

Artículo 19°- El Tribunal o Vocal comisionado en su caso, inmediatamente de prestada la declaración del encausado o declarado este rebelde ordenará todas las pruebas que a su juicio sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos y las de descargo que el encausado hubiese ofrecido; pudiendo hacer uso de todos los medios de comunicación y de transporte, inquirendo y examinando personalmente, hasta donde sea posible, los elementos de convicción y notificando directamente a las oficinas publicas y a los particulares para que suministren los datos necesarios o para la concurrencia personal de los que deban declarar. A los peritos que se nombre se les señalara un plazo perentorio para la presentación de sus dictámenes.

Artículo 20°- Todas las pruebas deben ofrecerse y actuarse dentro del plazo de 30 días vencido el cual, necesariamente dentro de diez días, el Fiscal expedirá dictamen y se procederá a la inmediata vista de la causa en audiencia pública. Sin embargo, el Tribunal podrá prorrogar el término probatorio, en caso necesario hasta veinte días más; sin que por ningún motivo pueda exceder el término probatorio de cincuenta días en total.

Artículo 21°- Si el Tribunal estimase inobjetable los créditos presentados de cargo de los enjuiciados, reconocerá en la sentencia la legalidad de ellos y se harán efectivos hasta donde alcancen los bienes incautados a los responsables. Los créditos que a juicio del Tribunal



321

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

fuesen manifiestamente maliciosos o simulados, serán denunciados ante el Juez Instructor respectivo para el efecto legal correspondiente. Y en cuanto a los que no tuviesen ni uno ni otro carácter, los documentos o títulos en que se apoyen serán devueltos a los interesados para que ejerciten su derecho ante la jurisdicción ordinaria, en la forma que vieren convenirles. En todo caso se oirá al encausado.

Artículo 22°- La oficina de Lima de la Caja de Depósitos y Consignaciones deberá inmediatamente de recibida la transcripción del auto de apertura de un juicio comunicarlo telegráficamente a todas sus dependencias de la Republica, a fin de que nieguen el pase a las minutas relativas a transferencia de dominio o constitución de gravámenes que pretendiesen celebrar los encausados; haciéndose extensiva esta prohibición a los Notarios Públicos, bajo responsabilidad. Terminado un juicio por sentencia absolutoria se levantarán todas las medidas preventivas dictadas, haciéndose las notificaciones correspondientes.

Artículo 23°- El enjuiciado o las personas que de el dependan con derecho a alimentos, podrán solicitar del Tribunal la consignación de una pensión mensual mientras dure el juicio la que se decretara en el modo y forma prevista por el Código de Procedimientos Civiles, para el caso de concurso o quiebra.

Artículo 24°- Los Vocales del Tribunal de Sanción no podrán ser recusados ni excusarse sino únicamente por las causales contempladas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 35 del Código de Procedimientos en Materia Criminal; y producirá dentro de tercero día reemplazándose en caso de declararse fundada, el vocal recusado por designación de la Junta de Gobierno con arreglo a lo establecido por el artículo 3°

Artículo 25°- No habrá día ni hora que no sean hábiles para la actuación de las diligencias; debiendo sesionar el Tribunal con la concurrencia del Fiscal, diariamente, todo el tiempo que fuese necesario.

Artículo 26°- El Secretario y el Relator del Tribunal tendrán la misma calidad y obligaciones que la Ley Orgánica del Poder Judicial señala a los Relatores y Secretarios de Corte.

Artículo 27°- Todas las cuestiones no previstas por este decreto-ley, se regirán por las disposiciones de los Códigos y leyes vigentes en cuanto fuesen de aplicación.

Artículo 28°- El Tribunal propondrá a la Junta de Gobierno la dación de las disposiciones que estime necesarias para su mejor funcionamiento.

El Tribunal de Sanción Nacional fue habilitado para recibir denuncias contra las personas que, con detrimento del Erario Nacional, se hubieren enriquecido, para cuyo efecto se dictó el 14 de octubre de 1930 el Decreto Ley N° 6902.

Asimismo, el Estatuto de Sanción Nacional, promulgado el 28 de octubre de 1930, contenía disposiciones absolutamente contrarias a la Constitución de 1920 y, sobre todo, prescindía de los principios garantistas de los que deben estar premunidos todos los procesados, por más graves que sean sus delitos.

El Estatuto de Sanción Nacional –Decreto Ley N° 6910- dispuso que

La Junta de Gobierno
Considerando:

Que las necesidades del procedimiento y la práctica que han determinado la conveniencia de dictar diversas disposiciones sobre la organización y atribuciones del Tribunal de Sanción Nacional, que conviene unificar, a fin de relacionarlas y ordenarlas:

Que al propio tiempo, es indispensable completar estas disposiciones con normas claras y que aseguren el juzgamiento mas eficiente y rápido de las personas comprendidas en las acusaciones ya formuladas en las que se formulen a partir de la fecha, o que señale la conciencia publica, como autores de actos y delitos contra el patrimonio del Estado y los deberes de función; y

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Que el propósito de acelerar este juzgamiento contribuye a dar confianza a las instituciones y a los particulares, respecto de las repercusiones que en la economía general pueden tener las medidas precautorias que se han dictado o se dicten contra determinadas personas;

Decreta:

El siguiente Estatuto de Sanción Nacional;

TÍTULO PRIMERO

Del Tribunal, de su organización y de sus atribuciones

Artículo 1º- El Tribunal de Sanción Nacional tiene las mismas prerrogativas y categoría que la Corte Suprema de Justicia y funciona en la capital de la Republica.

Artículo 2º- El Tribunal constara de diez vocales y cuatro Fiscales, será presidido por el Vocal-magistrado mas antiguo y se dividirá en dos Salas, cada una de cinco Vocales y dos Fiscales.

Artículo 3º-Las Salas del Tribunal serán formadas con arreglo al presente Decreto; y sus miembros serán designados por la Junta de Gobierno.

Artículo 4º-La Primera Sala será integradas por cinco Vocales y dos Fiscales de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 5º-La Segunda Sala será integrada con cinco Vocales, designados entre los jefes y oficiales del Ejército y la Armadas y con dos Fiscales de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 6º-Los Vocales del Tribunal no pueden ser recusados ni excusarse, sino por las causales contempladas en los incisos 1º, 3º, 5º, 6º y 8º, del artículo 89 del C. de P. C. Pueden también excusarse por causa de enfermedad, producida la recusación o excusa, se resolverá dentro de tercero día y en caso de declararse fundada, el Vocal impedido será reemplazado, por el menos antiguo, de la Corte Suprema en ejercicio, tratándose de la Primera Sala; y por un jefe u oficial del Ejército o la Armada, tratándose de la Segunda Sala.

Artículo 7º- El Ministerio de Justicia nombrara un Secretario General para el Tribunal y un Secretario y un Relator letrados para cada una de las Salas. El Tribunal pedirá al indicado Ministerio el personal auxiliar de ingenieros, contadores y demás técnicos que necesitare.

Los Secretarios y Relatores del Tribunal tendrán la misma categoría y obligaciones que la Ley Orgánica del Poder Judicial señala a los Secretarios y Relatores de Corte.

Artículo 8º- Cinco Jueces Instructores, designados por la Junta de Gobierno, desempeñaran en Lima, cerca del Tribunal y bajo su autoridad las funciones que les encomienda este Decreto y las demás que aquel juzgue conveniente confiarles.

Artículo 9º- Los jueces a que se refiere el artículo anterior tienen las mismas obligaciones y prerrogativas que la Ley Orgánica del Poder Judicial señala a los Jueces de Primera Instancia.

Artículo 10º-El Tribunal para el cumplimiento de sus atribuciones, tendrá bajo sus órdenes a las Comisiones Investigadoras nombradas en las diversas dependencias administrativas; y podrá comisionar, para la práctica de las diligencias de instrucción, a cualquier Juez Instructor de la Republica.

Artículo 11º- El Tribunal deberá terminar sus funciones en un plazo de ocho meses, contados a partir del 31 de agosto de este año. Dicho plazo solo podrá ser prorrogado por disposición de la Junta de Gobierno.

Artículo 12º- Son atribuciones del Tribunal:

- a) El Juzgamiento de los actos contra el patrimonio del Estado y los deberes de función en que hayan incurrido los funcionarios y empleados públicos, afectando o comprometiendo los intereses económicos de la Nación; y, de modo especial, los casos de concusión y peculados de que tratan los artículos 2 y 3 de la Sección Décima cuarta del Libro II del Código Penal, comprendiendo en este juzgamiento no sol a los funcionarios y empleados públicos, sino a los que resulten corresponsables, así como a los que hubieren servido de cómplices o encubridores;
- b) El juzgamiento de las infracciones de la ley, sin carácter punible, en que hubiesen incurrido, sea por acción o por omisión los empleados y funcionarios del Régimen fenecido; y de las cuales se hubiese derivado perjuicio susceptible legalmente de resarcimiento, para el efecto de hacer este efectivo;

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- c) La revisión de los contratos de compra y venta de cualquiera otra naturaleza celebrados por el Gobierno fenecido, durante el periodo comprendido entre el 4 de julio de 1919 y el 25 de agosto de 1930, con instituciones o particulares, relativos a inmuebles, muebles, valores y reconocimiento de obligaciones y derechos, así como los de irrigación, ferrocarriles, caminos, pavimentaciones, canalizaciones, obras portuarias y, en general, toda clase de obras publicas. Los empréstitos en los que esta empeñada la fé nacional no están comprendidos en esta disposición.
- d) La revisión de las concesiones o privilegios otorgados por el Gobierno o las Municipalidades dentro del mismo periodo, referentes a los objetos ya indicados en el inciso anterior o de cualquier otra índole; y
- e) La calificación del enriquecimiento indebido o ilícito hecho en detrimento del Erario Nacional, por los funcionarios empleados públicos o por los particulares coluditos con aquellos; bien sea con ocasión de los empréstitos de la Republica, de la aplicación o cancelación de los mismos, de la ejecución de obras publicas, de las compras o ventas de propiedades por el Estado, de las representaciones, comisiones y primas y, en general, de cualquier otra forma en que el enriquecimiento indebido o ilícito haya sido practicado.

Si el enriquecimiento indebido proviniese de contratos cuya revisión corresponde a la Primera Sala esta conocerá del contrato, terminada que sea la calificación que corresponde a la Segunda Sala.

Artículo 13°- La Primera Sala conocerá de los casos a que se refieren los incisos a, b, c y d, del artículo anterior y ejecutara los fallos que expida la Segunda Sala.

La Segunda Sala conocerá de los casos a que se refiere el inciso e, del mismo artículo anterior.

Artículo 14°- No están sujetos a la jurisdicción del Tribunal y deben ser sometidas al fuero común, las denuncias que han sido entabladas y las que, en los sucesivos, se entablen contra los concejos distritales y sus empleados. En la misma situación se encuentran, las denuncias cuyo monto no excede de cinco mil soles.

TÍTULO SEGUNDO**De las denuncias**

Artículo 15°- Los casos de competencia del Tribunal, enumerados en los incisos a, b, c y d, del artículo 12°, serán denunciados ante la Primera Sala, por las autoridades políticas, administrativas y comunales, por las comisiones de investigaciones designadas por el Gobierno y por el Ministerio Fiscal. Esas denuncias solo podrán ser formuladas en el plazo de noventa días a partir de la fecha de este decreto, y en ellas deberá indicarse que su monto no excede de cinco mil soles oro.

Artículo 16°- La acción popular para la denuncia de los mismos casos, solo puede ejercitarse ante el Ministerio Fiscal, autoridades y Comisiones a que se refiere el artículo anterior y en el plazo de sesenta días a partir de la fecha de este Decreto.

Deberá formularse por escrito y bajo declaración jurada de tenerse motivos suficientes para el conocimiento de los hechos, materia de la denuncia.

Artículo 17°- El Ministerio Fiscal, las autoridades o comisiones que reciban denuncias por acción popular, las elevaran al Tribunal cuando encuentren motivos suficientes para la investigación de los hechos a que ellas se refieren.

TÍTULO TERCERO**De la declaración de bienes**

Artículo 18°- Las personas comprendidas en las listas que formule el Ministerio de Gobierno deberán hacer ante la Segunda Sala del Tribunal la declaración jurada de sus bienes y de los que figuren a nombre de su cónyuge e hijos, especificando la fecha y forma

374

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de su adquisición, la persona o firma de quienes los adquirieran el lugar en que se hallan su naturaleza o clase, el precio de adquisición, y los gravámenes a que están sujetos.

Artículo 19°- La declaración a que se refiere el artículo anterior, deberá hacerse dentro del término improrrogable de veinte días, más el de la distancia, a partir de la fecha de la notificación del auto de apertura de ese procedimiento. Las personas que omitan la declaración que les respecta, en el plazo fijado, incurren en rebeldía y quedan obligadas a pasar por el inventario y calificación que hará de oficio el Tribunal.

Artículo 20°- El auto de apertura a que se refiere el artículo anterior fijara el plazo para que los legítimos acreedores presenten los títulos justificativos de sus créditos, este auto se publicara por tres días.

Artículo 21°- Las declaraciones a que se refieren los artículos anteriores no comprenden los objetos de uso personal, ni el menaje corriente de casa. Las alhajas, objetos de arte, muebles y enseres lujosos deben ser declarados.

TÍTULO CUARTO**De los procedimientos en los juicios por denuncia**

Artículo 22°- El mismo día de ingresada una denuncia, el Secretario General tomara razón de ella y la enviara a la Primera Sala. Esta la tramitara oyendo la opinión verbal del Fiscal.

Si la denuncia se refiere a los casos a o b del artículo 12°, se declarara su procedencia o improcedencia, ordenándose en el primer supuesto la instrucción y señalándose al Juez a quien corresponda hacerla: disponiéndose la publicación del auto respectivo por tres días y fijándose plazo para que los legítimos acreedores del enjuiciado presenten los títulos justificativos de sus créditos.

Si la denuncia se refiere a los casos c o d del citado artículo 12°, la Sala, al declarar su procedencia, podrá simplemente, según las circunstancias, señalar las diligencias que deben practicarse o los documentos que deben presentarse ante ella, dentro de un plazo que fijara y que no será mayor de treinta días; todo con mera citación de la persona que sea parte en el contrato o que goce de la concesión o privilegio.

Artículo 23°- Cuando el Tribunal lo juzgue conveniente por las condiciones especiales del caso, podrá designar como juez Instructor a uno de sus miembros.

Artículo 24°- El Juez Instructor señalara para actuar la declaración del acusado o emplazado, fecha y hora dentro de los ocho días siguientes al auto de apertura. Si la persona notificada no compareciese en el día y hora señalados, será declarada en rebeldía y seguirá el juicio con tal carácter, no volviendo a hacerse ninguna notificación hasta la citación para la vista de la causa, que se le hará saber por avisos publicados en el periódico durante tres días, en que indicara la fecha y hora señalados por el Tribunal, para la audiencia pública.

Artículo 25°- La instrucción deberá quedar terminada en el plazo de veinte días contados desde la fecha de la declaración del enjuiciado o emplazado, en que sea declarado rebelde. Durante la instrucción el Juez, personalmente, o por medio de las autoridades. Comisiones Investigadoras o cualquier otro organismo administrativo, investigara los hechos y actuara las pruebas que sean necesarias para el juzgamiento de los actos que han motivado la denuncia.

Artículo 26°- El Ministerio Fiscal, autoridades y Comisiones a quienes corresponda hacer las denuncias ante el Tribunal podrán intervenir en las diligencias de instrucción destinadas a probar los cargos en que se funda la denuncia. El mismo derecho tendrá el enjuiciado, sin que para su ejercicio sean necesarias citaciones previas ni plazo especial. Los interesados podrán, en cualquier momento, estudiar en Secretaría el expediente.

Artículo 27°- No se admitirán excepciones dilatorias, artículos previos, ni oposiciones, a la actuación de las diligencias ordenadas por el Juez Instructor.

Artículo 28°- Terminada la instrucción el Juez elevara al Tribunal, el que, por acto inmediato, podrá ordenar la ampliación de la instrucción señalando los medios respectivos y fijando para ello un plazo que no podrá ser mayor de ocho días.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 29°- Elevada la instrucción al Tribunal o concluidas las investigaciones a que se refiere el ultimo párrafo del artículo 22°, la Sala respectiva, oyendo la opinión verbal de su Fiscal, declarará si procede o no la continuación del procedimiento. En caso afirmativo se señalará día y hora para la audiencia en que el enjuiciado o emplazado, su apoderado o defensor, concurra o no el primero, podrán actuar todas las pruebas que consideren necesarias, dentro de las formas que para la actuación de las audiencias señala el Código de Procedimientos en Materia Criminal.

Artículo 30°- Terminada la actuación de la prueba el Fiscal formulara sus conclusiones y oída la defensa, quedara la causa en estado de fallo que el Tribunal pronunciará, dentro del plazo máximo de ocho días.

Artículo 31°- Todos los fallos deben expresar con claridad y precisión los fundamentos de hecho y derecho en que se apoyan.

Tratándose de los casos enumerados en los incisos a y b del artículo 12°, declararan si existe o no responsabilidad; calificaran esta; fijaran el monto del daño causado, ordenando la correspondiente restitución al Estado y remitirán lo actuado en calidad de instrucción concluida, según la calificación pronunciada al Tribunal Correccional, para los efectos del juicio penal correspondiente.

Tratándose de los casos enumerados en los incisos a y b del artículo 12°, declararán la nulidad, rescisión o caducidad de los contratos, concesiones o privilegios materia de la revisión. Si hubieran elementos delictuosos enviaran lo actuado al Tribunal Correccional para los mismos efectos a que se refiere a la ultima parte del párrafo anterior.

Tres votos conformes constituirán sentencia condenatoria, y esta será inapelable.

Artículo 32°- Para apreciar la lesión en los contratos en que resulten perjudicados los intereses del Fisco, se seguirá las reglas citadas en los artículos 1459, 1460 y 1465 del Código Civil.

TÍTULO QUINTO

Del procedimiento para justificar la adquisición de bienes

Artículo 33°- Una vez formulada la declaración de bienes a que se refiere el artículo 13°, los interesados, deberán, dentro del termino de treinta días, justificar los medios con que contaron para obtener los bienes adquiridos por ellos, su cónyuge e hijos, desde el 4 de julio de 1919 hasta la fecha de la declaración. Si los obligados omiten la declaración que les respeta, la Segunda Sala hará de oficio y dentro del termino indicado, las investigaciones que juzgue necesarias.

Artículo 34°- La Segunda Sala, o el Juez Instructor a quien pueda comisionar, solicitara de los registros de la Propiedad Inmueble, de la Prenda Agrícola y Mercantil, del de Ventas a Plazos, de la Inspección de las compañías urbanizadoras, de los Bancos, de los Ministerios y de las oficinas publicas o particulares, que, en cada caso, considere oportuno, los datos sobre los bienes contratados y rentas del declarante y podrá ordenar la actuación de inventarios y la apertura e inventario de cajas de seguridad, con la concurrencia del interesado, su representante o dos notarios y, en el segundo caso, del Gerente del Banco respectivo, firmándose actas.

Artículo 35°-Vencido el plazo a que se refiere el artículo 33°, la Segunda Sala pedirá el dictamen escrito de su Fiscal, del que correrá traslado para que sea absuelto dentro del termino perentorio de ocho días por el procesado, su apoderado o su defensor. Vencido este plazo, la Segunda Sala, por el mérito de lo actuado, resolverá como Jurado, si ha habido o no enriquecimiento indebido, fijara su monto y ordenara la restitución. Tres votos conformes constituyen sentencia inapelable.

Artículo 36°- En los casos del artículo anterior se tendrá en cuenta el prudente margen del ahorro, en relación con la situación y condiciones personales del procesado.

Artículo 37°- Expedido y publicado el fallo con motivo de este procedimiento, se remitirá el expediente junto con los créditos presentados por los acreedores a la Primera Sala, para que esta ejecute el fallo y resuelva sobre la legitimidad o preferencia de los créditos.

376

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si con motivo de las investigaciones practicadas para calificar el enriquecimiento, se hubieran descubierto elementos delictuosos, la Segunda Sala, antes de hacer la remisión a que se refiere el párrafo anterior, mandara sacar copia certificada de las piezas pertinentes y la enviara al Tribunal Correccional, para los efectos del juicio penal correspondiente.

TÍTULO SEXTO**De la ejecución de los fallos**

Artículo 38°- Pronunciada sentencia absolutoria en los juicios por denuncia y en procedimiento para justificar la adquisición de bienes, esta será publicada por tres veces y, después de darse al interesado copia certificada, se remitirá el expediente al Archivo Nacional, donde será conservado bajo registro especial y responsabilidad de su Director.

Artículo 39°- Pronunciada sentencia condenatoria en los juicios por denuncia, se publicara por tres veces y se procederá, por la Primera Sala o por el Juez del fuero común que esta comisión, a su inmediata ejecución, siguiendo los tramites señalados en el C. De P.C., con la modificación de que los avisos de remate solo se publicaran por ocho días, tratándose de inmuebles, y por tres días, si se trata de muebles. Si no hubiera remate por falta de postores, los bienes se adjudicarían al Estado por la base del remate.

Artículo 40°- Pronunciada sentencia condenatoria en el procedimiento para justificar la adquisición de bienes se procederá como se indica en los artículos 37° y 43°.

En el caso de ejecución de sentencia en este procedimiento, es Estado podrá optar por la suspensión del remate y la adquisición de los bienes, para fines de utilidad publica.

TÍTULO SETIMO**De las medidas de seguridad**

Artículo 41°- Las Salas del Tribunal, al iniciarse los procedimientos a que se refirieren los títulos cuartos y quinto, y en cualquier estado de los mismos, podrán dictar todas las medidas que en su concepto sean necesarias para asegurar los derechos del Estado. Para dictarlas, ampliarlas o suspenderlas, apreciarán los elementos que resulten en contra de la persona contra quien se dicten y el estado, situación y necesidades de los bienes y negocios sobre los que recaigan las medidas. Las Salas del Tribunal podrán también sustituir las medidas con garantías sólidas debidamente constituidas.

Artículo 42°- Se utilizarán los servicios de la Caja de Depósitos y Consignaciones, de las Cajas de Ahorro, de la Sociedad de Beneficencia Publica de Lima, o de cualquiera otra entidad responsable, para la ejecución de los medios de deposito, intervención o administración que se considere conveniente decretar.

Artículo 43°- Cuando no exista denuncia contra una persona y se siga únicamente el procedimiento a que se refiere el Título Quinto, las medidas pero no a los productos.

Artículo 44°- Iniciados los procedimientos a que se refieren los títulos Cuarto y Quinto, las Salas del Tribunal mantendrán, de las medidas de seguridad dictadas por el Ministerio de Gobierno contra las personas sometidas a los procedimientos, las que considere necesarias. Iniciados los procedimientos ante el Tribunal, corresponderá solo a sus Salas dictar medidas de seguridad contra las personas sometidas a su jurisdicción.

Artículo 45°- Cuando la oficina de Lima de la Caja de Depósitos y Consignaciones, reciba la transcripción del auto de apertura de un juicio deberá comunicarlo inmediatamente a todas sus dependencias de la República, a fin de que nieguen el pase a las minutas relativas a transferencias de dominio o constitución de gravámenes que pretendiesen hacer los encausados. La prohibición se extiende a los notarios públicos bajo responsabilidad.

Artículo 46°- Los enjuiciados y las personas que de ellos reciban alimentos, podrán solicitar que se les asigne con cargo a la renta de sus bienes, y mientras dure el juicio una pensión mensual que se decretara siguiendo la regla fijada por el C. De P.C., para los casos de concurso o quiebra.



377

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 47°- Terminados con resolución absolutoria los procedimientos a que se refieren los títulos Cuarto y Quinta, se pondrá término a todas las medidas precautorias haciéndose las notificaciones correspondientes.

Artículo 48°- Los funcionarios y empleados del Régimen anterior y en general todas las personas que durante el hayan intervenido en el manejo de los fondos fiscales, deberán permanecer en el territorio nacional sin poder abandonarlo, hasta después de pasados ocho meses a partir de la fecha de este Decreto, salvo el caso de irresponsabilidad comprobada por la Sala respectiva.

TÍTULO OCTAVO
De los derechos de tercero

Artículo 49°- Los juicios iniciados con posterioridad al 24 de agosto último, ante los jueces del fuero común, para el pago de créditos de cargo de los encausados ante el Tribunal de Sanción Nacional, serán cortados, a fin de que los interesados presenten al Tribunal los documentos en que consten las obligaciones demandadas, para el efecto de que este se pronuncie sobre su legitimidad. Asimismo, son nulos y sin ningún valor todos los contratos de compra-venta, transferencias, hipotecas y transacciones de cualquier género que hubiesen celebrado a partir del 22 de agosto del presente año, las personas contra las que se dicten sentencias condenatorias.

Artículo 50°- Los créditos que se hagan valer ante el Tribunal, en virtud de las publicaciones de los autos de apertura de procedimiento, serán apreciados por la Primera Sala la que declarará si se trata de crédito legítimo, de créditos manifiestamente falsos o de créditos que deben hacerse valer ante los tribunales ordinarios.

En el primer caso, reconocerá el pago preferente, si hay lugar a él, con arreglo a las leyes; en el segundo, remitirá los antecedentes al Juzgado de Instrucción para que se siga el procedimiento penal correspondiente; y en el último, dejara a salvo el derecho del acreedor para que lo haga valer conforme a las leyes comunes.

La Primera Sala pronunciara su apreciación sobre los créditos, conjuntamente con el fallo en los casos de su competencia, cuando los créditos que se hayan presentado con motivo de la apertura del juzgamiento de dichos casos; y lo hará por cuerda separada y oyendo a su Fiscal, después de pronunciada la sentencia de la Segunda Sala, en los casos de competencia de esta.

Tratándose de créditos con garantía hipotecaria y prendataria, la Primera Sala, después de pronunciada su apreciación sobre su validez, podrá suspender sino cabe legalmente la preferencia del Estado, las medidas precautorias dictadas que afecten a los bienes gravados con la hipoteca o con la prenda en cuyo caso los acreedores quedaran libres para ejercitar sus derechos reales de acuerdo con las leyes comunes.

Artículo 51°- En el caso de concurrencia de acreedores, se observara en cuanto a la graduación entre ellos, las reglas del procedimiento común.

Artículo 52°- Las Salas del Tribunal podrán nombrar peritos para que se pronuncien sobre los créditos y hagan su ordenación y clasificación, y podrán también abrir sobre los créditos un termino probatorio si lo creyeran conveniente.

TÍTULO NOVENO
Disposiciones diversas

Artículo 53°- Las personas que deben ser citadas ante el Tribunal de Sanción Nacional, podrán serlo personalmente si su paradero fuere conocido, o por el periódico si no fueren habidas. La citación personal podrá hacerse telegráficamente con constancia de entrega que será expedida por la autoridad judicial.

Artículo 54°- Los enjuiciados gozan del derecho de defensa, que harán valer personalmente, o asistidos de letrados, y pueden ejercitar los medios de prueba que crean convenientes dentro de los términos fijados en este Decreto.



378

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 55°- Todos los días y horas serán hábiles para todos los procedimientos a que se refiere este decreto.

Artículo 56°- Los expedientes actualmente en curso, sobre enriquecimiento indebido, pasaran a la Segunda Sala a fin de que esta llene los tramites a que hubiere lugar, con arreglo a lo prescrito en el Titulo Tercero.

Artículo 57°- Declarase en suspenso, mientras funcione el Tribunal de Sanción Nacional, la jurisdicción establecida por la ley de responsabilidad de funcionarios públicos o de cualquiera otra que establezca jurisdicción incompatible con la establecida en el presente Decreto.

Artículo 58°- Todas las cuestiones no previstas por este Decreto, se regirán por las disposiciones de los Códigos y leyes vigentes en cuanto fuesen de aplicación, y a la falta de ellas, por los principios generales de derecho.

Artículo 59°- El presente Estatuto codifica y reemplaza las disposiciones contenidas en los Decretos Leyes de 31 de agosto, 3, 9 y 29 de setiembre de 1930.

Fue por Decreto Ley N° 7040, del 31 de agosto de 1930, que se creó en Lima el Tribunal de Sanción Nacional para que realice la tarea de “llevar a bajo en forma efectiva la moralización del país emprendida por el actual gobierno”. Ese Tribunal “debía realizar las investigaciones pertinentes para determinar la inversión dada a los fondos públicos por el régimen anterior y establecer la debida responsabilidad de los exgobernantes, los funcionarios y empleados públicos y los particulares que hayan defraudado al Fisco u obtenido ganancias ilícitas con detrimento de los dineros del Estado. El texto del articulado era el siguiente

1°- Crease en la Capital de la República un Tribunal que se denomina “Tribunal de Sanción Nacional” encargado de realizar las investigaciones necesarias para descubrir los delitos cometidos contra los deberes de función en que hayan incurrido los funcionarios y empleados públicos, de acuerdo con el procedimiento que se establecerá en decreto especial.

El mismo Tribunal podrá revisar los contratos celebrados con el Fisco, durante la pasada administración, sobre construcción de obras publicas, compra-venta y locución y conducción.

2°- El Tribunal de Sanción Nacional se compondrá de un Presidente y un Fiscal letrado y cuatro vocales.

Además tendrá un Secretario y un Relator letrados, los empleados que en la práctica se requiera y un cuerpo de expertos contadores y demás profesionales que resulten necesarios.

3°-Comprobados los delitos por el Tribunal, este expedirá fallos ordenando a los que resulten responsables, la devolución al Tesoro Publico de los bienes que ilícitamente hayan adquirido del Estado, respondiendo con los bienes que posean. Expedidos dichos fallos pondrá a los sentenciados a disposición de los jueces correspondientes, para que, previo el juicio criminal respectivo, se les imponga las de mas penas a que se hayan hecho acreedores con arreglo a las disposiciones de la ley penal vigente.

4°- De acuerdo con las disposiciones de la ley penal, no solo será motivo de la investigación y el conocimiento del Tribunal, las apropiaciones indebidas de inmuebles, muebles, valores o dinero, sino también las comisiones ilícitas percibidas.

En los contratos de compra-venta se tendrá como limites para considerar lesionados los intereses fiscales los señalados en los artículos 1459, 1460 y 1465 del Código Civil;

5°-La Junta admitirá denuncias por acción Popular; pero solo las debidamente comprobadas;

6°- Todas las oficinas publicas sin excepción, todos los ex-funcionarios y empleados públicos y los particulares que hayan intervenido directa o indirectamente en operaciones con el Fisco, estarán obligados a proporcionar todas las informaciones que el Tribunal solicite;

7°-Las autoridades políticas y administrativas cumplirán las resoluciones y fallos del Tribunal y le prestaran el mismo apoyo que a los Tribunales del fuero común.

8°-Las sentencias del Tribunal serán inapelables; y no se admitirá contra ellas ningún recurso;



379

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9°- El Tribunal deberá terminar sus funciones en un plazo no mayor de ocho meses contados a partir de la fecha de este Decreto. Dicho plazo solo podrá ser prorrogado por disposición de la Junta de Gobierno.

10°- Todos los ex-gobernantes y todas las personas que hayan desempeñado funciones o empleos públicos durante el régimen anterior y que directa o indirectamente hayan intervenido en el manejo de los fondos fiscales, no podrán abandonar el territorio nacional hasta después de pasados ocho meses computados a partir de la fecha, salvo que presten garantía a satisfacción del Tribunal;

11°- El Tribunal formulara una relación de las personas sindicadas por la opinión pública como presuntos defraudadores de los fondos fiscales; y la transcribirá a la Caja de Depósitos y Consignaciones. Departamento de Recaudación y al Registro de la Propiedad Inmueble, Mercantil y de la Prenda Agrícola, a fin de que durante el precitado periodo de ocho meses, la primera no de pase a las minutas relativas a la traslación de dominio de bienes de las personas indicadas en ella; y el segundo, no inscriba ni efectué anotaciones referentes a dichos bienes, sin el visto bueno del Tribunal.

Igual transcripción se hará a los bancos a fin de que en el antedicho plazo no realicen operaciones bancarias con los presuntos defraudadores del Fisco sin la conformidad previa del Tribunal.

Sin respetar la autonomía del Tribunal de Sanción Nominal, la Junta de Gobierno, con el pretexto de mantener la solidez del crédito territorial hipotecario, dispuso que se entregaran los inmuebles de propiedad de los procesados al Banco Central Hipotecario del Perú, para su administración, conforme al Decreto Ley N° 6992, dictado el 31 de diciembre de 1930, según el cual

1°- Los inmuebles urbanos de las personas encausadas ante el Tribunal de Sanción Nacional y cuya incautación este ordenada o se ordene, si están afectos a préstamos hipotecarios conforme a las leyes Nos. 6126 y 2 de enero de 1889 se entregarán en administración al Banco Central Hipotecario del Perú a fin de que su producto se aplique al pago de los servicios del préstamo que grava cada inmueble; y el sobrante líquido que hubiere lo pondrá dicha Institución a disposición del Tribunal de Sanción Nacional lo mismo que hará con el sobrante del precio del remate en su caso.

2°- El servicio de los préstamos hipotecarios a que están afectos los inmuebles de las personas encausadas ante el Tribunal de Sanción Nacional y que están ocupadas por dependencias del Estado, se pagara al Banco Central Hipotecario del Perú por el Ministerio respectivo, para lo cual se consignarán en los respectivos pliegos del Presupuesto las partidas correspondientes.

Para el efecto de simplificar el procedimiento de los asuntos de competencia del Tribunal de Sanción Nacional, la Junta de Gobierno dictó el 28 de febrero de 1931 el Decreto Ley N° 7043, conforme al cual

Artículo 1°- El Tribunal de Sanción Nacional funcionará en lo sucesivo en Sala Unica, con los actuales miembros de la Segunda Sala del citado Tribunal, la que conocerá exclusivamente de las acusaciones por enriquecimiento ilícito contra funcionarios públicos, teniendo bajo su dependencia a los cinco jueces Instructores de que se ocupa el Estatuto de 28 de octubre último y sus fallos se ejecutaran por los Jueces de Primera Instancia del fuero común en todo lo relativo a la realización de los bienes de los enjuiciados;

Artículo 2°- La graduación de los créditos en las causas resueltas por la Segunda Sala del Tribunal de Sanción, se verificara por la Segunda Sala de la Corte Suprema, antes de procederse a la realización de dichos bienes;



380

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 3°- Las causas de que conoce la Primera Sala del Tribunal de Sanción pasarán a los Jueces Instructores del fuero común siempre que no se refieran a revisión de contratos y si fueren de esta naturaleza pasarán a los Jueces de Primera Instancia, quienes, así como los Instructores se sujetarán a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y Código de Procedimientos en Materia Criminal;

Artículo 4°- El Secretario General del Tribunal de Sanción Nacional, continuará en el desempeño de las funciones que le competen y de las pertinentes para la ejecución de este decreto.

Artículo 5°- Desde la gracia a los miembros de la Primera Sala Tribunal de Sanción Nacional, por los importantes servicios prestados al país.

Las funciones del Tribunal de Sanción Nacional se dieron por terminadas el 28 de abril de 1931, fecha en la cual fue promulgado el Decreto Ley N° 7119, que dispuso

Artículo 1°.- Declárase por terminadas las facultades del Tribunal de Sanción en cuanto a la investigación de los procesos, los que pasarán a vista Fiscal, cesando la intervención de los Jueces Instructores.

Artículo 2°.- En el improrrogable y definitivo plazo de treinta días, a partir de la fecha del vencimiento señalado en el decreto-ley de 28 de octubre y que vencerá indefectiblemente el 31 de mayo próximo, se expedirán los fallos pertinentes, de los que pasarán para su ejecución a la jurisdicción común, de conformidad con los decretos leyes de 28 de octubre de 1930 y 28 de febrero de 1931.

Artículo 3°.- Las causas que no hubieren sido resueltas al vencimiento del plazo fijado en el artículo anterior, se remitirán a la Segunda Sala de la Corte Suprema, para que ésta, según los casos, los distribuya entre los jueces y Tribunales ordinarios.

Artículo 4°.- Los jueces conocerán de estos procesos pendientes, aplicando en el juzgamiento las disposiciones del decreto-ley de 28 de octubre de 1930 y procediendo respecto de sus resoluciones los recursos permitidos por la ley común.

Artículo 5°.- El Ministerio Fiscal se apersonará en los indicados procesos, ejecutando y cumpliendo las atribuciones que le confiere el artículo 275° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para la terminación de los mismos, y para que rápida y exactamente se hagan efectivas las responsabilidades pertinentes.

Queda patente, pues, la intromisión de la Junta de Gobierno (vale decir del Poder Ejecutivo) en la tramitación de los procesos seguidos en el fuero privativo del Tribunal de Sanción. A los atropellos del gobierno dictatorial del oncenio, se respondió con los actos arbitrarios del gobierno revolucionario. En otras palabras: la justicia estuvo distante en ambas etapas.

En las normas emanadas de la Junta de Gobierno no existía correlación en la numeración de los Decretos-Leyes y las fechas de promulgación. Al respecto, se puede advertir, por ejemplo, que el Decreto Ley N° 7040 tiene como fecha de promulgación 31 de agosto de 1930, mientras que los Decretos Leyes Nos. 6878 y 6979 aparecen promulgados el 9 de setiembre y el 28 de octubre del mismo año.

La justicia militar se extiende a los civiles

Por otra parte, dentro de la confusa legislación dictada por la Junta de Gobierno, aparece el Decreto Ley N° 6881, de 2 de octubre de 1930, que dejó en suspenso los efectos de las Leyes Nos. 2442 y 5862, para que



381

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Junta de Gobierno

Teniendo en consideración:

Que la falsa alarma y el ataque a fuerza armada, son delitos previstos y penados por el Código de Justicia Militar;

Que ellos son de naturaleza tal, que al ser cometidos por civiles, deben caer bajo la jurisdicción privativa de guerra, toda vez que comprometen la estabilidad y disciplina del Instituto Armado;

Que en igualdad de situación se encuentran los que comenten los delitos de rebelión, sedición y motín;

Decreta:

Suspéndase los efectos del artículo 156 de la Constitución del Estado y de las leyes números 2442 y 5862, quedando en consecuencia en toda su fuerza y vigor, las disposiciones del Código de Justicia Militar derogadas por la Constitución y Leyes citadas.

El Decreto-Ley N° 6881 constituye, ciertamente, una aberración jurídica. No sólo suspende los efectos de la Ley N° 5862, que modifica el texto original del artículo 156 de la Constitución de 1920, sino que suspende también la aludida norma constitucional. Habría sido suficiente, dentro de la lógica del gobierno de facto, suspender el artículo 156. Empero, el propósito de la disposición era y fue colocar a los militares, policías y civiles dentro de la competencia del fuero militar privativo.

A fin de no entorpecer los procesos en ese fuero privativo –posiblemente porque algunas personas vinculadas al régimen depuesto no eran habidos- la Junta de Gobierno expidió, el 2 de octubre de 1930, el Decreto Ley N° 6882 según el que

La Junta de Gobierno

Considerando:

Que los Consejos de Guerra, convocados por las Jefaturas de Zonas Militares y Naval, en los casos de reo ausente, de conformidad con la segunda parte del artículo 594 del C. De J. M., distrae inútilmente la atención de los Jefes y Oficiales del Ejército y la Armada, toda vez, que con arreglo a la tercera parte de la misma disposición legal, si el reo presenta, debe reabrirse el procedimiento y convocarse a otro Consejo de Guerra, para que expida nueva sentencia;

Decreta:

1. Los Consejos de Guerra, juzgaran, únicamente, a los reos presentes;
2. En los casos de instrucción con reo ausente, formulada la acusación fiscal, la autoridad judicial respectiva renovara las ordenes de captura, publicándose edictos en los que se expresara los delitos que la acusación Fiscal imputa al acusado, reservándose el proceso hasta que el reo sea habido.

El gobierno militar, para impedir las protestas obreras, disolvió la Confederación General de Trabajadores del Perú, mediante el Decreto Ley N° 6926, de 12 de noviembre de 1930. Esa norma fue derogada por la Ley N° 10221, de 2 de agosto de 1945.

La Junta de Gobierno, previendo la ocurrencia de atentados contra la seguridad del orden público, frente a situaciones de inestabilidad social y política, dictó el 13 de noviembre de 1930 el Decreto Ley N° 6929, por el que

LA JUNTA DE GOBIERNO

Considerando:



382

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Que declarado el estado de sitio en los departamentos de Lima y Junín, todos los que atenten contra la seguridad del orden público y los intereses sociales, deben ser castigados en forma ejemplarizadora;

Decreta:

1º- Los que atenten contra la seguridad del orden público, ya sea por vías de hecho o alentando la sublevación de palabra o por medio de publicaciones, serán considerados autores de flagrante delito, como lo determina el artículo 636 del Código de Justicia Militar y juzgados por un Consejo de Guerra especial, compuesto del siguiente personal:

Presidente: Coronel D. José Urdanivia Ginés.

Vocal: Capitán de Navío D. Ernesto Salaverry.

Vocal: Coronel D. José A. Vallejo.

Vocal: Coronel D. Juan E. O'Connor.

Vocal: Teniente Coronel D. Manuel E. Rodríguez.

Vocal: Teniente Coronel D. Teobaldo E. Vegas.

Vocal: Teniente Coronel D. Luis E. Vinatea.

Fiscal: Mayor D. Diógenes Romero.

Debiendo actuar como Auditor y Secretario Relator, los de la Zona Militar de la IIa. Región;

2º- El Consejo de Guerra, denunciado que fuese el hecho por las autoridades políticas o militares, procederá en forma sumaria oyendo las declaraciones verbales de los acusados y de los testigos, de todo lo que sentará el acta respectiva, la misma que será firmada por los declarantes y autorizada por los miembros del Consejo;

3º- Tratándose de publicaciones subversivas hechas en los periódicos o en hojas sueltas, con pie de imprenta, los miembros del Consejo están facultados para exigir del director del periódico o del dueño de la imprenta que exhiban los originales aludidos, sin perjuicio de ser comprendidos en el juicio, como coautores de la infracción;

4º- Si de lo actuado resultase comprobada la infracción denunciada, el Consejo elevará la causa a proceso y requerirá al acusado para que en el término de diez minutos, nombre el defensor que le respecta, y si no lo hiciese, se le nombrará al de oficio de la Zona Militar de la IIa. Región, doctor don Augusto Salamanca;

5º- Llenados los requisitos del artículo anterior, se pasarán los autos al Fiscal y Defensor, para que formule su acusación y defensa, en el plazo improrrogable de una hora para cada uno de los nombrados;

6º- El Consejo, oyendo la acusación y defensa, formulada verbalmente por el Fiscal y defensor y teniendo en cuenta el mérito de lo actuado, pronunciará el fallo respectivo, aplicándose a los infractores las penas correspondientes, desde la de arresto hasta la de penitenciaría;

7º- Las sentencias no son revisables ni apelables y se mandarán ejecutar por el Jefe del referido Consejo, sin dilación alguna;

8º- Durante el séquito de juicio, los acusados permanecerán en detención.

Los adversarios del régimen, en general, y los medios de comunicación, en especial, fueron amenazados con ser sometidos al fuero privativo militar. El Consejo de Guerra, por simple denuncia de las autoridades políticas o militares, con declaraciones comprometidas de falsos testigos y con apenas una hora (60 minutos) para ejercer defensa, podían ser condenados. Y la sentencia era irrecurrible. ¡La barbarie!

Pero la nueva dictadura no estaba satisfecha. Debía escarnecer, más aún, el derecho. Y, con tal propósito, fue dictado el 28 de noviembre de 1930 por la Junta de Gobierno el Decreto Ley N° 6948, por el cual

LA JUNTA DE GOBIERNO

Considerando:

Que es necesario fijar los alcances del decreto-ley N° 6881;



383

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Que las normas legales sobre jurisdicción son de orden público y rigen por lo mismo todos los casos pendientes de la acción de la justicia;

Absolviendo la consulta formulada por el Coronel Jefe de Zona de la IIa. Región, y de conformidad con el dictamen del señor Fiscal de la Corte Suprema;

Decreta:

La jurisdicción privativa de guerra se extiende a las infracciones cometidas por militares o civiles con anterioridad a la promulgación del decreto-ley N° 6881, siempre que su juzgamiento corresponda a dicha jurisdicción conforme al Código de Justicia Militar y no se hubiere dictado respecto de ellas sentencia que esté ejecutoriada.

Los procesos en curso ante la jurisdicción común sobre hechos comprendidos en esta disposición, se proseguirán, en el estado en que se encuentren, por ante los Tribunales Militares correspondientes.

Contrariando principios reconocidos por el derecho penal internacional se dio efecto retroactivo a las normas penales y se hizo irrisión del juez natural.

El Decreto Ley N° 6933, de 30 de octubre de 1930, parcialmente modificado por el Decreto Ley N° 9416, prorrogaba la competencia de la zona naval.

La Junta de Gobierno avanzó más en el derrumbe del derecho. Prohibió los procesos civiles contra los conscriptos y enrolados en el Ejército y el 11 de noviembre de 1930 dictó el Decreto Ley N° 6950, por el que

LA JUNTA DE GOBIERNO

Atendiendo:

A que viene observándose, con relativa frecuencia, que gentes inescrupulosas cometen despojos clamorosos con los bienes de los ciudadanos llamados a prestar el Servicio Militar Obligatorio, aprovechando de la imposibilidad en que se encuentran estos, de velar por sus intereses mientras dura su permanencia en las filas de los Institutos Armados:

Que se hace indispensable remediar en forma enérgica los abusos a que se hace referencia, resguardando el derecho de propiedad de los conscriptos, voluntarios y enrolados, sobre sus bienes, muebles o inmuebles, los que no deben sufrir menoscabo en lo mas mínimo mientras estén sirviendo a la Patria;

Decreta:

1. Los conscriptos, voluntarios y enrolados en el Ejército, no podrán ser demandados ante el Fuero Civil Común durante su periodo legal de alistamiento, o sea de dos años para los primeros y tres para los últimos y, además, hasta treinta días después de su licenciamiento;
2. No podrán ser materia de hipoteca ni anticresis, durante el periodo de su Servicio Militar, los bienes de los conscriptos, voluntarios y enrolados;
3. Los Tribunales y Juzgados, no podrán decretar embargo y suspenderán las ejecuciones que se hallen pendientes respecto de los bienes de estos servidores, durante el tiempo indicado en el artículo 1°;
4. Los conscriptos, voluntarios y enrolados, durante el tiempo de su permanencia en filas solo podrán conferir poder para la simple administración de sus bienes, pudiendo también darlos en arrendamiento por un plazo no mayor de tres años, pero, en los contratos respectivos no podrá pactarse el pago de mejores a favor del conductor.

La Junta Nacional de Gobierno asume nuevas atribuciones

Hubo cambios en la conformación de la Junta Nacional de Gobierno. La nueva Junta fue presidida por David Samanez Ocampo. Por Decreto Ley N° 7045, de 11 de marzo



384

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de 1931, aprobó un Estatuto para determinar sus atribuciones y regular su funcionamiento, según el que

Artículo 1º- La Junta de Gobierno es un organismo político indisoluble que esta integrado por ocho miembros a saber un Ministro sin Cartera, que la presidirá; el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Gobierno, el Ministro de Guerra, el Ministro de Justicia e Instrucción, el Ministro de Hacienda, el Ministro de Fomento y el Ministro de Marina y Aviación.

Artículo 2º- El cargo de miembro de la Junta de Gobierno es irrenunciable, salvo casos de fuerza mayor debidamente comprobados que incapaciten para la función. Producida la vacante, se reemplazara al impedido, por medio de elección practicada por la misma Junta.

Artículo 3º- Los miembros de la Junta de Gobierno no podrán postular su candidatura a la Presidencia de la República ni a ninguna representación parlamentaria durante el próximo periodo constitucional.

Artículo 4º- La Junta de Gobierno asume todas las atribuciones propias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Artículo 5º- El Presidente de la Junta tendrá las mismas atribuciones del Presidente de la República y los demás miembros, como Jefes de sus respectivos portafolios, las correspondientes a los Ministros de Estado.

Artículo 6º- En las resoluciones que se dicten se observara las formulas y procedimientos administrativos en uso.

Artículo 7º- La Junta de Gobierno en pleno y con su voto unánime ejercerá las funciones legislativas, dictando decretos-leyes que serán promulgados por el Presidente de la Junta y el Ministro respectivo, inmediatamente después de haber sido votados y suscritos por todos los miembros de la Junta.

Cuando en este año 2006 afronta el Perú la proliferación de casinos y máquinas tragamonedas, que funcionan irregularmente, con la anuencia de alcaldes y el sospechoso amparo de jueces, resulta pertinente destacar que la Junta de Gobierno prohibió el juego de envite por Decreto Ley N° 7951, de 18 de marzo de 1931.

Si la dictadura del oncenio fue acusada de corrupta, el ejercicio del poder por sus inmediatos sucesores no fue diferente. Por esa razón la Junta de Gobierno dictó el 17 de marzo de 1931 el Decreto Ley N° 7048, disponiendo que

1º- Para la validez de los actos políticos o administrativos emanados de los jefes de los movimientos militares ocurridos en el Norte y Sur de la República, será indispensable que en cada caso, sean aprobados por la Junta de Gobierno o sus órganos competentes.

2º- Los diferentes Ministerios en sus reparticiones respectivas, quedan encargados de hacer cumplir el presente decreto.

Elecciones y justicia militar

La Junta de Gobierno era transitoria y coyuntural. Había necesidad de restituir la soberanía popular y, con ese fin, convocó a una Asamblea Constituyente por Decreto Ley N° 6953, promulgado el 8 de noviembre de 1930; y derogado por el Decreto Ley N° 7036.

La Junta de Gobierno, además, modificó el número de Representantes que correspondían a los departamentos de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Huancavelica, Huanuco, Ica, Junín, Lambayeque, La Libertad, Lima, Loreto, Madre de



385

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dios, Tacna y Tumbes; y dispuso que la Asamblea Constituyente tuviera 120 miembros. Con ese objeto expidió el Decreto Ley N° 6979, de 29 de noviembre de 1930, según la cual

Modifícase el artículo 2° del decreto-ley de 19 de noviembre, en los siguientes términos:

Artículo 2°- Las representaciones a que se refiere el artículo anterior, serán las siguientes: Amazonas, 3; Ancash, 7; Apurímac, 4; Arequipa, 9; Huancavelica, 4; Huanuco, 4; Ica, 4; Junín, 6; Lambayeque, 5; Libertad, 7; Lima, 12; Loreto, 5; Madre de Dios, 2; Tacna, 2; Tumbes, 2; haciendo un total de 120 miembros de la Asamblea Constituyente.

Luego modificó su estrategia política y por el Decreto Ley N° 7019, de 6 de febrero de 1931, convocó a elecciones para Presidente de la República y Representantes a la Asamblea Constituyente, expresando en sus considerandos que

Considerando:

Que, como consecuencia de la revolución iniciada en Arequipa el 22 de agosto de 1930, se organizó el régimen provisorio representado por la Junta de Gobierno, mientras el país volvía a la normalidad y se pudieran constituir definitivamente los Poderes Públicos;

Que, durante el tiempo transcurrido, la Junta de Gobierno ha podido compulsar la opinión de los pueblos, manifestada en la prensa periódica, en actas, telegramas y otros documentos, en el sentido de que de convocarse a elecciones generales para Presidente de la República y Representantes a Congreso:

Que, producida esta situación es indispensable acatar las solicitudes del sentir nacional, que cristalizan el voto verdaderamente plebiscitario emitido en forma unánime por los pueblos de la República;

Que, es un deber de la Junta de Gobierno, en los actuales momentos históricos, interpretar la voluntad popular y uniformar sus anhelos de reforma con el enunciado deseo patriótico.

Que las manifestaciones de la opinión pública se han producido con posterioridad a la fecha en que se dictó el decreto-ley de convocatoria a la Asamblea Constituyente;

Decreta:

Artículo 1°- Convóquese a elecciones para Presidente de la República y Representantes para la Asamblea Constituyente, con sujeción a las disposiciones contenidas en los decretos-leyes de 10 de noviembre y 12 y 18 de diciembre de 1930.

Artículo 2°- La Asamblea Constituyente tendrá por objeto:

- a) La clasificación y regulación de los votos que se hayan emitido para Presidente de la República y la Proclamación del ciudadano que resulte electo;
- b) La dación de la Constitución del Estado; y

Artículo 3°- Las representaciones para la Asamblea Constituyente serán 136, en esta forma: por el departamento de Amazonas, tres; por el de Ancash, ocho; por el de Apurímac, cinco; por el de Arequipa, nueve; por el de Ayacucho, ocho; por el de Cajamarca, ocho; por la Provincia Constitucional del Callao, tres; por el de Huancavelica, cuatro; por el de Huanuco, siete; por el de Ica, cuatro; por el de Lima, once; por el de Loreto, cuatro; por el de Madre de Dios, tres; por el de Piura, siete; por el de Puno, nueve; por el de San Martín, tres; por la Provincia litoral de Tumbes, dos; por la de Moquegua, dos; y por el departamento de Tacna, tres.

Artículo 4°- El 22 y 23 de marzo de 1931 a las doce del día, se instalarán las mesas receptoras de sufragios a que se refiere el artículo 17 del decreto ley de 10 de noviembre de 1930. Los votos para Presidente de la República y Representantes a Congreso se emitirán en un solo acto, pero en cédulas separadas.

Artículo 5°- Las juntas escrutadoras departamentales de que trata el artículo 24 del citado decreto-ley, se instalarán el 8 de abril del año en curso; y el 8 de mayo de este año se reunirán los



386

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

asambleístas elegidos, a fin de instalar las juntas preparatorias de la Asamblea, de conformidad con el artículo 31 del decreto-ley de 10 de noviembre de 1930.

Artículo 6º- La Asamblea Constituyente se instalara el 22 de mayo de 1931 y funcionara durante el plazo improrrogable de dos meses, vencido el cual los asambleístas pasaran a funcionar como Congreso, en la forma y por el periodo que se establezcan en la nueva Constitución. Para este efecto, la Asamblea Constituyente dictara las disposiciones pertinentes a fin de constituir, con los miembros que la forman, el personal del Congreso.

Artículo 7º- El periodo presidencial será fijado en la Constitución que dicte la Asamblea Constituyente.

Artículo 8º- El Congreso Nacional se instalara solemnemente el 28 de julio de 1931 y en la misma sesión de instalación será investido con la Primera Magistratura Nacional, el ciudadano a quien se haya proclamado Presidente de la República; y

Artículo 9º- Quedan modificados los decretos-leyes de 8 y 10 de noviembre y 18 de diciembre de 1930 y derogado el de 29 de noviembre del mismo año.

El 26 de mayo de 1931 se promulgó el Decreto Ley N° 7160, que también convocaba a elecciones para Presidente de la República y Representantes a un Congreso Constituyente (en vez de Asamblea Constituyente). Posteriormente, los Decretos Leyes Nos. 7177, 7287, 7352 y 7394 modificaron diversas disposiciones de la legislación electoral.

El mismo día 26 de mayo de 1931, junto con la convocatoria a elecciones, el Decreto Ley N° 7161 derogó los Decretos-Leyes que declararon el estado de sitio en la República e impusieron la ley marcial y la competencia del fuero privativo militar.

Sin embargo, dos días después, el 28 de mayo, el Decreto-Ley N° 7166 estableció que toda declaración de huelga producía automáticamente, la suspensión de las garantías constitucionales. ¡Elecciones sin garantías! Esta última disposición fue derogada por la Ley N° 10221, promulgada el 2 de agosto de 1945.

El Decreto-Ley N° 7187, de 11 de junio de 1931, declaró nuevamente el estado de sitio en toda la República; y sólo fue modificado por el Decreto Ley N° 7240, de 2 de agosto de 1931. El proceso electoral coexistió, por lo tanto, con la aplicación de la justicia militar a los civiles.

El Jurado Nacional de Elecciones proclamó Presidente de la República a Luis M. Sánchez Cerro y a quienes consideró que habían sido elegidos Representantes ante el Congreso Constituyente.

El propio Jurado Nacional de Elecciones anuló los procesos realizados en Amazonas, Cajamarca y Loreto, cuya votación fue contraria a Sánchez Cerro y a sus listas al Congreso. Por Ley N° 7503, promulgada el 31 de marzo de 1932, se convocó a elecciones complementarias en esos departamentos.

El Congreso dictó la Resolución Legislativa N° 7476, de 29 de diciembre de 1931, mediante la cual designó una comisión de Representantes para hacer el estudio de los



382

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Decretos-Leyes dictados por la Junta de Gobierno; pero declaró insubsistentes los publicados después del 19 de noviembre de 1931.

Así la Ley N° 7490, de 2 de marzo de 1932, declaró que la “Ley de Emergencia” no afectaba el artículo 80° de la Constitución de 1920, según el cual

Los Senadores y Diputados son inviolables en el ejercicio de sus funciones y no pueden ser acusados ni presos sin previa autorización de las Cámaras a que pertenezcan desde un mes antes de abrirse las sesiones hasta un mes después de cerradas; excepto *infraganti* delito, en cuyo caso serán puestos inmediatamente a disposición de su respectiva Cámara.

Sánchez Cerro fue ascendido por el Congreso a Coronel por Ley N° 7502, de 29 de marzo de 1932, dos años después de su ascenso a Teniente Coronel; y luego ascendido a General de Brigada por la Ley N° 7577, de 21 de agosto del mismo año 1932, o sea cuatro meses y 20 días después. Un récord!

El nuevo régimen dictó la Ley N° 7479, conocida como “Ley de Emergencia”, promulgada el 9 de enero de 1932, que fue modificada por sucesivas leyes.

La Ley N° 7542, de 7 de julio de 1932, dispuso que las cortes marciales eran competentes para procesar y sentenciar a los civiles.

Con referencia a tal ley, Basadre (ob. cit., tomo XIV, pág. 236-238) expresa que

La Ley N° 7542 de 7 de julio de 1932 señaló la composición de las cortes marciales y el procedimiento para juzgar los hechos a ellas sometidos. En su artículo 3° dispuso que ellas funcionaran en época de guerra nacional o para los hechos delictuosos contemplados por la Ley N° 7491 ratificatoria del Decreto-Ley N° 7060, aunque no hubiera sido declarado estado de sitio. Una corte marcial condenó a muerte a Agustín Haya de la Torre, al capitán Leoncio Rodríguez Manflurt, a Augusto Silva Solís, a Federico Chávez Rázuri y a Manuel Barreto (ya fallecido) y, además, a 44 reos presentes y a 53 ausentes. Las sentencias para los presentes fueron cumplidas de inmediato. Recibieron pena de penitenciaría 19 reos presentes y 62 ausentes. Además se produjeron en Chan-Chan numerosas ejecuciones no legalizadas. En relación con las muertes entonces producidas, conviene distinguir entre las víctimas que hicieron la tropa y los oficiales al tropezarse, en su avance casa por casa y calle por calle, con combatientes civiles o con sospechosos de serlo y quienes cayeron después de que cesó la lucha. Afirmase que fueron fusilados todos aquellos a quienes se encontró, en las manos o en los hombros, huellas de que habían disparado.

Según relata Eduardo R. Lizárraga en un reportaje a Ignacio Brandariz, que entonces era Ministro de Hacienda (documento publicado en *La Industria* de Trujillo el 1° de enero de 1968), ante el despacho de este político se presentaron Adolfo Lainez Lozada y Demetrio Olavegoya a hablarle sobre los fusilamientos nocturnos en Trujillo y agregaron, indignados, que se les había invitado a presenciar ese espectáculo, o sea a ver “saltar corvinas”. Brandariz se dirigió donde Sánchez Cerro para enterarlo de lo que ocurría. Sánchez Cerro saltó de su asiento exclamando: “¡Esto no es justicia; esto es un crimen!”. “Acompáñeme al telégrafo”. “En el acto subimos a la oficina de Palacio donde funcionaba el telégrafo oficial y dirigió la siguiente comunicación: “No fusilen ni a una persona más. Del cumplimiento de esta orden me responden ustedes con sus vidas”. De estas actitudes de templanza no hubo muestras públicas en el régimen sanchezcerrista. Por moción de Octavio Alva, el Congreso Constituyente se solidarizó con el Poder Ejecutivo en



388

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

su acción represora, execró a los autores, cómplices y secuaces de la rebelión “apro-comunista” y expresó el homenaje de su admiración a las víctimas y su aplauso a las fuerzas armadas.

En el manifiesto de Víctor Raúl Haya de la Torre el 12 de noviembre de 1933 se lee: “A las inmolaciones del peñón siniestro (San Lorenzo) se suman más de cuatro mil caídos en la tierra gloriosa de La Libertad”.

La matanza de Trujillo es una de las páginas más abominables de la historia del Perú. No hay en ella, pese a las muchas turbulencias que registra, ningún episodio que se le pueda comparar. El ejército, a través de los años, la ha tomado como un agravio inferido a todos los que visten el uniforme de la Patria.

Esto no justifica, sin embargo, la represión que sobrevino. En el cumplimiento de las sentencias con pena de muerte no se siguió el precedente de quintar o diezmar cuando el número de los que han de fusilar para de diez. A esto se agregaron los centenares o miles de ejecuciones sin proceso. Pareció que predominaba la política no sólo de castigo o represalia sino con miras al exterminio del adversario que, al fin y al cabo, también era peruano.

En el Perú de 1932 hubo, por ambos bandos contendientes, un vasto derramar de sangre y de encono que anticipa el de la guerra española de 1936 a 1939.

La política intentada de aniquilar al enemigo vencido no tuvo éxito. A los pocos meses de los fusilamientos efectuados en Trujillo, surgió el pronunciamiento de Jiménez. Después de la represión y de la persecución, el partido aprista volvió a la escena política, fortalecido, en 1934.

Basadre relata, además, la repercusión de los sucesos de julio de 1932 sobre la vida de Trujillo; la sublevación de Huaraz; la rebelión de Huari; y el desafuero de los representantes Carlos Doig y Lora, Reynaldo Saavedra Pinón y Ernesto Merino.

La revolución de Jiménez y la corte marcial

El 11 de marzo de 1933, en Cajamarca, se proclamó Presidente de la República el comandante Gustavo Jiménez, exigiendo la disolución del Congreso y nuevas elecciones políticas. Refiriéndose a Sánchez Cerro, el manifiesto de Jiménez expresaba:

Ya no es un simple caso político, un mal reparable por un sencillo golpe revolucionario. Sánchez Cerro se ha puesto fuera de las leyes humanas, al margen de los convenios que celebran los hombres civilizados para convivir armoniosamente. Es un caso teratológico angustioso y cruel. Vengo con las armas en la mano, en alto el estandarte de la Libertad, a restaurar los principios humanos y jurídicos en cuya virtud los hombres reunidos en un territorio, se constituyen en Nación.

Formé parte de un Gobierno que le dio al Perú la ley electoral más completa que debió presidir la elección más pura que jamás hubiera tenido la República, si organismos electorales autónomos pero inmorales y corrompidos no la hubiesen desvirtuado. Pero, fiel a mi juramento y a mis convicciones y en la esperanza de que este pueblo, Sánchez Cerro ocupó la Presidencia de la República. Los innumerables asesinados son los fiscales, la tremenda voz acusadora. Sus siluetas atormentadas cubren el horizonte de la Patria. Estamos a punto de dejar de ser un pueblo.

En el campo de los negocios internacionales hemos sufrido rudo golpe, merced a una desorbitada acción diplomática y al aprovechamiento indebido de nuestra falta de libertad. Campeones de la paz en nuestro continente, con derecho a exigirla y conseguirla, estamos en peligro de perder el que nos asiste, dejando que se vulneren los principios que lo sustentan. Nos amenaza la guerra con todos sus horrores.

Vibrar por la Patria y defenderla es deber de la hora. Hay que conquistar la potestad y dignidad de la Nación para obtener respeto y para que moralmente podamos invocar la justicia que nos acompaña, el imperio de las normas reconocidas por el Derecho Internacional; conseguir que no se cierren las puertas de los organismos creados para mantener la paz y que las naciones hermanas, en la obligación de mediar, nos otorguen su imparcialidad. Sea el Perú uno en la



589

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

acción y uno en la idea, a fin de crear o revivir las fuerzas morales, legales y materiales que lo hagan respetable y respetado.

Dos veces fui tentado y las dos veces supe resistir y con honestidad de ciudadano que ama sus deberes, me retiré de la Casa de Gobierno y me fui a la mfa, siguiendo así el ejemplo de los que merecen llamarse servidores ejemplares de la República. No estoy aquí para apoderarme del Gobierno. Estoy cumpliendo un cáustico papel de desinfectante. Estoy para sacar la podredumbre.

En el momento mismo en que caiga el régimen abominable que hoy se halla en Lima, procederé con criterio peruano, sin sectarismo, sin afanes personales, sin ideologías, preconcebidas y con respeto a todas las corrientes de la opinión, a constituir un Gobierno Revolucionario que sepa cumplir con sus obligaciones y que no defraude a la Nación.

Las tropas de Jiménez marcharon hacia Trujillo. Se enfrentaron con las tropas gobiernistas en Malabrigo y en Paiján, el 14 de marzo. Al comprobar que no tenía el apoyo civil y militar que se le había prometido, Jiménez optó por el suicidio.

Una corte marcial impuso el 6 de abril de 1933 la pena de muerte a Luis Benjamín Gálvez Tafur, secretario de Jiménez; al mayor Manuel Castillo Vásquez, a los capitanes Luis Tirado Vera y Daniel Villafuerte Arguedas y al subteniente Héctor Sánchez Alavedra. La ejecución de todos ellos se cumplió en Chan Chan.

Los medios de comunicación sujetos a la ley de emergencia

La Ley N° 8442, promulgada el 21 de febrero de 1939, dispuso que

Artículo único.- Compréndese en el inciso g) del artículo 1° de la Ley N° 7479 y de las sanciones que esta ley establece, a las empresas periodísticas que publiquen informaciones falsas o ambiguas sobre los hechos opuestos al organismo constitucional de la República o que intenten subvertir los poderes constituidos, y a los que se pronuncien en forma tendenciosa respecto del origen, alcances o consecuencias de cualquiera de esos hechos.

La Ley N° 10225, en 1945, derogó las referidas leyes de discriminación política y persecución penal.

Mayores atribuciones de la jurisdicción militar

La intranquilidad política-social continuaba. La jurisdicción de guerra fue habilitada para conocer los delitos y faltas cometidos por los miembros de la Guardia Civil y Policía (hoy Policía Nacional), para lo que se promulgó el 16 de noviembre de 1935 la Ley N° 8129, por la que

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Por cuanto:

El Congreso Constituyente ha dado la ley siguiente:

EL CONGRESO CONSTITUYENTE

Ha dado la ley siguiente:

Artículo 1°.- La jurisdicción de guerra conocerá de los delitos y faltas cometidos por los miembros de la Guardia Civil y Policía en actos del servicio. No se consideran comunes, para este efecto, las infracciones punibles que sean consecuencia necesaria del ejercicio de la función policial.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 2°.- Los Tribunales comunes se inhibirán en el conocimiento de todos los procesos iniciados contra miembros de la Guardia Civil y Policía con anterioridad a la presente ley, en los que, conforme al artículo anterior, corresponde conocer a la jurisdicción de guerra a la cual los remitirán en el estado en que se encuentren, siempre que no se haya dictado sentencia que cause ejecutoria.

Artículo 3°.- No sufrirán los encausados descuento alguno en sus haberes, por causa del juzgamiento, mientras no se haya producido sentencia condenatoria; quedando derogado el Capítulo XIV, del Título Segundo, de la segunda parte, del Código de Justicia Militar.

La referida Ley tenía contenido distinto al del Decreto Ley N° 6881, el que, además, ya no regía por cuanto estaba sujeto a la Constitución de 1920, que fue derogada por la Carta promulgada el 9 de abril de 1933.

La jurisdicción de guerra sólo conocería, por virtud de la Ley N° 8129, de los delitos y faltas cometidos por los miembros de la Guardia Civil y Policía en actos de servicio. Para este efecto, se derogó, además, el Capítulo XIV del Título Segundo, segunda parte, del Código de Justicia Militar

La persecución de los adversarios políticos ha sido constante en la historia del Perú. Para ese efecto no sólo se usó de los Prefectos y Subprefectos, sino también de las autoridades militares y policiales y, desde el Oncenio de Leguía, las dictaduras dispusieron de dinero negro y de brigadas de “soplones”.

En ejercicio de la Presidencia de la República y dentro de la misma política represiva, el general Benavides expidió el 3 de abril de 1937 la Ley N° 8523, por la que establecía que los delitos contra el patrimonio del Estado y las instituciones cometidos por funcionarios o empleados que los sirven no pueden acogerse a los artículos 74 del Código de Procedimientos en materia criminal y 460 del Código de Justicia Militar, por lo que no procedía la libertad provisional de los procesados.

La Ley N° 8505, de 19 de febrero de 1935, con las “Normas para la Defensa Social y Seguridad Interior de la República”, dispuso que

Artículo 1°.- Cometén delito contra la tranquilidad política y social de la República:

1°.- Los que verbalmente, por escrito, y por cualquier otro medio, pretendan atemorizar a las personas amenazándolas en sus vidas, su libertad o sus intereses, materiales o morales, o en la vida, libertad o intereses materiales o morales de sus padres, esposa o hijos;

2°.- Los que verbalmente, por escrito, o por cualquier otro medio, propaguen en el interior o en el exterior de la República, informaciones falsas o tendenciosas, destinadas a alterar el orden público, o a dañar el prestigio del país, de sus instituciones, de sus altos funcionarios o de la Hacienda Nacional;

3°.- Los que fomenten o propaguen, por cualquier medio, individualmente o como miembros de asociaciones, instituciones, grupos o partidos políticos, doctrinas o propósitos que tiendan a alterar o modificar violentamente el orden público o social de la República;

4°.- Los que se asocien bajo doctrinas de carácter y tendencia internacional, sea cual fuere la clase y términos de la asociación;

5°.- Las personas, instituciones o partidos políticos que reciban subvención o mantengan relaciones con personas, instituciones, partidos políticos o gobiernos extranjeros, con el fin de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

propagar doctrinas de tendencia internacional, o alterar violentamente el orden político o social de la República;

6°.- Los que sin tener autoridad política, militar o policial, porten armas, sin permiso de la autoridad competente;

7°.- Los que importen, fabriquen, manden fabricar o importar, adquieran, distribuyan, transporten o comercien armas de fuego, cortantes o contundentes, municiones, explosivos o bombas, o sustancias para su fabricación, sin el permiso correspondiente;

8°.- Los que intenten producir, produzcan, estimulen o mantengan huelgas con violación de las disposiciones legales que las rigen o con el propósito ostensible de producir la ruina de una industria o actividad lícita, alterar el orden público o contribuir a su alteración;

9°.- Los que intenten producir, produzcan, estimulen o mantengan una huelga en algún servicio público, cuando exista estado de sitio declarado por el Gobierno;

10°.- Los que públicamente ostente banderas, emblemas, signos o uniforme, que no hayan sido autorizados por el Gobierno;

11°.- Los que traten de persuadir o persuadan a las autoridades políticas, miembros de los institutos y vigilancia, a faltar a la obediencia a sus superiores o a sus deberes en general;

12°.- Los que sin permiso de autoridad competente y en grupo, efectúen manifestaciones que alarmen al vecindario o alteren el orden público;

13°.- Los que a sabiendas, proporcionen, por cualquier título locales para la reunión de personas, asociaciones, instituciones o partidos políticos que profesen o propaguen ideas o doctrinas peligrosas y nocivas para el orden político y social de la República.

14°.- Los que siendo funcionarios públicos llamados a cuidar el orden público y de la estabilidad de las instituciones nacionales o a garantizar los derechos que la Constitución y las leyes acuerdan, incurren en negligencia o descuido punible en el ejercicio de sus funciones;

15°.- Los que individualmente o confabulados, conspiran contra el orden público o para subvertir, variar o sustituir al Gobierno, o causar intimidación;

16°.- Los que sin permiso de autoridad competente, hacen explotar bombardas, cohetones, petardos o cualquiera otra materia explosiva, cuando se presume fundamente, que con dichas denotaciones se pretende alarmar o dar señales para alterar el orden público, subvertir, variar o sustituir al Gobierno o causar intimidación.

Artículo 13°.- El juzgamiento de los delitos contra la tranquilidad política y social de la República, comprendidos en el artículo 1° de esta ley y de los delitos contra la organización política y la paz interna, comprendidos en los incisos 4°, 5°, 7° y 9° del artículo 2°; así como de los comprendidos en los artículos 222°, 230°, 249°, 257°, 258°, 259°, 260°, 261°, 263°, 264°, 267°, 320° y 321° del Código Penal corresponde a la Zona de Policía, siguiéndose el procedimiento que señalan los artículos 639° al 647° del Código de Justicia Militar.

Artículo 14°.- El juzgamiento de los delitos contra la organización y la paz interna de la República, comprendidos en los incisos 1°, 2°, 3°, 6° y 8° del artículo 2° de esta ley, y de los delitos comprendidos en las disposiciones de los artículos 302°, 305°, 307° y 311° del Código Penal corresponden a las Cortes Marciales creadas por las leyes 7060, 7491 y 7642, que se mantienen en todo su vigor. Mantiene, igualmente, todo su vigor la ley 7479 en todo aquello que no se oponga a la presente ley.

Artículo 15°.- No procederá la detención previa contra los funcionarios públicos, los miembros de los institutos armados, las fuerzas de policía y seguridad, el cuerpo de investigaciones y el personal de su servicio secreto que para prevenir, dominar o impedir un atentado o delito de los comprendidos en los artículos de la presente ley o para aprehender a sus autores y cómplices que les opusieran resistencia, hicieran uso de sus armas. Solamente podrán ser privados de libertad cuando se declare su responsabilidad criminal en la sentencia que ponga término al correspondiente juicio, conforme a la ley N° 8377.

Artículo 16°.- Las personas mencionadas en el artículo 15° que fueren víctimas de algunos de los delitos comprendidos en esta ley o con motivo de su perpetración, tendrán derecho a recibir del estado asistencia para su curación, en las mejores condiciones que permita la circunscripción respectiva o la localidad, si no pudieran ser trasladada a otra. Durante todo el tiempo de su



B92

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

impedimento recibirán su haber íntegro y una gratificación del cincuenta por ciento sobre el mismo; y si hubieran sufrido daños materiales en sus intereses o propiedad, percibirán, después de comprobarlos debidamente, una indemnización adecuada, siempre que no hubiera habido de su parte negligencia notoria. Artículo 17º.- Si las personas mencionadas en el artículo anterior sufrieran una inhabilitación permanente, tendrán derecho por sus días a una pensión de invalidez igual a la que señala el Reglamento de Pensionistas Militares para los inválidos de primera clase en los seis grados que ésta comprende, considerada dicha pensión sobre la base del haber íntegro que percibía.

Artículo 18º.- Si las personas mencionadas en los artículos anteriores sufrieran la muerte, tendrán derecho sus esposas e hijos o las personas cuyo sustento dependía de las primeras, a una pensión equivalente al íntegro del haber de que disfrutaban las víctimas, de conformidad con las reglas del montepío militar en cuanto sean aplicables.

Entre otros abusos, la Ley N° 8505 permitía el allanamiento de los domicilios y la detención, dentro o fuera de ellos, de los adversarios políticos del gobierno, a quienes se les podía imputar –y así ocurrió– la comisión de cualquiera de los confusos ilícitos descritos en el articulado de dicha ley.

Las dictaduras de Benavides y Prado y la justicia militar

La Ley N° 8505 fue entusiastamente aplicada por la dictadura de Benavides y por el gobierno autoritario y hechizo de Prado, en el lapso 1939-45, hasta su derogatoria por la Ley N° 10225, de 2 de agosto de 1945, la cual dispuso que

Artículo 1º- Deróganse los decretos leyes N° 6926, 6920, 7060 y 7166; las leyes Nros. 7470 – denominada ley de emergencia,– 7491, 7542 7546, 7709, 7720, 8505, 8528, 8842 y 8843; y el artículo 360 del Código de Procedimientos penales, ley N.º 9024.

Artículo 2º- Deróganse todas las disposiciones que se deriven de las leyes citadas.

Durante diez años, los civiles estuvieron sujetos, pues, a las Zonas de Policía.

En cambio, los cancerberos tenían todo tipo de incentivos.

La Ley N° 8528, de 24 de abril de 1937, también promulgada por el general Benavides, penalizó la propaganda, por cualquier medio de publicidad, de “doctrinas dissociadoras”, con juzgamiento ante la Zona de Policía o las Cortes Marciales. Fue derogada, también, en 1945, por la Ley N° 10225.

Asimismo, la Ley N° 8543, de 4 de junio de 1937, expedida por el aludido dictador, dispuso que los autores y los cómplices del delito de pesca con explosivos y sustancias tóxicas quedaban comprendidos en el artículo 460 del Código de Justicia Militar.

La Ley N° 9951, de 23 de febrero de 1944, corresponde al régimen del Presidente Manuel Prado; y modifica tanto el Código de Justicia Militar como el Código de Procedimientos Penales, especialmente en cuanto a los conflictos de competencia, para preservar la competencia de la justicia militar, conforme al cual:

Artículo 1º- Modifícase el artículo 20 del Código de Justicia Militar, en los siguientes términos:



393

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"Artículo 20.-Cuando se hubiese cometido un delito común y otro militar, independientes entre sí, la jurisdicción ordinaria conocerá del primero y la militar del segundo, pudiendo ambas instruir de inmediato, las primeras diligencias. Tendrá preferencia para seguir el procedimiento, hasta su terminación la, jurisdicción que, en su caso, habría de imponer la pena más grave, la que se aplicará considerando la otra infracción como circunstancia agravante".

Artículo 2º- Adiciónase el artículo 22º con los párrafos siguientes:

"Las infracciones comprendidas dentro de la jurisdicción militar serán juzgadas en todo caso, por los Jueces y Tribunales de los Institutos a que pertenezcan los acusados, cuando estos sean militares en servicio". "Cuando los agraviados con la infracción sean también militares de diferentes Institutos que los inculcados, el Consejo de Oficiales Generales designará el Ramo o Zona Judicial que deba conocer el juzgamiento".

Artículo 3º- Restablécese la vigencia del artículo 40º en los términos siguientes:

"Artículo 40.-Las contiendas de competencia que afecten la jurisdicción militar se resolverán: 1º -Por el Consejo de Oficiales Generales cuando se susciten dentro del fuero militar; y 2º -Por la Corte Suprema cuando se susciten entre la jurisdicción militar y el fuero común .

Artículo 4º -Modifícase el artículo 46º en la forma siguiente:

"El Jefe de Zona podrá nombrar dando cuenta al Consejo de Oficiales Generales y el Ministerio respectivo, uno o varios sustitutos del Juez Instructor, siempre que las necesidades lo requieran, designados entre los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata en servicio dentro de la Zona los que actuarán en los asuntos expresamente determinados en su nombramiento o en todas las causas seguidas en el lugar de su residencia, cuando esta sea distinta de la sede de la Jefatura de Zona".

Artículo 5º-Modifícase el artículo 55 en la siguiente forma:

"Artículo 55 .- Las zonas judiciales corresponden a las Regiones Militares en el Ramo de Guerra. En el Ramo de Policía habrá tres zonas judiciales. En los Ramos de Marina. y. Aeronáutica habrá una zona judicial para cada uno de ellos, con jurisdicción en toda la República".

Artículo 6º- Modifícase los artículos 70º, 71º y 73º en los términos siguientes:

"Artículo 70.-El Consejo de Oficiales Generales se compone de once Vocales, de un Fiscal General y de un Auditor General. Seis de los Vocales serán Generales del Ejército; tres, Contralmirantes; uno, General de Aeronáutica, y el otro General de Policía; y a falta de ellos, los nombramientos recaerán en Coroneles o Capitanes de Navío, respectivamente. El Fiscal y el Auditor General serán Letrados".

"Artículo 71.-Para el funcionamiento del Consejo se requiere la presencia de nueve Vocales.

La permanencia de los miembros de Consejo de Oficiales Generales, cualquiera que sea el Instituto Armado a que pertenezcan, queda sujeta a lo que sobre el particular dispone la ley de situación militar del Ejército".

"Artículo 73.-Para los asuntos que conoce originariamente el Consejo de Oficiales Generales, se formarán dos Salas: de Primera Instancia o de Guerra, compuesta por cinco Vocales, dos del Ejército, uno de la Marina, uno de la Aeronáutica y uno de la Policía; y de Revisiones, formada por los otros cinco Vocales más antiguos. El Vocal menos antiguo del Ejército será el Instructor y no formará Sala".

Artículo 7º-Modifícase el artículo 130º en los términos siguientes:

"Artículo 130.-Prestarán juramento ante el Jefe de Zona los Jueces Instructores, los Fiscales y los Relatores Secretarios".

Artículo 8º-Inclúyase en el artículo 175º el siguiente inciso:

"7.-Confiscación de bienes en el caso previsto en el artículo 363º".

Artículo 9º-Adiciónase el artículo 355º con los párrafos siguientes:

"Cuando los desertores sean enrolados se les considerará para calcular la pena sólo el término ordinario de duración del servicio militar obligatorio, o sean dos años, sin perjuicio del año de recargo en el servicio que como enrolados les impone la ley".

"Cuando la deserción se realice durante el tercer año de servicios, en los enrolados, la pena se calculará sobre el tiempo que les falta para completar su último año".

"Cuando el tiempo que le falte al desertor para cumplir su servicio militar obligatorio, más una mitad, exceda de dos años, la pena máxima no podrá pasar, en ningún caso de ese término".



394

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"Si el desertor fuera enrolado servirá el año de recargo que la ley le impone después de cumplida la pena correspondiente a la deserción.

"La reclusión militar que se imponga en sustitución del confinamiento en colonias militares en los casos de delitos de deserción, no producirá la separación del servicio durante el tiempo de la condena; debiendo los condenados ser empleados en trabajos de índole militar en los establecimientos en que cumplan la pena".

Artículo 10°-Modifícase el inciso 8° del artículo 357°, en la forma siguiente:

"8.-Desertar en acto de servicio, cualquiera que sea la naturaleza de éste, o quebrantando castigo disciplinario o prisión preventiva dictada judicialmente".

Artículo 11°- Adiciónase el artículo 365° con el siguiente inciso:

"69-Ordenar la libertad por cualquier causa, de los conscriptos omisos que se presentaren o fueren capturados después de haber sido denunciados ante la justicia militar".

Artículo 12°-Adiciónase el artículo 369° en los siguientes términos.

"Los omisos sometidos a la justicia militar podrán alegar la causa de excepción del servicio militar que los favorezca y el Jefe de la Zona la remitirá al Estado Mayor General del Instituto correspondiente para su resolución. Mientras tanto no podrá dictarse sentencia pero se llevará a cabo las diligencias judiciales que se consideren procedentes a juicio del Jefe de la Zona".

Artículo 13°-Adiciónase el artículo 427° en la siguiente forma:

"La reparación civil en la forma que establece el artículo que antecede es también, procedente en todos los casos de pérdida de objetos o prendas militares, aunque los autores sean liberados de responsabilidad penal; salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor debidamente probados".

Artículo 14°-Modifícase el artículo 712° en la forma siguiente:

"Artículo 712.-La remisión de la causa al Consejo de Oficiales Generales motivada por el recurso de apelación o en consulta, no impedirá que el acusado sea puesto en libertad, bajo la vigencia de la autoridad, si la sentencia fuese absolutoria o hubiese sido sobreseído".

"Lo mismo se hará si el acusado ha cumplido la pena impuesta con la prisión preventiva sufrida".

Artículo 15°-Modifícase el artículo 728° en los términos siguientes:

"Artículo 728°-Las resoluciones del Consejo se adoptarán por mayoría de votos; requiriéndose cinco votos conformes, de toda conformidad, para formar resolución".

Artículo 16°-Queda modificado en el sentido indicado en el artículo 3° de esta ley, el artículo 28° del nuevo Código de Procedimientos en Materia Penal, promulgado por la ley N° 9024.

Durante el período 1939-45 no sólo se mantuvo vigente la legislación represiva, sino que se la perfeccionó a efecto de que no existiera oposición política. La justicia militar fue, para ese propósito, instrumento idóneo. En ese lapso la persecución de los adversarios políticos estuvo, además, fundada en el artículo 53° de la Constitución de 1933. Los civiles eran juzgados por cortes marciales.

En 1939, en Trujillo, una corte marcial dispuso que sean fusilados los ciudadanos Tomás Solano Bocanegra y Gregorio Zavaleta Díaz, supuestos autores del asesinato del Comandante Remigio Morales Bermúdez, ocurrido el 20 de noviembre de 1939.

Roy Soto Rivera ("Víctor Raúl – El hombre del siglo XX", Instituto Víctor Raúl Haya de la Torre", Lima, 2002, tomo I, pág. 354), explica que

El 20 de noviembre de 1939 se dio a conocer la noticia de un hecho de sangre acaecido en Trujillo que sacudió al país en medio del ambiente electoral. Había sido asesinado el Jefe del Regimiento de Infantería N° 19, Comandante Segundo Remigio Morales Bermúdez. El diario *La Crónica*, en su edición del siguiente día, decía: "En la mañana de hoy –se refería a la fecha del despacho, el día anterior- se confirmaron plenamente las versiones que circularon desde media noche en Trujillo, asegurando que el Comandante Morales Bermúdez había sido asesinado,



395

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

causando unánime condena en los círculos militares, sociales y oficiales, entre los que gozaba de gran estima el Jefe victimado”. En Trujillo, tradicional baluarte del Partido Aprista, se vivía un clima de agitación y zozobra debido a que se había decretado un paro general de protesta contra la imposición del candidato oficialista por parte del gobierno. Paralelamente estaba en marcha una conspiración cívico-militar que involucraba al APRA y a miembros del ejército. El asesinato del Comandante Morales Bermúdez al parecer estuvo vinculado a esta conspiración que no llegó a prosperar. Lo cual se puede deducir de la campaña desatada por los órganos clandestinos del APRA (*Chan-Chan y La Tribuna*) que abiertamente incitaban a la rebelión. Los rumores, por lo demás, presagiaban acontecimientos en los que necesariamente tenían que jugar algún papel los jefes militares que se encontraban en esa ciudad.

El autor del libro mencionado manifiesta que el Comandante Morales Bermúdez gozaba de la simpatía del pueblo trujillano, por su sencillez y carácter amistoso; y que el crimen se realizó en un inmueble ubicado en la calle Junín, en horas de la noche. Asimismo, expresa que fueron detenidas varias personas sospechosas de ser autores; y que el 25 de noviembre de 1939 se instaló la Corte Marcial presidida por el Teniente Coronel Lorenzo Muñoz e integrada por los capitanes Manuel Loayza, Manuel Wendorff, Fidel Herrera e Italo Arbulú, actuando como Fiscal el Teniente Augusto Dávila.

De acuerdo a la información recogida por Soto Dávila

El 2 de diciembre de 1939 se expidió la sentencia que comprendía un total de trece acusados. El Fiscal pidió pena de muerte para los acusados ausentes y presentes. En la parte resolutive de la sentencia se dispuso lo siguiente: “Condenar a la Pena de Muerte a Tomás Solano Bocanegra (a) “Chimú” y a Gregorio Zavaleta Díaz”. A la pena de internamiento fueron condenados Julio Cedamano Iparraguirre, Tomás Silva Sánchez y Carlos Alberto Cornejo Guerrero. Fueron declarados reos ausentes los acusados Alfredo Tello Salavarría y Oscar Idiáquez Ríos. Una fuerte escolta condujo a los condenados al Cuartel de la Guardia Republicana. El día 3 de diciembre de 1939, a las seis de la mañana, fueron fusilados Tomás Solano y Gregorio Zavaleta, en el campo de Mampuesto. Murieron proclamando su inocencia y la opinión general de Trujillo y del país respaldó su afirmación.

El padre de quien suscribe este fundamento de voto –Felipe Alva y Alva- fue abogado de Tomás Solano Bocanegra y estuvo siempre convencido de la inocencia de éste. La Corte Marcial no permitió actuar pruebas, entre ellas la de testigos, que podían acreditar que Solano estaba reunido con algunos amigos el día y la hora en que se produjo el asesinato. Fueron suficientes siete días para que se perpetrara el simulacro de proceso y se dispusiera el fusilamiento de dos modestos trabajadores.

La Corte Marcial fue designada por el gobierno del general Óscar R. Benavides y, por lo tanto, no tenía independencia ni autonomía para actuar.

En un país, como el Perú, con instituciones débiles y precarias, es altamente riesgoso establecer la pena de muerte y permitir, adicionalmente, que ella pueda ser aplicada por el fuero privativo militar.

Armando Villanueva del Campo (“La Gran Persecución”, Lima, 2004, Empresa Periodística Nacional S. A., pág. 256), relata la angustia de su padre, cuando se informó



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que su hijo, entonces joven militante aprista, había sido sentenciado por una corte marcial:

8 de julio de 1943. Cuando ingresé a casa, a las 6 y 30 p. m., estaba mi esposa, mi hermana Elena y Oscar Portal sentados en la mesa del comedor. En sus semblantes se reflejaba pesadumbre.

Era que la Corte Marcial había condenado a mi hijo Armando a tres años de prisión.

Se me dice que la sesión fue breve. No fue un proceso judicial. Se llenó una fórmula impuesta al grupo de policías que formaban eso que se titula Corte, para que ellos dieran apariencia legal a una venganza de los que mandan.

El hecho es que un Villanueva figura desde hoy en los archivos judiciales de mi país, como reo condenado y en prisión.

Y, sin embargo, en la intimidad de mi ser, nada he sentido de vergüenza por lo ocurrido.

Mi hijo, fiel a su stirpe, va al presidio con la frente en alto, orgulloso de haber cumplido con sus deberes de ciudadano, oponiéndose a que en el Perú siga imperando este sistema de gobierno arbitrario e inhumano, que aplastando todas las libertades, sólo se ocupa de ejercer el mando en provecho de un círculo.

En 1943 era Presidente de la República el doctor Manuel Prado Ugarteche. Cientos de civiles fueron perseguidos, presos y sentenciados por Cortes Marciales, que obedecían órdenes del gobierno. Prado volvió a “ejercer el mando en provecho de un círculo” en el período 1956-62.

El gobierno democrático del doctor José Luis Bustamante y Rivero, elegido en 1945, confrontó los problemas que le crearon tanto sus adversarios, como sus aliados. Abortó el golpe de Estado del 3 de octubre de 1948, pero logró su propósito el del 27 de ese mismo mes y año. Sin embargo, es justo reconocer que se respetaron las libertades públicas y los derechos ciudadanos. Las Leyes Nos. 10309 y 10310 garantizaron la libertad de expresión.

La dictadura de Odría y la justicia militar

El gobierno usurpador dictó el Decreto de 30 de octubre de 1948, según el siguiente texto:

El Presidente de la Junta Militar de Gobierno

Considerando:

Que ha sido depuesto el Presidente de la República, doctor José Luis Bustamante y Rivero, como consecuencia de la acción de los Institutos Armados iniciada en Arequipa el 27 del presente;

Que ha sido exteriorizada la opinión del país en el sentido de conferirle el mandato supremo del Estado como Jefe de ese Movimiento, para iniciar la labor de reconstrucción nacional trazada en el manifiesto que ha expresado los ideales de la Revolución;

DECRETA:

Constitúyase una Junta Militar de Gobierno que será presidida por el General de Brigada Manuel A. Odría e integrada por los siguientes miembros:

Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Contralmirante don Federico Díaz Dulanto;

Ministro de Gobierno, Policía, Correos y Telecomunicaciones, Teniente Coronel Augusto Villacorta;

Ministro de Justicia y Trabajo, Teniente Coronel don Marcial Merino;

Ministro de Guerra, General de Brigada don Zenón Noriega;

Ministro de Hacienda y Comercio, Coronel don Luis Ramírez Ortiz;



357

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ministro de Fomento y Obras Públicas, Teniente Coronel don Alfonso Llosa G. P.;
Ministro de Marina, Contralmirante don Roque A. Saldías;
Ministro de Educación Pública, Coronel don Juan Mendoza;
Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, Coronel don Alberto López;
Ministro de Aeronáutica, General don José Villanueva;
Ministro de Agricultura, Coronel don Carlos Miñano.

Los usurpadores, por su natural ignorancia, no habían advertido que ese simple Decreto requería adquirir la “formalidad” usual cuando hay golpes de Estado; y, para enderezar el error, expidió el Decreto Ley N° 10899, de 2 de noviembre de 1948, por el cual asume la Junta Militar las atribuciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Es esa la razón por la cual el Decreto Ley N° 10890 declaraba que “Por mandato constitucional, quedan fuera de la ley el Partido Comunista Peruano y la Alianza Popular Revolucionaria Americana o Partido del Pueblo, no permitiéndoseles el ejercicio de actividad política alguna”, lleva fecha primero de noviembre de 1948 (o sea un día antes de constituirse la Junta Militar de Gobierno).

Semejante error cronológico tiene el Decreto Ley N° 10891, de 31 de octubre de 1948, que manda cortar “todos los juicios instaurados con motivo del movimiento revolucionario iniciado en la ciudad de Juliaca en el mes de julio del presente año que encabezó el señor Teniente Coronel don Alfonso Llosa G. P.” El referido Llosa G. P. firmó ese Decreto Ley (como también otros más), como Ministro de Fomento y Obras Públicas de ese régimen usurpador.

El gobierno militar surgido del golpe del 27 de octubre de 1948, fue también proclive a la persecución y el abuso. Con esa finalidad dispuso que los autores y cómplices (reales o supuestos), civiles o no, de los delitos de rebelión, sedición o motín, fueran juzgados por Cortes Marciales, para cuyo efecto expidió el 4 de noviembre de 1948 el Decreto Ley N° 10893, conforme al que

LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO

Considerando:

Que es deber primordial del Gobierno que ha constituido asegurar el orden público y defender las instituciones democráticas del país;

Que para ese objeto es necesario que los delitos que atentan contra tales fines sean juzgados en término breve y reprimidos con severidad, de inmediato, de modo que la pena tenga su mayor eficacia;

En ejercicio de las facultades de que está investida, expide el siguiente:

Decreto-Ley

Artículo 1° - Los autores y cómplices y los que de cualquier otra manera aparecieran responsables de los delitos flagrantes de rebelión, sedición o motín, cometidos por militares o por civiles, o por ambos juntos, previstos en la Sección Cuarta del Libro Segundo del Código de Justicia Militar, y los cometidos contra la Seguridad y Tranquilidad Públicas indicados en la Sección Séptima, Octava y Décima del Código Penal Común, serán juzgados sumariamente por Cortes Marciales.

Artículo 2°-Las Cortes Marciales serán designadas en cada caso por el Ministerio correspondiente, dentro de las veinticuatro horas de realizado el hecho que deben juzgar.

Artículo 3°-Las Cortes Marciales serán presididas por militar de clase o jerarquía igual o mayor a la del enjuiciado mas caracterizado, y se compondrá además de dos Oficiales Superiores y dos subalternos.



398

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tratándose de civiles las Cortes Marciales se compondrán de tres Oficiales Superiores y dos subalternos, y la presidirá entonces el de mayor jerarquía o el mas antiguo.

Artículo 4º- Asesorarán a las Cortes Marciales los auditores Letrados del Ramo que las haya convocado.

Artículo 5º- Junto con la Corte Marcial se nombrará también un Juez Instructor, el que actuará la instrucción en el plazo de tres días prorrogables a otros tres.

Artículo 6º- Terminada la instrucción en el plazo fijado en el artículo anterior, el Juez Instructor la elevará con su informe final a la Corte Marcial, la que previa vista de su Auditor, sobreseerá respecto de los que no resultan culpables. En este caso, nombrará Fiscal, que será de jerarquía militar igual o mayor que el mas caracterizado de los acusados; mandará actuar las pruebas que juzgue necesarias y expedirá sentencia. El plazo para estos procedimientos en la Corte Marcial no excederá de seis días.



399

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 7º-La Corte Marcial resolverá según su criterio si acepta uno o más defensores que nombren los acusados o si los designa ella misma.

Artículo 8º- La Corte Marcial al castigar los delitos que juzgue, podrá imponer, en su caso, aumentadas hasta su máximo, las penas que las leyes actuales señalan para tales delitos, o pasar a las inmediatamente superiores según las circunstancias, pudiendo llegar a imponer la pena de muerte.

Artículo 9º - La condena a la pena de muerte requerirá el voto conforme de cuatro miembros de la Corte Marcial, por lo menos. En caso contrario se impondrá internamiento.

Artículo 10º - Contra la sentencia que expida la Corte Marcial no procederá apelación ni ningún otro recurso, y será mandada ejecutar inmediatamente por su Presidente.

Las disposiciones de ese Decreto Ley fueron aplicadas retroactivamente a los procesados por el fallido golpe del 3 de octubre de 1948. Por supuesto, antes del proceso y dentro del proceso, en tanto no existiera sentencia condenatoria, todos eran inocentes. Pero por encima de la Constitución se procedió a allanar domicilios y a detener a los adversarios del régimen usurpador. Entre los centenares de prisioneros estuvieron Ramiro Priale, Alcides Spelucín Vega, Armando Villanueva, Rómulo Lanatta y tantos más, quienes desde la Penitenciaría fueron llevados a El Frontón y pocas semanas después a El Potao, distrito del Rímac.

El 17 de diciembre de 1948 se inició el proceso ante el Consejo de Guerra, en el cuartel de El Potao, y concluyó con la sentencia de 22 de marzo de 1949, con diversas penas de prisión contra aproximadamente 250 procesados.

El Consejo de Guerra funcionó, pues, para juzgar sumariamente a los civiles, comprometidos o no, en el debelado movimiento del 3 de octubre de 1948. Entre los condenados aparecían los nombres de distinguidos parlamentarios del período 1945-48 como Alcides Spelucín Vega, Ramiro Priale y Luis Felipe de las Casas o dirigentes apristas como Magda Portal y Rivera Paredes. El autor de este fundamento de voto encontró, a principios de 1953, cuando fue prisionero en el Frontón –sin proceso, ni sentencia- de la dictadura de Odría, a decenas de ciudadanos que habían sido condenados por el Consejo de Guerra que conoció de los sucesos del 3 de octubre de 1948.

El delito de rebelión estuvo tipificado en el Código Penal de 1924. Sin embargo, no fue aplicado nunca. A los golpistas frustrados se les impuso las penas previstas en las leyes especiales y, desde que hay Código de Justicia Militar, las previstas en éste. Los victoriosos llegaron a Palacio de Gobierno.

Pretendiendo justificar el golpe del que fue principal protagonista, el general Manuel A. Odría, en el mensaje al Congreso del 28 de julio de 1955, tuvo el desparpajo de afirmar que

La política interna del Perú, durante los años anteriores a 1948, particularmente después de 1945, había sufrido graves contingencias, desarrollándose dentro de una línea tortuosa, sin objetivos definidos buscando una solución mesiánica o providencial que resolviera los problemas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nacionales y sintiendo gravitar sobre los planes y decisiones del Gobierno la caótica influencia de una agrupación demagógica y desorbitada. La revuelta que estalló en el Callao el 3 de octubre de 1948 sólo pudo ser debelada por la decisiva y patriótica actitud de los Institutos Armados, pero demostró que la República se encontraba desquiciada y al borde del caos y que era inminente el desquiciamiento de sus instituciones fundamentales. Esa gravísima crisis, sin duda alguna la más grave afrontada por el Perú durante su vida republicana, fue controlada por el Movimiento Restaurador de Arequipa, cuyo éxito fulminante se debió exclusivamente a que encarnaba un anhelo de la ciudadanía sana y responsable del país. Como Jefe de esa verdadera Revolución me impuse la trascendental obligación de devolver a la República en el más breve plazo la tranquilidad y el orden, restaurando el imperio de la autoridad y la vida institucional del Estado, a fin de garantizar a toda la ciudadanía el derecho a vivir, a trabajar y a ser libre.

Después de casi dos años de empeñosa labor íntegramente dedicada a la reconstrucción de la República, moral, material y económicamente, volvió el país normalmente al ejercicio de una plena democracia y el 2 de julio de 1950, el pueblo del Perú con insoslayable carácter plebiscitario consagró los postulados del Movimiento Restaurador de Arequipa al elegirme, como Jefe de él, a la más alta magistratura de la República, como Presidente Constitucional del Perú. En esa misma elección democrática y sin precedentes, fueron también ungidos los representantes del pueblo que con leal y decidido espíritu de colaboración me han ayudado a hacer realidad tangible los propósitos de mejoramiento y progreso que en seis años escasos han establecido las bases firmes y seguras para el engrandecimiento de la Patria”.

El fraude electoral de 1950 y la justicia militar

Las “elecciones” del 2 de julio de 1950 constituyeron una burla al pueblo peruano. El Jurado Nacional de Elecciones fue nombrado directa o indirectamente por el propio dictador Odría. La legislación vigente en 1950 y los actos abusivos de la dictadura determinaron que no hubiese candidato opositor a la Presidencia de la República. Salvo en dos Departamentos, tampoco se permitió la inscripción de candidatos a Senadores y Diputados. Los Jurados Departamentales fueron hechura del JNE, vale decir del propio Odría. No se permitió –también era inútil- la presencia de personeros en las mesas de sufragio. Los resultados en dichas mesas, además, eran revisados en los Jurados Electorales. El “carácter plebiscitario” de las elecciones políticas del 2 de julio de 1950 es absolutamente mendaz. Con los Institutos Armados en los locales donde funcionaban las mesas de sufragio, junto con las fuerzas policiales y los denominados “soplones”, los ciudadanos electores estuvieron totalmente intimidados; pero tal estado anímico era intrascendente, puesto que los resultados de la farsa electoral fueron conocidos anticipadamente.

La prensa ha disfrutado de completa libertad y al amparo de ella se han realizado importantes actuaciones gremiales entre las que destacan las del III Congreso Nacional de Periodistas. Manteniendo mi política de prensa libre hemos instituido el “Día del Periodismo Nacional”, que debe celebrarse el 1º de octubre de cada año, fecha que mi Gobierno le ha dedicado, para rendir homenaje a sus figuras representativas.

Los medios de comunicación social fueron instrumentados por la dictadura de Odría. Los editoriales de los principales diarios elogiaron el golpe. Silenciaron la persecución de los adversarios políticos, cuando no la aplaudieron. Hubo, por supuesto, excepciones. Algún diario publicó, por ejemplo, los pedidos de elecciones libres formuladas por



401

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ciudadanos demócratas el 20 de julio y el 6 de agosto de 1955. Decenas de periodistas sufrieron privación de su libertad.

Como complemento de la política del ochenio, según se explica en este fundamento de voto, fue activa la coerción perpetrada por la justicia privativa militar. Cumplía con la ley, sin dudas ni murmuraciones. La Constitución, en tal ámbito, no existía. Pero, para que el panorama respondiera a la realidad, sin recorte, tampoco existía Constitución para el Poder Judicial.

El mismo gobierno de facto, siempre con el propósito de persecución política y con el objeto de que los jueces del fuero privativo militar aplicaran penas severas y mantuvieran a los procesados en prisión preventiva, expidió el 18 de febrero de 1949 el Decreto Ley N° 10958, de acuerdo al que

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO

Por cuanto:

La Junta Militar de Gobierno, ha dado el siguiente Decreto-Ley:

LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO

Considerando:

Que en los procedimientos judiciales militares, formalizado el juicio, no existen mas tramites que los de acusación y defensa para proceder a la celebración del Consejo de Guerra;

Que cuando los acusados gozan de libertad dificultan la reunión del Consejo y provocan inconvenientes dilaciones en el procedimiento inadmisibles en la Justicia Militar;

Que esta situación debe remediarse en los procedimientos que exigen la mas pronta sanción por la especial gravedad del delito juzgado;

Decreta:

Artículo único.- En los procedimientos judiciales militares por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, dictado auto de formalización de juicio contra uno o varios acusados, estos deberán permanecer en prisión preventiva hasta tanto que se dicte la sentencia que ponga fin al juzgamiento, revocándose la libertad provisional o incondicional de que hubieran venido gozando.

La Ley de Seguridad Interior y la justicia militar

El Decreto-Ley N° 11049, de 1 de julio de 1949, denominada “Ley de Seguridad Interior de la República”, aparte de otras normas draconianas, suprimió la libertad de expresión y todos los demás derechos fundamentales, reconocidos en la hechiza Constitución Política de 1933 y proclamados ya por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. Es copia casi literal de la ley 8505, con penas agravadas.

El Decreto Ley 11049 tipificó los delitos contra la Seguridad y Tranquilidad Públicas (Artículos 1° y 2°), con penas de prisión y expatriación; los delitos contra la Organización y Paz Interna de la República, con pena de prisión, expatriación y muerte (Artículos 3° y 4°). Además, en cuanto a la aplicación de las penas, se dispuso la competencia del fuero privativo militar y del Código de Justicia Militar (Artículos 5° a 10°); y se precisó los casos en que conocían los Prefectos, Zonas Judiciales de Policía y las Cortes Marciales.



402

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es necesario que el texto de la “Ley de Seguridad Interior de la República” sea conocido por los juristas y los ciudadanos que, a partir de este año 2006, deben participar en el manejo de los destinos del Perú. He aquí el instrumento de persecución política vigente hasta hace apenas 50 años:

DECRETO LEY N° 11049**Ley de Seguridad Interior de la República**

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO

Por cuanto:

La Junta Militar de Gobierno ha dado el siguiente Decreto Ley:

LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO

Considerando:

Que las disposiciones de las leyes penales comunes y privativas no contemplan las nuevas formas de delincuencia político-social o no establecen sanción suficiente para reprimirla, ni dan al procedimiento la celeridad necesaria para una pronta y eficaz punición;

Que el Decreto Ley N° 10893, dictado para defender la paz social y la seguridad pública, debe ser completado convenientemente de modo que comprenda todos los casos de delincuencia político-social y su eficaz penalidad, así como el adecuado procedimiento al que deben ceñirse los Jueces y Tribunales encargados de la investigación y del juzgamiento;

Que frente al avance de la delincuencia político-social se hace necesario dotar a la Sociedad de los medios legales indispensables para su defensa y para la de las Instituciones Tutelares del Estado, cuya organización democrática es preciso sostener dictando la Ley de Seguridad Interior de la República:

En ejercicio de las facultades de que está investida:

Decreta:

CAPÍTULO I

Delitos contra la Seguridad y Tranquilidad Públicas

Artículo 1°.- Cometen delito contra la Seguridad y Tranquilidad Públicas los que con fines políticos o sociales:

- a) Atemoricen verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio, a las personas, amenazándolas en su vida, su libertad o sus intereses materiales o morales o en la vida libertad o intereses materiales o morales de sus padres, cónyuge o hijos;
- b) Propaguen verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio, en el interior o exterior de la República, noticias o informaciones falsas o tendenciosas, destinadas a alterar el orden público o a dañar el prestigio y crédito del país, de sus instituciones, de sus altos funcionarios o de la Hacienda Nacional;
- c) Fomentan o propaguen, por cualquier medio, individualmente o como miembros de asociaciones, instituciones, grupos o partidos políticos, doctrinas o propósitos que tiendan a alterar o modificar violentamente el orden político o social de la República;
- d) Se asocian a doctrinas de carácter y tendencia internacionales declaradas como tales por la Ley, y los que propaguen esas doctrinas;
- e) Reciban subvención o mantengan relaciones con personas, instituciones, partidos políticos o gobiernos extranjeros, con el fin de propagar doctrinas de carácter y tendencia internacional contrarias al régimen democrático o de alterar violentamente el orden público o social de la República.
- f) Lleven o transporten armas o explosivos, sin permiso de autoridad competente;
- g) Importen, fabriquen o manden fabricar o importar, adquieran, distribuyan, conserven o comercien armas de fuego, cortantes o contundentes, municiones, explosivos o bombas, o sustancias para su fabricación, sin el permiso correspondiente;



403

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- h) Formulen o planteen en nombre de las asociaciones, sindicatos o instituciones que representen, peticiones extrañas a sus fines institucionales propios, con propósitos de alterar el orden público;
- i) Intenten producir, produzcan estimulen o mantengan huelgas, con violación de las disposiciones legales que las rigen o provoquen estados de agitación en sindicatos o centros de trabajo o de enseñanza con el propósito de ocasionar la ruina de un industria o de alterar el orden público, presionar o intimidar a la autoridad;
- j) Traten de persuadir o persuadan a las autoridades políticas, miembros de los Institutos Armados, de Policía y del Cuerpo de Investigaciones y Vigilancia a faltar a sus superiores o a sus deberes en general;
- k) Proporcionen, por cualquier título, locales para la reunión de personas, asociaciones, instituciones o partidos políticos declarados fuera de ley, o que profesen o propaguen ideas o doctrinas peligrosas o nocivas para el orden político o social de la República;
- l) Los que, siendo funcionarios públicos llamados a cuidar del orden y de la estabilidad de las instituciones nacionales, permitan por negligencia, alteraciones del orden público.
- m) Exploten sin el permiso correspondiente, bombardas, cohetones, petardos o cualquiera otra materia explosiva, destinados a alterar o a dar señales para alterar el orden público.
- n) Hagan propaganda política en dependencias del Estado, centros de trabajo, cuarteles, colegios y centros de enseñanza en general o desmoralicen o perturben la mente de sus dependientes o educandos, sembrando ideas disociadoras o promoviendo sentimientos de odio y de rebeldía al orden y a la autoridad. Será circunstancia agravante de este delito incurrir en él abusando del ejercicio de la función;
- o) Hagan propaganda a favor de partidos políticos declarados fuera de la Ley y los que, por este medio, injurien o difamen a la autoridad u ofendan la respetabilidad de las instituciones públicas;
- y
- p) Efectúen, sin permiso de la Autoridad; manifestaciones públicas.

Artículo 2º.- Los culpables de las infracciones previstas en los incisos a) al m), inclusive del artículo anterior, sufrirán, según la gravedad del delito, las penas de expatriación de uno a cinco años, reclusión militar o prisión. A los culpables de los delitos previstos en los incisos n) al p) del mismo artículo, se les aplicará la pena de multa de S/o. 1,000.00 a S/o. 10,000.00. En caso de insolvencia del penado o de su negativa al pago de la multa le será sustituida por prisión de un mes por cada S/o. 1,000.00 de multa o fracción de S/o. 1,000.00.

CAPÍTULO II**Delitos contra la Organización y Paz Interna de la República**

Artículo 3º.- Cometén delito contra La Organización y Paz Interna de la República:

- a) Los que atenten contra la vida del Jefe del Estado o sus Ministros o la vida de sus esposas e hijos, con el fin de alterar el orden público, sustituir al Gobierno, o causar intimidación;
- b) Los que, con idénticos fines, atenten contra la vida de los miembros de los Institutos Armados, funcionarios públicos, miembros de las Fuerzas de Policía y Cuerpo de Investigaciones o contra la vida de sus cónyuges e hijos;
- c) Los que asalten en domicilio o en cualquier lugar publico o privado a una o varias personas y causen, o pretendan causarles la muerte, lesiones graves o intimidación, con fines políticos y sociales; y los que hagan uso en el mismo caso, de explosivos, armas o elementos de destrucción;
- d) Los que incurran en cuales quiera de las infracciones de rebelión sedición o motín, previstos en los Títulos I al IV. Sección Cuarta del Libro Segundo del Código de Justicia Militar y Título II. Sección Décima, del Código Penal, sean militares o civiles;
- e) Los que inciten a destruir o inutilizar o destruyan o inutilicen, interrumpan o se apoderen, total o parcialmente de cualquier servicio publico, medio de transporte, alumbrado, agua, cables, telégrafos, teléfonos y radio, con el propósito de subvenir, variar o substituir al Gobierno o causar intimidación;
- f) Los que incurran en cuales quiera de los delitos contra la libertad individual; violación de domicilio, extorsión, usurpación, daños, usurpación de autoridad, violación y resistencia a las



404

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

autoridades, previstos en los artículos 222, 223, 230, 249, 257, 259, 320, 321 y 322 del Código Penal, cuando se perpetren con el fin u ocasión de subvertir, variar o sustituir al Gobierno o causar intimidación; y,

- g) Los que realicen cualquier acto terrorista en forma no prevista en las disposiciones anteriores.

Artículo 4°- Se impondrá pena de muerte a los autores de los delitos previstos en los incisos a), b) y c) del artículo anterior. A los cabecillas de los delitos previstos en el inciso d) se les impondrá la pena de muerte.

La pena será de penitenciaria o prisión para los que, sin ser cabecillas de la rebelión sedición o motín hayan prestado voluntariamente y a sabiendas su cooperación. Se aplicaran las mismas penas de penitenciaria o prisión a los culpables de los delitos previstos en los incisos e), f) y g) del mismo artículo 3°.

CAPÍTULO III

Aplicación de las penas

Artículo 5°- La calidad de autor o cómplice de los delitos que comprende este Decreto-Ley se determinara conforme a lo dispuesto en el Título II del Libro Segundo del Código de Justicia Militar.

Artículo 6°- La duración de las penas señaladas por este Decreto-Ley será determinada en la sentencia, fijándola dentro de los límites establecidos para las mismas penas por el Código de Justicia Militar.

Artículo 7°- Los delitos que comprende este Decreto-Ley tendrán la misma pena ya se trate de delito consumado o de delito frustrado, la que no estará sujeta a reducción o modificación alguna por tener el acusado menos de 21 años pero mas de 18. Si tuviere el acusado de 16 a 18 años, se descenderá a la pena inmediata inferior y se cumplirá la condena en secciones especiales en los establecimientos penales.

Artículo 8°- Los cómplices serán penados con la pena mínima que corresponde a los autores. Cuando la pena para los autores sea la de internamiento o muerte, corresponderá a los cómplices la de penitenciaria o internamiento, respectivamente.

Artículo 9°- En la aplicación de las penas si por ser diversa la opinión de los vocales ninguna alcanzare mayoría absoluta, se observara lo dispuesto en el artículo 687° del Código de Justicia Militar, con la modificación que contiene el artículo 9° del Decreto-Ley N° 10893

Artículo 10°- Los Jueces y Tribunales encargados del juzgamiento de los delitos previstos en la presente Ley declararan en la sentencia al mismo tiempo que la responsabilidad penal la reparación civil correspondiente.

CAPÍTULO IV

Organismos Judiciales

Artículo 11°- El conocimiento de las infracciones previstas en los incisos n), o), y p) del artículo 1°, corresponde a los Prefectos de la circunscripción territorial respectiva. El de las previstas en los incisos a), a m) del mismo artículo y en los incisos e), f) y g), del artículo 3°, a las Zonas Judiciales de Policía y el de los incisos a), b), c) y d) del citado artículo 3° a las Cortes Marciales creadas por el Decreto-Ley N° 10893.

Artículo 13°- La designación de los miembros de las Cortes Marciales se hará de modo que entren en su composición miembros del Ejército, Marina, Aviación y Policía.

Artículo 14°- Los cargos de miembros de las Cortes Marciales son irrenunciables y no procede contra ellos recusación.

Artículo 15°- En los casos que lo exija el numero de enjuiciados al designarse la Corte Marcial, se nombrar un Juez Instructor, por cada grupo de enjuiciados de cincuenta o fracción. La Corte Marcial podrá limitar el numero de los defensores que nombren los acusados, agrupándolos convenientemente para los efectos de su defensa.



405

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 16°- La justificación especial de los Jueces y Tribunales creada por este Decreto-Ley esta expedita para el juzgamiento de los delitos conexos cometidos con ocasión de los previstos en ella.

CAPÍTULO V Procedimiento

Artículo 17°- La tramitación de los juicios que conforme a este Decreto-Ley daban seguirse ante las Zonas Judiciales de Policía, se llevará a cabo conforme a las disposiciones procesales contenidas en el Libro Tercero del Código de Justicia Militar con las modificaciones que este mismo Decreto-Ley contiene

Artículo 18°- Los términos, en la instrucción como en el juicio, son improrrogables.

Artículo 19°- Formalizado el juicio la causa terminará en todo caso por sentencia dictada por Consejo de Guerra, la que quedará ejecutoriada si con ella están de acuerdo el Jefe de Zona y su Auditor, no admitiéndose contra la misma recurso alguno. Si hubiere disenso, la sentencia será consultada al Consejo de Oficiales Generales. Contra la resolución de este Tribunal no procede recurso alguno. Ninguna otra resolución será consultable ni apelable.

Artículo 20°- Para los efectos de llevarse a cabo la audiencia, el Fiscal esta obligado a formular acusación, pudiendo retirarla en el curso del debate oral o a su termino. En este caso, el Consejo de Guerra llevara a cabo siempre el juzgamiento dictando sentencia.

Artículo 21°- En los juicios por delitos cuyo conocimiento corresponde a las Cortes Marciales, el plazo para la instrucción será de 5 días, prorrogables por una sola vez por igual termino, si la complejidad de la investigación lo requiere. En estos procedimientos el termino para la acusación fiscal es de 48 horas. Igual termino se concederá para el tramite de la defensa escrita, cualquiera que sea el numero de los defensores.

Artículo 22°- E n los procedimientos judiciales por delitos previstos en este Decreto-Ley no procede la libertad provisional, ni la condena y liberación condicionales.

Artículo 23°- Para el juzgamiento de los delitos cuyo conocimiento corresponde a los Prefectos, se practicara una sumaria información por la autoridad policial por termino no mayor de 3 días. El Prefecto citara al acusado y su defensor y, en un solo acto, actuara las pruebas y dictara sentencia de la que procede recurso de apelación ante la Zona Judicial de Policía respectiva, la que dictara resolución oyendo al Auditor.

Si estuviera de acuerdo con este, la resolución quedara ejecutoriada. En caso de disenso se elevara los autos al Consejo de Oficiales Generales.

CAPÍTULO VI Disposiciones Generales.

Artículo 24°- Para todo lo que no este previsto en el presente Decreto-Ley respecto a la aplicación judicial de la pena y procedimiento se observará lo dispuesto en el Código de Justicia Militar.

Artículo 25°- Queda absolutamente prohibida la introducción en la República de toda clase de libros, folletos, diarios, revistas, manifiestos, carteles y hojas, diseños, estampas, figuras e ilustraciones y en general, de toda especie de impresos o gráficos que se apliquen a la propaganda de teorías sectarias, comunistas o disociadoras o que inciten a cualquiera de los delitos previstos en el presente Decreto-ley.

Artículo 26°- Prohíbese valerse del cine y la radio para fines de propaganda sectaria o disociadora, así como servirse de carteles, anuncios, inscripciones, pinturas o dibujos, con iguales fines.

Artículo 27°- Todos los impresos, gráficos o instrumentos que se empleen en propaganda sectaria o disociadora, serán confiscados y destruidos por la Autoridad Política o por las Aduanas, Resguardos, Correos o Telégrafos.



406

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 28°- Las Aduanas incautarán de armas de fuego, cortantes o contundentes, municiones y explosivos, cuando dichos artículos carezcan del permiso correspondiente expedido por la autoridad respectiva. Los empleados que, por negligencia o malicia, no cumplieren con lo dispuesto en este artículo quedan sujetos a las sanciones que establece el artículo 2° de este Decreto-Ley.

Artículo 29°- Los que internen en la República los impresos o gráficos a que se refiere el presente Decreto-Ley sufrirán las penas correspondientes previstas en el artículo 2° del presente Decreto-Ley.

Artículo 30°- Cuando los responsables por delito que este Decreto-Ley castiga, sean extranjeros nacionalizados, se les cancelará sin perjuicio de las penas que les correspondan, la carta de naturalización y, cumplida la condena, serán expulsados del territorio nacional, como extranjeros perniciosos.

CAPÍTULO VII Disposiciones Transitorias

Artículo 31°- Por los fines que persigue este Decreto-Ley y por la conveniencia de prevenir la consumación de los delitos de que trata, queda facultado el Ministerio de Gobierno y policía para adoptar las disposiciones preventivas que crean necesarias a fin de garantizar la tranquilidad Política y social y la organización y paz interna de la República; no pudiendo intervenir la autoridad judicial correspondiente, sino cuando los delincuentes hayan sido puestos a su disposición.

Artículo 32°- Los que actualmente se encuentren detenidos por haberse comprobado sus actividades delictuosas contrarias al orden social, serán puestos oportunamente a disposición de los jueces a fin de que precisen su grado de peligrosidad y la necesidad de su reclusión.

Artículo 33°- Deróganse las leyes y disposiciones en cuanto se opongan al presente Decreto-Ley. Dado en la casa de Gobierno, en Lima, el primer día del mes de julio de mil novecientos cuarentinueve.

General de Brigada Manuel A. Odría.

Presidente de la Junta Militar de Gobierno.

General de Brigada Zenon Noriega, Ministro de Guerra.

Contralmirante Roque A. Saldías Ministro de Marina

Capitán de Navío Ernesto Rodríguez Ministro de Relaciones Exteriores y Culto y encargado de la Cartera de Justicia y Trabajo.

Teniente Coronel Augusto Villacorta, Ministro de Gobierno y Policía

Coronel Emilio Pereyra Marquina, Ministro de Hacienda y Comercio

Teniente Coronel José del C. Cabrejo, Ministro de Fomento y Obras Públicas.

Coronel Juan Mendoza, Ministro de Educación Pública.

Coronel C. A.P. José Villanueva, Ministro de Aeronáutica.

Teniente Coronel Alberto León Díaz, Ministro de Agricultura.

Por tanto:

Mando se imprima, publique y circule y se le dé el debido cumplimiento.

Lima, 1 de julio de 1949.

MANUEL A. ODRÍA.

El principio de separación de poderes fue totalmente soslayado y los ciudadanos quedaron inermes, a merced de la dictadura. El general Odría no quería correr riesgos. Su meta era la Presidencia de la República. “La democracia no se come”, diría después. Con la “Ley de Seguridad Interior de la República”, puso en manos de un Teniente Coronel y cuatro Capitanes la vida y los bienes de los civiles. Y en el período del ochenio odríista miles de peruanos sufrieron la privación de su libertad y el exilio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuando estaba por fenecer la dictadura de Odría, el Congreso –fraudulentamente elegido– aprobó la Ley N° 12552, promulgada el 18 de enero de 1956, por la cual se introducen algunas reformas al Decreto Ley N° 11049, manteniendo su esencia persecutoria y discriminatoria. En el artículo 11° de la Ley N° 12552 se establece la competencia de la justicia militar y, en algunos casos, de la justicia ordinaria.

Como regla general puede afirmarse que las doce Constituciones y los Estatutos Provisionales consagraron la separación de poderes; pero, en realidad, los gobiernos usurpadores dictaron normas infraconstitucionales que eran contradictorias y, como consecuencia, funcionaron, en varios estadios de la República, cortes marciales, jueces penales privativos y autoridades políticas que impusieron penas privativas de libertad, de expatriación y aun de muerte.

El Estatuto Electoral: instrumento para mantener la usurpación del poder

La finalidad del golpe de Estado de 27 de octubre de 1948 fue usurpar el poder, para alcanzar prebendas ilícitas e inmorales. A las disposiciones “legales” para perseguir a los adversarios políticos, se adicionó los preceptos contenidos en el “Estatuto Electoral” (Decreto :Ley N° 11172), dictado, supuestamente con el objeto de

Que el patriótico objetivo de la Revolución Restauradora que estalló en Arequipa el 27 de octubre de 1948, fue devolver al país sus instituciones genuinamente democráticas y asegurar el funcionamiento de las mismas, libres de todo germen disolvente y de prácticas contrarias a su esencia, majestad y fines constitucionales;

Que la obra de paz social, ordenamiento económico y organización estatal que se impuso la Junta Militar de Gobierno, como indispensable paso preliminar para convocar a los ciudadanos a los comicios cívicos en que deben constituirse los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Nación, ya se ha cumplido en su mayor parte, restituyendo el orden público y el pleno goce de sus derechos y garantías a la ciudadanía;

Que los resultados de las elecciones deben ser la expresión fiel de la voluntad popular libremente manifestada, para lo que es preciso la dación de un Estatuto Electoral que asegure la independencia de los organismos electorales, la libertad de los electores y la pureza y verdad de los procedimientos.

El referido “Estatuto Electoral” incluyó el catálogo de disposiciones que no requieren ningún comentario, por cuanto se advierte que tenían como destino eliminar la competencia electoral y habilitar un solo candidato a la Presidencia de la República:

Artículo 7°.- El Estado no reconoce la existencia legal a los partidos políticos de organización internacional o de tendencia totalitaria. Los que pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función pública.

Artículo 95°.- Conforme al artículo 53° de la Constitución del Estado, no se reconoce existencia legal a los partidos políticos de organización internacional o de tendencia totalitaria. En consecuencia no pueden ser inscritos, ni presentar candidatos, ni formar alianzas con otros partidos,

Artículo 96°.- Están incurso en la prohibición indicada en el artículo anterior, los partidos y los candidatos que por declaración legal o gubernamental se hallan comprendidos entre los que confunden su ideología con la de los partidos de organización internacional o de carácter totalitario; y los que utilicen a éstos como aliados políticos con fines electorales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 97°.- No pueden postular mandato presidencial ni representaciones parlamentarias los ciudadanos que hubiesen estado afiliados a partidos políticos comprendidos en el artículo 95°, a menos que hubieran renunciado a dicha filiación dos años antes de las respectivas elecciones generales, mediante instrumento con firma legalizada y ante el Jurado Nacional de Elecciones.

Subsiste esta incapacidad, si el ciudadano, a pesar de su renuncia, hubiese continuado desarrollando actividades políticas vinculadas a los mencionados partidos.

Artículo 98°.- La prohibición del artículo anterior rige para los ciudadanos que aún no estando afiliados a partidos declarados fuera de la ley, sin embargo realizaren comprobadamente actividades o proselitismo político vinculado o favorable a esos partidos.

El Jurado Nacional de Elecciones calificará, en cada caso, esta incapacidad, a mérito de las pruebas que se aporten.

Artículo 99°.- Tampoco pueden postular mandato presidencial o parlamentario, los ciudadanos que hubiesen formulado pública o privadamente renuncia de representación parlamentaria, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 96° de la Constitución; ni los que hubiesen sufrido condena por delito contra el patrimonio del Estado o de las instituciones de carácter público.

No inhabilita la renuncia a mandato parlamentario, cuando ella ha sido formulada por representante reelecto y ante su propia Cámara.

El Decreto Ley N° 10976 y la pena de muerte

Además, como en otras etapas de nuestra historia, el gobierno dictatorial de Odría, para intimidar a la población, modificó los artículos 151, 152, 154, 289 y 290 del Código Penal de 1924, vigente entonces, en el sentido de sancionar con la pena de muerte los delitos a que se refieren dichos artículos, para cuyo efecto expidió el 25 de marzo de 1949 el Decreto Ley N° 10976, según el cual

LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO

Considerando:

Que el actual Código Penal, vigente desde 1924, sólo señala para los más graves delitos y crímenes, la pena máxima de internamiento;

Que la Constitución vigente, dada nueve años después, prescribe en su artículo 54°, la pena de muerte para los delitos de homicidio calificado y traición a la Patria;

Que es necesario que la ley penal, expedida con anterioridad a nuestra Carta Fundamental, ajuste sus disposiciones a la Constitución del Estado dada con posterioridad;

Que el motivo que se tuvo para omitir la pena capital en nuestro Código, de que la voluntad popular la rechaza, ha sido desvirtuado con posterioridad, ya que la Asamblea Constituyente de 1933, depositaria y traductora de esa misma voluntad popular y de la soberanía nacional, dispuso la vigencia de dicha pena;

Que, la lenidad con que la ley penal actual sanciona los más abominables crímenes, encuentra por el contrario el rechazo indignado de la conciencia pública, que ve en ella una forma de impunidad;

Que el otro argumento en que se sustentó la omisión anotada, de que la tendencia dominante en el Mundo era entonces la supresión de dicha pena, se encuentra universal y categóricamente desmentido hoy por las naciones más civilizadas del Mundo que aplican reiteradamente dicha pena como un instrumento inevitable para defender la supervivencia de la sociedad y del Estado:

Que la acentuación notoria e innegable de la criminalidad en el Perú en los últimos años, exige que se dote al Estado de los medios necesarios, por severos y drásticos que sean, para evitar su desintegración;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Que mientras se procede a una reforma integral de nuestra legislación penal que la adecúe eficazmente y en su totalidad a la realidad y a las necesidades nacionales, es necesario adoptar de inmediato las urgentes medidas que la opinión pública reclama;

En uso de las facultades de que esta investida.

Decreta:

Modifícase los artículos 151, 152, 154, 289 y 290 del Código Penal, en los siguientes términos;

Artículo 151°.- Se impondrá pena de muerte al que, a sabiendas, matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge.

Artículo 152°.- Se impondrá pena de muerte al que matare por ferocidad o por lucro, o por facilitar u ocultar otro delito, o con gran crueldad, o con perfidia, o por veneno, o por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas.

Artículo 154°.- Los delitos de homicidio definidos en el artículo 151°, no serán reprimidos con la pena de muerte sino con la de penitenciaria, no menor de diez años, cuando se hubieren perpetrado en la situación expresada en el artículo anterior (153°).

Artículo 289°.- El que practicare un acto dirigido a someter la República en su totalidad o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma será reprimido con la pena de muerte.

Artículo 290°.- El peruano que en una guerra tomara armas contra la República o se alistare en un ejército enemigo, o prestare al enemigo cualquier socorro o ayuda, será reprimido con la pena de muerte.

La pena señalada en este Decreto-Ley se cumplirá por los Tribunales y Juzgados que le impongan, aplicándose en lo que fuera posible, las pautas señaladas en los artículos 754° y siguientes del Código de Justicia Militar, debiéndose efectuar la ejecución material de la misma por el personal que en cada caso proporcione el Ministerio de Gobierno y Policía.

La democracia deroga las leyes represivas en 1956

La Ley N° 12654, de 28 de julio de 1956, derogó las siguientes leyes represivas y discriminatorias:

- La Ley de Seguridad Interior de la República (Decreto Ley N° 11049)
- La Ley N° 12552, modificatoria de la anterior
- Los artículos 7°, 95°, 96, 97°, 98° y 99° del Estatuto Electoral (Ley N° 11172)
- El Decreto Supremo de 4 de octubre de 1948, que declaró que el Partido Aprista se había puesto al margen de la ley.
- El Decreto Ley N° 10890, que modificó y amplió el referido Decreto Supremo
- Los Decretos Leyes Nos. 10898, 10900, 10904 y 11028
- La Ley N° 11490, en cuanto da fuerza de Ley a los referidos Decretos Leyes.
- El Decreto Supremo N° 2679 de 6 de abril de 1954, que dispone el extrañamiento del ciudadano Víctor Raúl Haya de la Torre.

La misma Ley N° 12654 dispuso poner en libertad inmediata a todos los ciudadanos arbitrariamente detenidos por el régimen dictatorial de Manuel A. Odría, dejándose sin efecto toda orden de detención.

La Ley N° 12654, finalmente, concedió amnistía e indulto político y dispuso el corte de todos los procesos seguidos contra todos los civiles y militares, procesados o condenados, por cortes marciales, fueros privativos, consejos de guerra de cualesquier



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

clase, militares, navales, de aeronáutica y de policía y de tribunales ordinarios por causas político sociales.

La Ley N° 15590 y las guerrillas de 1965

En el interregno de julio de 1962 a julio de 1963, el Perú fue gobernado de facto por los generales Pérez Godoy y Lindley. En tal periodo se dictó el Decreto Ley N° 14207, que creó el Registro Electoral del Perú, y el Decreto Ley N° 14250, que creó el nuevo Estatuto Electoral.

El régimen democrático instalado el 28 de julio de 1963 debió afrontar diversos problemas políticos y sociales. El Poder Ejecutivo fue integrado por la Alianza Acción Popular y Demócrata Cristiano, mientras el Poder Legislativo tenía mayoría conformada por la Coalición APRA-UNO. La beligerancia en las Cámaras fue intensa, con censura de numerosos ministros de Estado. Sin embargo, todos los sectores parlamentarios coincidieron, por ejemplo, en aprobar la Ley N° 14669, de 24 de setiembre de 1963, que permitió celebrar las elecciones municipales el 15 de diciembre de ese año.

A mediados de 1965 se produjeron actos de rebelión en diversos lugares de la República, por parte de grupos armados cuyos mandos fueron adiestrados en el extranjero y que obedecían consignas totalitarias. Ante tales actos los Poderes del Estado reaccionaron rápidamente. El Congreso aprobó la Ley N° 15590, de 20 de agosto de 1965, por la cual se dispuso

Artículo 1°.- Constituyen actos de traición a la Patria y servicio a las armas de potencia extranjera, los delitos previstos en los artículos 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 302, 305, 307, 310, 311 y 312 del Código Penal y 78, 80, 81, 85, 88, 90, 91, 140, 141, 142 y 142 del Código de Justicia Militar, cuando ellos se someten por peruanos para alterar por la violencia o por medio de guerrillas el orden constitucional, político y democrático de la República, para imponer el sistema totalitario comunista. Las penas serán la de declaración en sentencia de pérdida de la nacionalidad y la de prisión o penitenciaria no menor de cinco años, internamiento o muerte. La pena de muerte se aplicará, especialmente, en los casos en que los autores hayan realizado actos delictuosos, en concierto con potencias comunistas extranjeras, o con sus agentes o intermediarios, sean éstos nacionales o extranjeros, o recibiendo o utilizando caudales, equipos, armas, bastimentos, municiones, explosivos y, en general, toda clase de armamentos de esas potencias comunistas o sus agentes o intermediarios o utilizando adiestramiento en el arte de la guerra no convencional o sistemas de guerrillas, adquiridos en territorios de potencias extranjeras comunistas. No regirá para estos casos lo dispuesto en el artículo 148 del Código Penal.

Artículo 2°.- Incurren en delito de traición a la Patria y en actos de servicio a las armas de potencia extranjera, sin que para ellos rija, en sus casos, el artículo 148 del Código Penal, los peruanos que para proporcionar recursos a las guerrillas, cometen los delitos de asalto a los bancos, comercios, industria y, en general, delitos contra la vida y el patrimonio. Las penas serán de prisión o penitenciaria no menor de diez años, la de internamiento o muerte. Los extranjeros que intervengan en la comisión de estos delitos y de los señalados en el Artículo 1°, como instigadores, autores, coautores o cómplices serán condenados a la pena de muerte.

Artículo 3°.- Para estos delitos no procede el beneficio de liberación condicional.

Artículo 4°.- Los delitos a que se refiere esta ley, serán juzgados y sentenciados por el Consejo de Guerra, conforme a las normas del Código de Justicia Militar para los casos de guerra nacional.



411

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La referida ley fue suscrita por los Presidentes del Senado David Aguilar Cornejo y de la Cámara de Diputados Enrique Rivero Vélez y promulgada por el Presidente de la República Fernando Belaúnde Terry, con el refrendo de los ministros Humberto Luna Ferreccio, Florencio Texeira Vela, Carlos Fernández Sessarego, Carlos Granthon Cardoma y Octavio Mongrut Muñoz.

Respecto de la Ley N° 15590 hay que hacer cinco comentarios: 1) en situación de crisis nacional, los partidos políticos deponen diferencias; 2) el Presidente Belaúnde Terry afrontó con decisión la insurgencia de las guerrillas; 3) las guerrillas fueron derrotas por acción conjunta de la Fuerza Armada y de la Policía Nacional; 4) se estableció la pena de muerte para los agentes de los delitos tipificados en esta ley; y 5) se habilitó el fuero privativo militar para que, conforme al Código de Justicia Militar, juzgara y sentenciara a los autores de dichos delitos.

Es menester señalar que el artículo 54° de la Constitución de 1933, vigente en ese tiempo, establecía que

La pena de muerte se impondrá por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señala la ley.

De manera que la Ley N° 15590, sin menoscabo de las convicciones personales, estaba encuadrada dentro de la Constitución. Además, la aludida Carta no excluía a los civiles de la competencia del fuero privativo militar

El golpe del 3 de octubre de 1968 y la justicia militar

El 3 de octubre de 1968 se produjo el golpe del cual surgió el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, que hizo tabla rasa del derecho. Sin proceso fueron presos o exiliados centenares de peruanos. Ese régimen de facto aprobó su Estatuto del Gobierno Revolucionario por Decreto Ley N° 1 (después N° 17083); por Decreto Ley N° 2 (17084), designó como su presidente al general Juan Velasco Alvarado; por Decreto Ley N° 17085, declaró nulos el contrato entre la Empresa Petrolera Fiscal y la Internacional Petroleum Company; por Decreto Ley N° 18060, de 23 de diciembre de 1969 reorganizó el Poder Judicial, cesando a Vocales y Fiscales de la Corte Suprema (entonces del Ministerio Público integraba el Poder Judicial); por Decreto Ley N° 18692, de 21 de diciembre de 1970, concedió amnistía e indulto a los sentenciados por “delitos político-sociales”, indicándose en los considerandos que se trataba de los directivos del Colegio de Abogados de Lima, de universitarios, obreros y campesinos; por Decreto Ley N° 19466, de 11 de julio de 1972, se concedió amnistía a los trabajadores procesados en los fueros común y privativo militar; por Decreto Ley N° 19506, de 22 de agosto de 1972, se concedió amnistía e indulto al personal de la Policía Nacional, procesado conforme al Código de Justicia Militar; y por Decreto Ley N° 21049, de 30 de diciembre de 1974, se concedió amnistía a los civiles procesados en los tribunales privativos de guerra.



c/12

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Empero, mediante el Decreto Ley N° 20828, de 03 de diciembre de 1974, estableció la pena de muerte, en procesos sumarios de 48 horas, ante el fuero privativo militar, para “quienes atenten contra la vida de las personas con fines políticos”.

El fuero militar –y también el ordinario- fueron manipulados por esa dictadura. Cuando en julio de 1974 el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada incautó los medios de comunicación social, la protesta cívica no se hizo esperar. Como consecuencia, muchos ciudadanos sufrieron privación de libertad y procesamiento *sine die* ante jueces militares. Entre los procesados estuvieron el filósofo y maestro universitario Luis Felipe Alarco Larrabure y Ricardo Monteagudo Monteagudo; y Felipe, Jaime, Róger y Miguel Alva Orlandini.

Depuesto Velasco Alvarado, el régimen militar advirtió que en los diversos pueblos del Perú podía transformarse el repudio en rebeldía violenta y, actuando sensatamente, inició el progresivo retorno al sistema democrático de gobierno.

El Decreto Ley N° 21491, de 11 de mayo de 1976, es expresivo. Esa norma considera

Que uno de los objetivos que establece el Estatuto del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada es promover la unión, concordia e integración de los peruanos;

Que algunos ciudadanos han sido privados de la nacionalidad, otros condenados a penas privativas de la libertad y otros sometidos a procesos judiciales, por implicancias políticas;

Que es conveniente superar tal situación, en los casos en que no ha mediado violencia ni se ha hecho uso de armas, dando plena vigencia a los postulados de la Revolución Peruana;

Que con las medidas que viene dictando el Gobierno Revolucionario, propicia un clima de amplia libertad para que todos los peruanos se conduzcan de acuerdo con sus propias convicciones, pero dentro del respeto a la ley, a la vez que demuestra la solidez que le garantiza actuar firmemente en defensa de los logros de la Revolución;

Que habiéndose terminado la primera evaluación, que incluye a parte de los ciudadanos considerados en las situaciones anteriormente mencionadas y siendo necesario materializar los hechos de justicia y libertad indicados, sin esperar la evaluación completa de los casos existentes;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Artículo 1.- Córdase la secuela de los juicios por los delitos de Ultraje a la Nación y a sus símbolos representativos así como a los Institutos Armados y Fuerzas Policiales, que prevé y sanciona el Código de Justicia Militar.

Artículo 2.- Derógase el Decreto Ley 19003.

Artículo 3.- Córdase los procesos judiciales por delitos en agravio del Estado, seguidas contra las personas siguientes:

Carlos Urrutia Boloña

Luis García Céspedes

Francisco Igartua Rovira

Andrés Luna Vargas

Manuel Pérez Puyen

Edmundo Murrugarra Aguirre

Julio Vargas Prada

Miguel Angel Cusianovich Valderrama

Julio Rodríguez Velásquez

Jorge Roberto Dolorier Méndez

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Alberto Urquiaga Rodríguez
Luciano Cáceres Cortez
Francisco Rosado Oviedo
Alfonso Rojas Aguilar
Emiliano Chávez Marlo
Santos Vigo Azañero
Juan Huamán Luna
Manuel Polanco
Andrés Suárez Salinas
Ernesto Ulises León Montalvo
Santos Silva Sernaqué
Perico Colchado Chinchay
William Jorge Rojas Díaz
Guillermo Peña Salcedo
Jorge Lozano Sopla
Alberto Jesús Luna F.
Jorge del Solar Scabarrosi
Marcial Altamirano Cabada
Juan Vásquez Soto
Armando Janampa Galarza
José Zapata Paredes
Abel Bustos Chávez
Víctor Tirado Tirado

Artículo 4.- Indúltase:

Enrique Zileri Gibson.

Artículo 5.- Córdase los procesos judiciales iniciados en cumplimiento de la Resolución Ministerial N° 057-75-TC/CO de 19 de junio de 1975, de competencia del Fuero Privativo de Guerra.

En cada aniversario del golpe del 3 de octubre de 1968, el régimen militar expedía sendos Decretos Leyes concediendo indultos a sentenciados por delitos comunes, con el argumento de que habían observado buena conducta en los centros carcelarios.

Con o sin intención de equipararlos con esos indultados, el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada dictó el Decreto Ley N° 21279, el 30 de setiembre de 1975, conforme al que

CONSIDERANDO

Que con motivo de la celebración del Séptimo Aniversario de la Revolución Peruana, coincidente con su segunda fase, es conveniente estudiar los casos en que haya sido perpetrado delito contra la libertad de prensa en agravio del Estado, con la finalidad de determinar la posibilidad de conceder indulto especial a quienes han sido sentenciado;

Que, hasta la fecha se ha establecido la procedencia de indultar a cinco sentenciados por la comisión del aludido delito:

De conformidad con el inciso 22° del artículo 123° de la Constitución del estado:

En uso de las facultades de que esta investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros,

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Artículo 1°.- Concedese indulto especial a los siguientes sentenciados por delito contra la libertad de prensa:

- Mario Castro Arenas
- Miguel Ángel Cussianovich

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Eucadio Gutiérrez Solano
- Ricardo Linares Calderón
- Adrián Velásquez Gálvez

Artículo 2º.- El Ministerio del Interior queda encargado del cumplimiento del presente Decreto-Ley.

Debo destacar el hecho de que Miguel Angel Cussianovich Valderrama debió asilarse en la Embajada de Costa Rica, el 9 de marzo de 1972, por haber suscrito una aclaración al Ministro de Energía y Minas, publicada en el diario "Ultima Hora", en que manifestaba que eran falsas las declaraciones de ese funcionario acerca de la supuesta concesión de un millón de hectáreas a la Internacional Petroleum Company para exploración de hidrocarburos en la selva. Como a muchos otros ciudadanos, se siguió un juicio penal contra Cussianovich, en ausencia, sin el debido proceso; y jueces sumisos dictaron sentencia condenatoria.

La "generosidad" del Gobierno Revolucionario se incrementó y, como consecuencia, el 18 de julio de 1978, dictó el Decreto Ley N° 22241, mediante el cual

CONSIDERANDO:

Que el país requiere de la armonía y concordia entre todos los peruanos, tanto para superar la situación económica como para participar activamente en el seguimiento de la elaboración de nuestra nueva Carta Constitucional, y en el quehacer político con ocasión de la transferencia del gobierno a la civilidad, siendo uno de los medios para alcanzar tal fin, disponer de la amnistía general en el país por razón de actos político-sociales;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo 1.- Concédese amnistía e indulto general a todos los ciudadanos y militares sentenciados o procesados por los tribunales ordinarios y fuero privativo militar, por actos políticos o sociales, restituyéndoseles los derechos que hubiesen perdido.

Artículo 2.- Las autoridades competentes pondrán en inmediata libertad a quienes comprende los efectos de este Decreto Ley.

Artículo 3.- Los Ministerios de Relaciones Exteriores y del Interior quedan encargados de dictar las disposiciones pertinentes para que las personas que estuvieran exiladas por motivos políticos o sociales puedan regresar al país.

El Decreto Ley N° 22339, de 15 de noviembre de 1978, modificó el Código de Justicia Militar, con el objeto de que comprenda los delitos según los que

Artículo 101.- Cometén delito de ultraje contra los Institutos Armados y Policiales, sus Organismos Conjuntos, sus Comandos o sus representantes, quienes de cualquier manera o por cualquier medio los ofendan o los injurien públicamente.

Los que incurran en este delito sufrirán pena de prisión.

Artículo 103.- Los delitos previstos en este Título serán perseguidos en el Fuero Penal Militar sea el infractor militar o civil, no procediendo en ningún caso libertad provisional, condena condicional, ni liberación condicional.

Artículo 332, inc. 2.- Por delito de espionaje infidencia y los cometidos contra el Derecho de Gentes.

Artículo 757.- Los Oficiales de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, en cualquier situación militar o policial, que incurran en acción u omisión trascendente y grave, así como pública y notoria, que lesionen la integridad y la lealtad debida a su propio Instituto o a su Comando, a otro Instituto o a Organismos Militares y Policiales Conjuntos, o que exhorten en contra de su



415

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Instituto u otro Instituto, o que en su doble condición de hombre y de soldado falten a los dictados del honor y de la hidalguía, serán sometidos a una Corte de Honor. La intervención de la Corte de Honor no modifica ni limita en ningún caso, las atribuciones del Comando y de los Consejos de Investigación, para apreciar y sancionar, de acuerdo con la ley y los reglamentos, la falta en que incurra el Oficial en situación de Actividad.

Los actos u omisiones a que se refiere este artículo deberán existir en el momento de la denuncia. Artículo 759, inc. 7.- La resolución que declare responsable al denunciado, impondrá la sanción de expulsión del Instituto al que pertenece, la misma que conlleva la pérdida del grado o jerarquía, y, consecuentemente, de los honores, tratamientos y preeminencias correspondientes, la prohibición de usar uniforme, divisas, medallas, condecoraciones y goces, con la sola excepción del que le corresponda de acuerdo con el Decreto Ley 19846, sin derecho a renovación, cancelándose además su inscripción en el Escalafón respectivo.

Por virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 22339 tanto civiles como militares estaban sujetos a las disposiciones del Código de Justicia Militar. Cuando se expide esa norma, el gobierno de facto había incorporado a dos civiles en las carteras de Relaciones Exteriores y de Economía y Finanzas. Cualquier crítica política era estimada como ultraje a los Institutos Armados. En otras palabras: no existió debate libre de los asuntos públicos. La “espada de Damocles” pendía sobre la cabeza de los adversarios. Además, no era posible el acceso a los medios de comunicación cautivos.

La Asamblea Constituyente, la Constitución de 1979 y la justicia militar

El Gobierno Revolucionario, después de hacer consultas a distintos partidos políticos, expidió el Decreto Ley N° 21949, de 4 de octubre de 1977, convocando a elecciones para una Asamblea Constituyente, pues consideró

Que es necesario institucionalizar las transformaciones estructurales que se vienen llevando a cabo desde el 3 de octubre de 1968, así como definir la estructura del Estado, el ejercicio del pluralismo político y económico y los mecanismos de participación de la población y asegurar la plena vigencia de los Derechos Humanos, a través de una nueva Constitución Política, como paso previo e indispensable a la transferencia del Poder;

Que es conveniente, por tanto, convocar a elecciones para conformar una Asamblea Constituyente encargada de la dación de la nueva Carta Política;

Que es indispensable, asimismo, precisar la finalidad y plazos, dentro de los cuales la Asamblea Constituyente debe cumplir su cometido;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo 1.- Convócase a elecciones para representantes a una Asamblea Constituyente, las que se realizarán el 4 de junio de 1978.

Artículo 2.- La Asamblea Constituyente tendrá como exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución Política del Estado, la que contendrá esencialmente, entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada.

Artículo 3.- La Asamblea Constituyente se instalará el 28 de julio de 1978 concluirá sus funciones en la primera quincena de julio de 1979.

Artículo 4.- Para las elecciones de la Asamblea Constituyente, el territorio de la República se considera como un solo Distrito Electoral.

Artículo 5.- Las modalidades, procedimientos y condiciones que regulen el proceso electoral, así como la conformación de la Asamblea Constituyente, serán precisados por ley.



416

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las elecciones se realizaron, efectivamente, el 4 de junio de 1978, con arreglo a las disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 21996, de 15 de noviembre de 1977.

La Asamblea Constituyente aprobó la Constitución de 1979 y la promulgó el 12 de julio de 1979. Como consecuencia de ese trascendente acto político, el Gobierno Revolucionario expidió el Decreto Ley N° 22622, de 30 de julio de 1979, por el que se convocó a elecciones generales de Presidente y Vicepresidentes de la República y de Senadores y Diputados, para el 18 de mayo de 1980.

El Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada se apresuró en dictar los Decretos Leyes Nos. 23201 y 23214, de 26 de julio de 1980, para adecuar la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar a la nueva Constitución. Es un mérito que debe reconocerse al régimen, segunda fase, que ejerció el poder. Posteriormente, la Ley N° 26677, de 24 de octubre de 1996, reformó esas normas.

La Ley N° 23215, de 28 de julio de 1980, fue la primera norma liberadora del régimen democrático que, en ese Día de la Patria, devolvió sus derechos fundamentales a los ciudadanos peruanos procesados y/o sentenciados por el régimen usurpador, mediante la justicia militar. Esa ley, dispuso que

Artículo 1°.- Concédase amnistía general a quienes a la fecha de la promulgación de la presente ley se hallen, denunciados, encausados o condenados, en los fueros común o privativo, por hechos de naturaleza política, social o conexos subordinados a éstos.

Artículo 2°.- Están comprendidos dentro de los alcances del artículo anterior, quienes se encuentren denunciados, encausados o condenados en los casos siguientes:

- a) En aplicación de los Decretos Leyes 18075, 20680 y 22244, denominados Estatutos de la Libertad de Prensa y Ley de Prensa.
- b) Por infracción del D. L. 22339, modificatorio del Código de Justicia Militar.
- c) Por hechos o delitos derivados de huelgas, paros, luchas sindicales o agrarias.
- d) Por hechos o delitos acontecidos con ocasión de las campañas electorales de 1978 y 1980, salvo los delitos contra la fe pública. Por hechos que tengan la misma naturaleza que los anteriormente mencionados.

Artículo 3°.- Los beneficiarios con la amnistía contenidos en los artículos precedentes serán restituidos en los derechos y bienes de los que hubiesen sido privados en virtud de los hechos o delitos amnistiados, los precedentes policiales, penales o judiciales que pudieran existir contra los amnistiados por esta ley, así como a dejar sin efecto cualquier medida restrictiva de la libertad que pudiera afectarlos. Procederán igualmente a excarcelar a los amnistiados que pudiesen estar aún sufriendo detención, arresto o prisión.

Están incluidos en el presente artículo los amnistiados por las leyes 10220 y 12654, ampliando sus alcances a quienes fueron destituidos de sus puestos por razones políticas.

Artículo 4°.- Los hechos o delitos materia de la presente amnistía, como los sobreesimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa, sumario, reparos administrativos ni de sanción en ninguna otra vía. Quedan sin efecto los expedientes en trámite reñidos con este artículo, así se encuentren en ejecución.

La amnistía comprendió, además, a las personas mencionadas en la Ley N° 23215, de 5 de setiembre de 1980.



419

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**La Justicia militar, los derechos humanos y los regímenes de gobierno**

En la historia del Perú han sido numerosos los casos en que los gobiernos autoritarios no sólo dictaron disposiciones para establecer la pena de muerte, sino que dicha pena fue aplicada efectivamente a los adversarios políticos. De acuerdo a tratados internacionales, la pena de muerte fue proscrita por el artículo 235° de la Constitución de 1979, excepto por traición a la Patria en caso de guerra exterior. Empero está ampliada para los delitos de terrorismo en la Carta de 1993, cuyo artículo 140° dispone que

La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra y terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de que el Perú es parte obligada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, declara que

Artículo 4.- *Derecho a la vida*

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la hayan abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de 18 años de edad o más de setenta, ni se les aplicará a las mujeres en estado de gravedad.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se podrá aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

La mencionada Convención no había sido ratificada por el Perú cuando el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada dictó el Decreto Ley N° 17388, de 24 de enero de 1969, que modificó los artículos 10°, 197°, 199° y 229 del Código Penal de 1924, así como la Ley N° 12341, y estableció la pena de muerte para los autores de delitos de rapto y contra el honor sexual en agravio de menores de 7 años de edad.

El mismo Gobierno expidió el Decreto Ley N° 18140, de 10 de febrero de 1970, modificando el Decreto Ley N° 17388, por “no haber sido redactado correctamente.”

También el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, por Decreto Ley N° 19049, de 30 de noviembre de 1971, amplió la pena de muerte para



418

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 1°.- Quienes empleen explosivos o bombas con la finalidad de intimidar, alarmar o alterar la paz interna o el orden público, serán sancionados con penitenciaría no menos de quince años, ni mayor de veinte.

Artículo 2°.- Quienes a sabiendas pongan en peligro la salud o la vida de las personas o la propiedad de otro empleando explosivos o bombas, serán sancionados con penitenciaría no menor de quince años ni mayor de veinticinco.

Artículo 3°.- Quienes mediante el empleo de explosivos o bombas causen muerte, lesiones, daños o destrucciones graves, serán sancionados con pena de muerte en el primer caso, con internamiento más allá de un mínimun de veinticinco años en el segundo y con penitenciaría no menor de veinte años ni mayor de veinticinco en los demás casos.

Artículo 4°.- En cada caso el tribunal juzgador tendrá en cuenta para fijar la pena, la condición de autores personales o intelectuales, coautores, cómplices o encubridores.

Además, tratándose de extranjeros, una vez cumplida la pena privativa de la libertad, serán extrañados del país; y, si hubieran adquirido la nacionalidad peruana por naturalización, serán privados de ella previo a su extrañamiento.

Artículo 5°.- Las penas privativas de la libertad serán cumplidas en la Colonia Penal del Sepa.

Artículo 6°.- En los casos a que se refiere el presente Decreto Ley, no procede la libertad provisional, la condena condicional, ni la liberación condicional.

Artículo 7°.- Los Consejos de Guerra Permanentes de las Zonas Judiciales de Policía son competentes para el juzgamiento, de conformidad con las normas procesales del Código de Justicia Militar.

Artículo 8°.- Déjase en suspenso las normas de los Códigos Penal y de Justicia Militar, así como las de las leyes pertinentes, en cuanto se opongan al presente Decreto Ley.

Los Consejos de Guerra Permanentes de las Zonas Judiciales de Policía quedaron, pues, habilitados por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada para, sin recurrir a ningún código, sino a su leal saber y entender, aplicar las penas privativas de libertad y de muerte a los adversarios políticos de esa dictadura.

No debe llamar la atención, por lo tanto, que el Jurado Nacional de Elecciones, también al margen de todo código y sin intervención del Poder Judicial, disponga la muerte civil de un ciudadano, cuyo nombre ordenó fuera eliminado del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), este año 2006. Empero, tal muerte civil –a pesar de que el agraviado no es Lázaro- ha sido ya superada.

La Décimosexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, por ende, ésta integra nuestro ordenamiento constitucional. Todas las disposiciones infraconstitucionales que imponían la pena de muerte a los autores de delitos distintos a los que determinaba el artículo 235° de la Constitución de 1979 y a los que contempla el artículo 140° de la vigente Carta quedaron derogadas. Las cortes marciales, por lo tanto, no pueden imponer la pena de muerte, salvo lo dispuesto por los artículos 141° y 173° de la actual Constitución.

El delito de rebelión del 5 de abril de 1992 y la justicia



419

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por otra parte, el denominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, surgido del golpe del 5 de abril de 1992, inició su gestión dictando el Decreto Ley N° 25418, conforme al que

Artículo 1°.- El Presidente Constitucional de la República instituye transitoriamente el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, el mismo que se rige conforme a los alcances del presente Decreto Ley. Los fundamentos que sustentan esta decisión se precisan en el Manifiesto a la Nación del 05 de abril de 1992, documento que forma parte de la presente norma.

Artículo 2°.- Constituye objetivo fundamental del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional la reforma institucional del país, orientada a lograr una auténtica democracia, que eleve sustancialmente los niveles de vida de la población creando las condiciones para una mejor realización de la persona humana.

Dicha reforma busca establecer las siguientes metas:

- 1) Proponer la modificación de la Constitución Política para que el nuevo instrumento resultante sirva de medio eficaz para el desarrollo.
- 2) Moralizar la administración de justicia y las instituciones vinculadas a ella; y el Sistema Nacional de Control, decretando la reorganización integral del Poder Judicial, del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República.
- 3) Modernizar la administración pública, reformando el aparato estatal del gobierno central, de las empresas públicas y de los organismos públicos descentralizados, para convertirla en un factor promotor de la actividad productiva.
- 4) Pacificar el país dentro de un marco jurídico que garantice la aplicación de sanciones drásticas a los terroristas, a fin de que, dentro de un clima de paz y orden interno, nuestra economía se desarrolle adecuadamente.
- 5) Luchar frontalmente contra el tráfico ilícito de drogas y su secuela de corrupción.
- 6) Sancionar drásticamente todos los casos de inmoralidad y corrupción en la administración pública.
- 7) Promover el desarrollo de una Economía de Mercado dentro de un marco jurídico que dé seguridad y fomente la eficiencia y competitividad de los agentes económicos, a la vez que promueva la estabilidad económica y permita las inversiones nacionales y extranjeras.
- 8) Reorganizar los servicios sociales de Educación, Salud, Vivienda y generación de empleo con especial énfasis en el sistema educativo y en el desarrollo cultural de la nación.
- 9) Desarrollar un esquema racional de descentralización y desconcentración de acuerdo con las necesidades de las regiones.

Artículo 3°.- El Presidente de la República, en tanto se mantenga el Régimen Transitorio de Emergencia, ejerce sus funciones por las disposiciones contenidas en la presente Ley de Bases, así como por las demás normas legales y administrativas vigentes que sean aplicables.

Artículo 4°.- Disuélvase el Congreso de la República hasta la aprobación de una nueva estructura orgánica del Poder Legislativo, como consecuencia de la modificación de la Constitución Política a que se contrae el Artículo 2 del presente Decreto Ley.

Artículo 5°.- El Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros por mayoría absoluta de sus miembros ejercerá las funciones que corresponden al Poder Legislativo, a través de Decretos Leyes.

Artículo 6°.- El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional ratifica y respeta los Tratados, Convenios, Pactos, Acuerdos y demás compromisos internacionales vigentes, suscritos por el Estado Peruano.

Artículo 7°.- El presente Decreto Ley de Bases entrará en vigencia a partir del día de su publicación.

Artículo 8°.- Déjese en suspenso los artículos de la Constitución Política y las normas legales que se opongan al presente Decreto Ley.



420

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Decreto Ley N° 25418, además de Alberto Fujimori Fujimori, está suscrito por Óscar de la Puente Raygada, Fernando Vega Santa Gadea, Augusto Blacker Millar, Jaime Sobero Taira, Alfredo Ross Antezana, Víctor Joy Way Rojas, Víctor Malca Villanueva, Jaime Yoshiyama Tanaka, Juan Briones Dávila, Carlos Boloña Behr, Absalón Vásquez Villanueva y Víctor Paredes Guerra.

Simultáneamente con el “mensaje a la nación” de Alberto Fujimori Fujimori, el 5 de abril de 1992 las Fuerzas Armadas ocuparon el Congreso de la República, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Palacio de Justicia y otros locales públicos.

El artículo 346° del Código Penal de 1991 tipifica el delito de rebelión y establece que

El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación.

El artículo 23° del referido Código indica que

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

El artículo 30° del Código Penal dispone que

Las penas restrictivas de libertad son:

1. La expatriación, tratándose de nacionales; y
2. La expulsión del país, tratándose de extranjeros.

Ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad.

La primera tiene una duración máxima de diez años.

El artículo 80° del mismo Código indica que

La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción penal prescribe a los tres años.

Por Ley N° 26360, de 29 de setiembre de 1994, se adicionó a dicho artículo el párrafo que señala que

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.

En cuanto a la prescripción, el último párrafo del artículo 83° del Código Penal declara que



yel

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Considerando la gravedad de los hechos acaecidos el 5 de abril de 1992 y que siendo la pena privativa de libertad de hasta veinte años y de expatriación de hasta diez años, resulta evidente que no ha prescrito la acción penal. Es por tal razón que el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 21 de enero de 2003 (Exp. N° 0014-2002-AI/TC, Fund. 52), expresó que

La Constitución de 1979 estableció un procedimiento de reforma constitucional que no se observó cuando, tras el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se decidió convocar a un Congreso Constituyente Democrático para que decidiera si reformaba la Constitución de 1979 o daba una nueva Constitución. Y ello no obstante que en su artículo 307° señalara que ella no perdía su vigencia ni podía ser modificada si es que no se seguía el procedimiento de reforma allí previsto. Más aún, señalaba que serían “juzgados, según esta misma Constitución (la de 1979) y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables” de cualquier cambio o modificación constitucional sin observarse sus disposiciones. Al respecto, en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien ahora se encuentra vigente la Constitución de 1993, ello no impide que contra los golpistas del 5 de abril de 1992 y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307° de la Constitución de 1979, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el 31 de diciembre de 1993, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país.

El Tribunal Constitucional deja constancia que a la fecha ni el Ministerio Público ni el Congreso de la República han procedido de acuerdo con sus atribuciones.

Después de pronunciada la sentencia de 21 de enero de 2003, tanto el Congreso de la República como el Ministerio Público, han ejercido las atribuciones que les compete; y el proceso seguido a los responsables del delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, en su modalidad de rebelión, está en trámite ante el Poder Judicial, pero sin sentencia.

No es la oportunidad, ni el lugar, para contrastar los objetivos trazados en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25418, pero está en la conciencia pública que: (1) la Constitución de 1993, aunque vigente aún, fue oficialmente aprobada por un referéndum en que el hecho Jurado Nacional de Elecciones estableció que el número de votos por el “no” (48 %), más los votos nulos y en blanco, superaron a los votos por el “sí” (52 %); que (2) en el ochenio 1992-2000 no se alcanzó la moralización institucional, sino la degradación; (3) que la administración pública, en general, es más morosa; que (4) la acción policial –no la dictadura, ni el SIN- capturó a los jefes –identificados en un video pre-golpe- del terrorismo y que, por erróneo diseño en el juzgamiento, han debido ser nuevamente juzgados ante el Poder Judicial; que (5) el tráfico ilícito de drogas no fue combatido por la dictadura, sino practicado, incluso en el avión presidencial; que (6) los casos de corrupción, de insólito volumen en la década pasada, están siendo juzgados, aunque lentamente, en el presente; que (7) la economía de mercado requiere un componente social de la que estuvo ayuna en el gobierno golpista; que (8) la educación, la salud, la vivienda y el trabajo afrontaron índices de colapso; y que (9) la



422

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

descentralización y la desconcentración marcharon a la inversa, puesto que el autoritarismo es una fuerza centrífuga.

La ratificación y el respeto de los Tratados, Convenios, Pactos, Contratos y demás compromisos internacionales carecían de sustento ético y jurídico, puesto que esos instrumentos, sin excepción, preconizan, entre otros derechos fundamentales de la persona, el de elegir periódicamente, en comicios auténticos, a quienes ejerzan funciones públicas representativas; y el golpe de Estado, como lo acreditaron sus actos subsecuentes, eran y son la negación de esos derechos.

Las principales acciones del Gobierno de Reconstrucción y Emergencia Nacional fueron:

- Cesar al Contralor General de la República, por el Decreto Ley N° 25420
- Cesar a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, por Decreto Ley N° 25422
- Cesar a trece Vocales de la Corte Suprema de Justicia, por Decreto Ley N° 25424
- Cesar al Fiscal de la Nación, por Decreto Ley N° 25425
- Cesar a los integrantes de los Gobiernos Regionales, por Decreto Ley N° 25432
- Establecer la nueva integración de la Corte Suprema, por Decretos Leyes Nos. 25441, 25445 y 25474
- Cesar a Vocales de las Cortes Superiores, Fiscales Superiores, Jueces y Fiscales Provinciales, por Decreto Ley N° 25446
- Establecer la improcedencia de la acción de amparo, en los casos señalados por los Decretos Leyes Nos. 25454 y 25496
- Tipificar incorrectamente los delitos de terrorismo, traición a la patria y apología, por los Decretos Leyes Nos. 25475, 25659, 25708 y 25744; y disponer la intervención del fuero privativo militar y de los jueces sin rostro.

El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, por Decreto Ley N° 25861, de 6 de noviembre de 1992, dispuso que

Los miembros de las Fuerzas Armadas sometidos al Fuero Privativo Militar cumplieran sus detenciones o condenas en Establecimientos Penales Militares o en los Establecimientos Penales Comunes, a criterio del Órgano Jurisdiccional Militar.

La discriminación se fundaba –obviamente– en la amistad o enemistad con los procesados o sentenciados.

En sentencia de 3 de enero de 2003 (Exp. N° 010-2002-AI/TC), el Tribunal Constitucional ha dado cumplimiento a los tratados internacionales antes mencionados, así como a las normas de la vigente Constitución en cuanto a la competencia del fuero privativo militar.

Sin embargo, en períodos republicanos autoritarios ocurrió lo contrario; pero, dado que se está tratando de construir un Estado social y democrático de derecho, basado en el



423

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

principio de igualdad ante la ley, el fuero militar sólo debe sancionar los delitos de función y con las garantías del debido proceso.

El Congreso y la justicia militar en 1996

En octubre de 1997 la mayoría fujimorista del Congreso aprobó la Ley N° 26657 que, supuestamente, interpretaba el artículo 112° de la Constitución Política de 1993, para hacer viable la tercera postulación consecutiva de Alberto Fujimori a la Presidencia de la República. Como Congresista con vocación democrática y formación constitucional me opuse radicalmente a ese proyecto, Así lo hicieron también los miembros de otros grupos parlamentarios no comprometidos con el oficialismo autoritario.

En señal de protesta arrojé un ejemplar de esa Constitución. La mayoría acordó aplicarme la sanción de treinta días de suspensión, después de un intenso debate en el que recibí el respaldo de mis colegas de la minoría.

Al vencer el plazo de suspensión, retorné al Congreso el 28 de noviembre de 1996, cuando, precisamente en la Vigésimo Primera sesión de la Primera Legislatura Ordinaria de 1996, se debatía una Moción de Orden del Día referente a la defensa de la libertad del General de División Rodolfo Robles Espinoza, a quien –a pesar de estar en la situación de retiro– se le había procesado en el fuero privativo militar e impuesto una pena de prisión. Dije entonces que:

Señor Presidente: He tenido la suerte de que justamente al reincorporarme al Congreso deba sustentar una moción en defensa de la libertad del distinguido General de División Rodolfo Robles Espinoza, quien se encuentra en situación de retiro.

El Decreto Legislativo N° 752 establece claramente que los militares en situación de retiro no pueden ni deben ser objeto de ningún proceso judicial en el Fuero Privativo Militar, en razón de que son ciudadanos en ejercicio y gozan plenamente de los derechos que les reconoce a todos los ciudadanos la Constitución y las leyes de la República. Entonces, no hay ninguna justificación para que el General (r) Robles Espinoza haya sido procesado en el fuero militar y, menos aún, para que haya recibido tratos vejatorios y humillantes en el momento en que fue aprehendido por miembros subalternos del Servicio de Inteligencia del Ejército. Si hay algún acto vejatorio contra las Fuerzas Armadas, es precisamente lo que ocurrió hace dos días en agravio de un distinguido militar en situación de retiro.

Asimismo, señor Presidente, quiero manifestar que no se trata de aplicar normas sustantivas del Código de Justicia Militar, sino ésta es una persecución política evidente. El General (r) Robles Espinoza estaba participando dentro del Foro Democrático para promover el referéndum que debe llevarse adelante en la República, a fin de desaprobar una ominosa ley que está transgrediendo la Constitución.

El Fuero Privativo Militar no solamente está atentando contra la libertad personal del General (r) Robles Espinoza, sino que también ha tenido el atrevimiento de hacer una declaración pública en contra del Defensor del Pueblo, quien mediante un comunicado, ejerciendo las atribuciones que están previstas en la Carta Política y en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, salió en



424

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

defensa de los derechos humanos que están siendo pisoteados mediante actos de agresión que perpetra el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Es más, el Fuero Privativo Militar ha ido más lejos, ya que hasta ha suspendido durante noventa días al abogado Heriberto Benites, quien era el defensor del General (r) Robles Espinoza. Señor, si dentro del proceso judicial un abogado tiene expresiones que no se compadecen con el debate jurídico, puede ser reprendido, apercibido o incluso hasta suspendido de acuerdo a la naturaleza de los hechos, pero el Fuero Privativo Militar no puede sancionar a un abogado que ha tenido expresiones de crítica contra una resolución judicial amparándose en la libertad de expresión que establece el artículo 2º, inciso 4), de la Constitución. Además, el artículo 132º, inciso 20), de la propia Carta Política, permite a los ciudadanos y, por supuesto, a los abogados, a hacer críticas de las resoluciones y sentencias judiciales.

Tengo el convencimiento de que en estos treinta días en que estuve ausente del Congreso, señor, la mayoría no ha cambiado, ya que se apresta, con su voto en contra, a rechazar la admisión a debate de estas mociones.

En consecuencia, en sustitución de la moción de invitación al Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Energía y Minas, los integrantes de los diversos grupos de oposición hemos presentado una moción de interpelación que la voy a enviar a la Mesa. Esta propuesta sustituye a la que he presentado; por lo que ruego a usted, señor Presidente, disponer su lectura.

El señor PRESIDENTE.— Se va a votar en conjunto las seis mociones de orden del día que han sido sustentadas por sus respectivos autores.

El señor ALVA ORLANDINI.— Señor Presidente, en mi intervención solicité que se dé lectura a la moción de interpelación que sustituye a la moción de invitación que estaba fundamentando.

El señor PRESIDENTE.— Entonces, ya ha sido retirada.

El señor ALVA ORLANDINI.— Señor Presidente, pero ya he enviado a la Mesa la moción de interpelación que sustituye a la moción de invitación al señor Presidente del Consejo de Ministros (...).

El señor PRESIDENTE.— No, señor, su moción de interpelación debe pasar por el trámite correspondiente. Primero se verá en la Mesa Directiva y, posteriormente, en el Consejo Directivo para que pueda pasar al Pleno.

La mayoría impidió, por lo tanto, el debate de la interpelación. Rehusó esclarecer la verdad.

En la misma sesión del Congreso se debatió sobre la competencia del Fuero Privativo Militar para el juzgamiento del general Robles Espinoza. Respecto al tema, manifesté que:

Concuerdo con el señor Presidente de la Comisión de Justicia en el sentido que no es el artículo 24º de la Constitución, sino el literal d) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución el que establece: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por la ley de manera expresa e inequívoca como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Es un principio en el Derecho Penal.

Pero la cuestión no es si el delito debe ser objeto de juzgamiento, porque no existe delito de opinión. De lo que se trata en el caso del General Robles Espinoza —cuyo caso estamos tratando



c/25

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de forma tangencial— quien ha sido procesado por declaraciones que hizo en un medio de comunicación social. Si aplicáramos con rigor las normas, también podría ser procesado quien entrevistó al General Robles Espinoza, así como a los propietarios del canal que permitieron que a través de ese medio de comunicación se cometiera supuestamente un delito. Felizmente no hay delito de opinión en el país.

Lo que ocurre es que en forma irregular se ha iniciado un proceso en el Fuero Privativo Militar contra quien no ha cometido un delito de función, porque desde el momento en que no forma parte de las Fuerzas Armadas —puesto que está en situación de retiro— no podría haber cometido delito de función. Las imputaciones que se han hecho son absolutamente absurdas.

Además, no hay necesidad que este asunto sea objeto de interpretación y, menos aun, de dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento de la cual no sólo tenemos reservas el congresista Chirinos Soto y yo, sino prácticamente todos los integrantes de la Comisión, en minoría, porque súbitamente suelen aprobarse proyectos de ley y dictámenes de mayoría no obstante que se atropellan —con frecuencia— normas constitucionales.

Quiero insistir en que el Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, promulgado en agosto de 1991 por el presidente Alberto Fujimori, tiene una disposición muy clara y precisa. Específicamente, el artículo 70° señala que: "Al pasar un oficial a la situación de retiro, ejercerá sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política del Perú, sin limitación alguna". Eso es lo que ha hecho el General Robles Espinoza.

Anteriormente, también el Fuero Privativo Militar procesó al General Mauricio y al extinto General de División Luis Cisneros Vizquerra; estos son actos arbitrarios y abusivos que no pueden continuar, porque quienes ya no forman parte de la Fuerza Armada son ciudadanos que tienen plenos derechos y utilizan su libreta electoral para identificarse; por ende, pueden participar en debates políticos —como que lo han venido haciendo— e integrar el Parlamento. De manera que no se pueden presentar situaciones de esta naturaleza, mediante ardides que son ejecutados lamentablemente por el Fuero Privativo Militar. No es un criterio que haya surgido a consecuencia de los recientes hechos; anteriormente había planteado la supresión del Fuero Privativo Militar porque es realmente un riesgo para el país que exista una forma de juzgar que en algunos casos favorece a quienes son procesados, y en otros se presta a que hayan represalias de carácter político.

Éstas son las razones por las cuales he planteado, primero, que se derogue toda norma que sea opuesta a la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, segundo, que se disponga —si se quiere, mejorando la redacción de la Constitución— que sólo en el Fuero Privativo Militar sean juzgados los miembros en actividad de las Fuerzas Armadas, además de los acusados en casos de terrorismo o traición a la Patria y los que incumplen la Ley del Servicio Militar Obligatorio; entre los cuales, naturalmente no está el doctor Torres y Torres Lara (...).

El señor Congresista Torres y Torres Lara, vía una interrupción, expresó sus puntos de vista.

Replicando, manifesté mi opinión en el sentido de que:

La Constitución no requiere ser modificada. La Constitución debe ser derogada por otra que esté acorde a los requerimientos del país; pero, mientras no sea derogada, está vigente y no hay necesidad que se haga ninguna interpretación o modificación sobre esta materia, porque ya hay un dispositivo legal que no ha sido planteado por mí ni aprobado por la mayoría de mi partido, sino que ha sido preparado —son las palabras del propio doctor Torres y Torres Lara— por el Consejo de Ministros que él presidió.



f26

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En noviembre de 1991, se expidieron algo así como 120 ó 130 decretos legislativos, varios de los cuales tenían centenares de artículos —uno de ellos es precisamente el Decreto Legislativo N° 752—, los mismos que fueron preparados por el Consejo de Ministros del doctor Carlos Torres y Torres Lara y promulgados por el presidente Alberto Fujimori Fujimori. El siguiente Consejo de Ministros simplemente se limitó a poner en vigencia lo que había sido diseñado y formulado por el doctor Torres y Torres Lara y sus asesores.

En el Decreto Legislativo N° 752, se establece en forma clara y terminante que los oficiales que pasan a la situación de retiro pueden ejercer plenamente sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo con la Constitución y sin ninguna limitación. Consecuentemente, son ciudadanos en ejercicio pleno de sus derechos, y uno de los derechos fundamentales de la persona —que está en el artículo 2° de la Constitución— es el derecho a la libertad de expresión y opinión, cuyo ejercicio no constituye ni puede constituir delito alguno en un país civilizado.

Considero por ello, señor Presidente, que éste es un tema importante. La mayoría parlamentaria puede aprobar, desaprobar o modificar el texto que he propuesto, hacerlo más adecuado; pero, en todo caso, con o sin ese texto, está vigente el Decreto Legislativo N° 752, vale decir: "Lo que es lícito no es delito". En consecuencia, los integrantes del Consejo Supremo de Justicia Militar han prevaricado al abrir proceso penal contra el general Rodolfo Robles Espinoza, quien está en situación de retiro.

Gozo de inmunidad parlamentaria, pero puedo renunciar a ella si es que el Consejo Supremo de Justicia Militar considera que también he faltado el respeto y he cometido un delito en su agravio; como ha ocurrido lamentablemente con el abogado defensor del general Robles Espinoza, a quien se le ha suspendido en el ejercicio de la profesión de abogado durante cinco meses. Ése es un acto arbitrario adicional, como también es repulsivo el hecho que anteayer el Fuero Privativo Militar haya cuestionado las declaraciones vertidas por el Defensor del Pueblo; opinión que hizo, en ejercicio de sus atribuciones, persona a quien quiero rendir homenaje esta noche en el Congreso de la República".

El debate fue extenso, con participación de varios Congresistas. En una nueva intervención, debí recordar que:

Cuando se produjo el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, uno de los argumentos que se utilizó fue el de la necesidad de reformar el Poder Judicial. Se afirmaba que existía corrupción, dilación de los procesos; en definitiva, que no había justicia, lo cual era cierto en gran medida.

Sin embargo, la solución no era disolver la Corte Suprema, ni tampoco el Congreso de la República; mucho menos, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Ministerio Público, tomando las regiones con ayuda de la fuerza pública.

Las medidas adoptadas respecto del Poder Judicial no han dado ningún resultado hasta la fecha. Reconozco que los males que padece el Poder Judicial no datan de 1990 ni tampoco de este siglo. Hay que recordar lo que decía hace más de cien años Manuel González Prada respecto de los jueces. Las medidas que se sugieren no son las correctivas, ni tampoco las que reclama la administración de justicia; es así como se está dictando una serie de disposiciones internas en el Poder Judicial que, en vez de accionar la administración de justicia, la detiene, la hace morosa.

Se ha dispuesto en varias oportunidades que los procesos judiciales pasen de un juzgado a otro, ocasionando con ello que los justiciables —vale decir, los litigantes— tengan dificultades para saber ante qué juzgados se están ventilando sus procesos.

En consecuencia, no debe prolongarse más tiempo el proceso de reforma del Poder Judicial, porque no están conduciendo a buen destino ninguna de las normas dictadas a fin de darle una



428

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nueva organización. Los esfuerzos que se han hecho probablemente han sido bien intencionados, pero los resultados no son los adecuados, no son los que espera el país.

Por lo tanto, no creo que esta situación se arregle mediante nuevas "leyes parche", como las que propone la Comisión de Justicia en mayoría frente a la resolución que adoptó hace poco tiempo el Tribunal Constitucional que decidió dejar sin efecto algunas leyes intervencionistas del Poder Judicial.

Creo que debemos actuar con más realismo y con la decisión que corresponde a quienes tenemos la atribución de legislar, derogando las Leyes Núms. 26546 y 26623, declarando en consecuencia que recobra vigencia plena la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ésta es la forma de solucionar el problema que lamentablemente confronta ahora el Poder Judicial en todas sus instancias, aunque nosotros no podamos lanzar la primera piedra, por cuanto tenemos tejado de vidrio.

Ahora bien, hace año y medio está pendiente de aprobación el Código Procesal Penal, el cual tiene por objeto acelerar la administración de justicia en dicha área. Por decreto legislativo del año 1991, este código no entró en plena vigencia, y posteriores disposiciones legales la siguieron prorrogando. Como consecuencia de ello, existe en la Comisión de Justicia un nuevo proyecto del Código Procesal Penal, el que sólo requiere de algunos retoques que han sido propuestos a la comisión en su debida oportunidad. En consecuencia, el Pleno del Congreso debe aprobar ese Código Procesal Penal, el mismo que dispone que la investigación esté a cargo del Ministerio Público y el juzgamiento, en manos del Poder Judicial. Éste es el tema de fondo.

Creo por ello necesario que simplemente se deroguen las Leyes Núms. 26546 y 26623, poniendo en vigencia la Ley Orgánica del Poder Judicial; así como también, antes que se clausure esta Legislatura Ordinaria —la segunda del período— se pueda aprobar el Código Procesal Penal.

Asimismo, el proyecto de dictamen en minoría del cual soy autor propone en su artículo 2° —de conformidad con el artículo 173° de la Constitución— que "sólo los miembros en actividad de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, están sometidos al Fuero Privativo Militar y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste 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.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar".

En gran medida repite lo que señala el artículo 173° de la Constitución, agregando únicamente la palabra "sólo"; esto para evitar distorsiones como aquellas que el Perú está ahora lamentablemente debatiendo, en el sentido que a un general en situación de retiro se le aplique normas del Código de Justicia Militar. Anteriormente, otros generales también fueron objeto de juzgamientos en el Fuero Privativo Militar a pesar que no eran miembros en actividad de las Fuerzas Armadas.

Esta norma es concordante con el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 752, promulgado por el actual Presidente de la República, que literalmente dice lo siguiente: "Al pasar un oficial a la situación de retiro ejercerá sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política del Perú sin limitación alguna". En consecuencia, no se pueden aplicar al General Robles Espinoza las normas de un Código de Justicia Militar que han quedado derogadas por esta disposición. Quiero dejar constancia que se ha procedido en forma arbitraria en el Fuero Privativo Militar; en consecuencia, se hace necesario que de inmediato el Congreso de la República derogue en forma expresa las normas de dicho Código de Justicia Militar que están causando perjuicio no sólo a las personas procesadas y a sus familiares, sino también a la imagen del Perú en el exterior. Éste es el contenido del dictamen en minoría del cual soy autor como miembro de la Comisión de Justicia.



428

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Reiteramos que el artículo 1° del dictamen pone en vigencia la Ley Orgánica del Poder Judicial, derogando las normas de excepción dictadas por este Parlamento, las mismas que no han dado ningún resultado positivo.

El artículo 2° señala que la Constitución rige plenamente; en consecuencia, nadie que no sea militar en actividad puede ser procesado en el Fuero Privativo Militar.

Eso es todo.

En otro momento del debate, cuando se trató de plantear un texto sustitutorio al propuesto por la Comisión informante, sostuvo el Congresista señor Torres Lara que mi planteamiento importaba una reforma constitucional, por cuya razón tuve que hacer la precisión conforme a la cual

No he planteado la modificación o interpretación de la Constitución; considero que el Congreso no tiene facultades para interpretar las normas constitucionales, pero sí puede interpretar las leyes. Lo que sí señala la Constitución es que se puede hacer cualquier regulación legal, y ésta se está haciendo ahora —por lo menos en lo que se refiere a mi dictamen— para los efectos de que no hayan distorsiones. El señor congresista Torres y Torres Lara no sólo debe fijarse en lo que dice el artículo 173°, también debe considerar otras normas que tiene la Constitución respecto a quienes están impedidos de ejercer sus funciones como ciudadanos de la República.

Tenemos el caso, por ejemplo, del artículo 33° que dice:

"El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

1. Por resolución judicial de interdicción.
2. Por sentencia con pena privativa de la libertad.
3. Por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos."

El artículo siguiente señala: "Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad no pueden elegir ni ser elegidos...". Vale decir, los que no están en actividad pueden elegir y ser elegidos, y para ser elegido —lo sabe perfectamente el doctor Torres y Torres Lara— hay que hacer campaña electoral, formular planteamientos, presentar programas; aunque a veces algunos candidatos afirmen que no podrán exponer sus programas porque están intoxicados por comer bacalao.

En una interrupción que me concedió el Congresista señor Róger Cáceres Velásquez, dije, sorprendido, que:

Hemos escuchado una novísima teoría de derecho político del doctor Carlos Torres y Torres Lara, al sostener la tesis que todas las disposiciones legales dictadas antes de la vigencia de la actual Constitución están derogadas; esa inédita teoría política no es correcta, porque mantienen vigencia todas las disposiciones que no están —naturalmente— en contra de la actual Constitución.

Una de esas normas que no están en contra de la Constitución es precisamente el Decreto Legislativo N° 752, y se la voy a repasar muy sencillamente. El artículo que se refiere a las Fuerzas Armadas y que ha motivado esta disquisición es exactamente el mismo que está contenido en la parte pertinente de la Constitución de 1979, el cual señala lo siguiente:



429

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"Artículo 282º.— Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235º."

De manera que el concepto que contiene la Constitución del año 1993 es exactamente el mismo que contiene la Constitución del año 1979. Por lo tanto, el Decreto Legislativo N° 752, dictado bajo el imperio de la anterior Constitución, no ha sido derogado por la norma de la actual Constitución de 1993.

En la Vigésimo Segunda Sesión del Congreso, el 5 de diciembre de 1996, se debatieron otros aspectos vinculados al fuero privativo militar y al procesamiento del General de División Rodolfo Robles Espinoza, bajo la dirección de un confundido Presidente del Poder Legislativo, por cuyo motivo expresé:

Señor Presidente: No sólo parece que usted está desconcentrado, sino que antes estuvo desconcertado.

El proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo busca dar solución política a una situación irregular derivada del proceso abierto en forma arbitraria en el Fuero Privativo Militar contra el general en situación de retiro Rodolfo Robles Espinoza. Yo estoy de acuerdo en que se busque tal solución a este problema que ha motivado la preocupación de todo el país.

En el debate nacional este asunto ocupa las primeras páginas de los medios de comunicación impresos, y no hay radioemisora o canal de televisión que no trate del mismo, con la importancia que él tiene.

Debo expresar que el proceso ha sido indebidamente abierto en el Fuero Privativo Militar. ¿Qué se imputa al general Robles Espinoza? ¿Haber ultrajado a las Fuerzas Armadas?, ¿haber insultado al superior?, ¿haber desobedecido al superior?, ¿haber incurrido en lo que se llama falsedad genérica? Realmente, ninguno de tales hechos ha sido cometido por el general Robles Espinoza; pero, en el supuesto de que hubiera cometido delitos, éstos deben estar tipificados en el Código Penal y tendría que ser objeto de un proceso ante el Poder Judicial, porque así lo dispone el inciso 4 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, cuyo texto es terminante, cuando dice:

"Artículo 2º.— Toda persona tiene derecho: 4) A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación".

Si el general Robles Espinoza hubiera cometido delito en las entrevistas que concedió a distintos medios de comunicación, ese delito tendría que estar necesariamente tipificado en el Código Penal y solamente podría ser objeto de un proceso ante el Poder Judicial, ante el juez competente. No se puede argüir en contrario que existen normas en el Código de Justicia Militar, que data desde el régimen militar, cuando en teoría estaba vigente la Constitución de 1993. En el caso del general Robles Espinoza se ha cometido un abuso de poder que la Constitución no puede amparar.

Pueden haber situaciones personales que hayan motivado la denuncia ante el Fuero Privativo Militar contra el general Robles Espinoza, pero este Fuero no debió abrir proceso, y menos aún disponer, en la forma que lo hizo, la detención de este militar en retiro, con el trato humillante y vejatorio, que está igualmente prohibido por la Constitución y por tratados internacionales de los cuales es signatario el Perú.

430

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estos hechos han derivado en una polarización de la opinión pública. Estoy convencido que el propio Presidente Fujimori se ha visto acorralado frente a la actitud de los medios de comunicación y de las expresiones de la opinión pública, y por eso es que expresó públicamente que habían actos irregulares y de exceso en la detención de Robles Espinoza, como también dijo que tenía que buscar una solución a este problema e inicialmente manifestó la posibilidad de indultar al general Robles Espinoza en el supuesto de que fuera condenado.

Esta expresión del ingeniero Fujimori no fue feliz, porque estaba admitiendo la procedencia del enjuiciamiento o procesamiento en el Fuero Privativo Militar, y además en el valor de una sentencia que pudiera ser expedido por juez incompetente. Más apropiada ha sido la solución de enviar un proyecto de ley que concede el indulto; no obstante, ese proyecto de ley no está debidamente redactado, porque se hace referencia a la comisión de hechos punibles; habría sido suficiente que se dijera que el general Robles Espinoza estaba procesado por los delitos que se le atribuyen en forma incorrecta ante el Fuero Privativo Militar. Sin embargo, el proyecto debe ser aprobado, si es posible con la corrección gramatical correspondiente, eliminándose la frase "hechos punibles", que está sobrando, porque si hay referencia a delitos, los delitos son hechos punibles.

Pero no solamente se debe considerar los efectos de la situación que está confrontando el país, sino la causa de esa confrontación, que es la mala aplicación del Código de Justicia Militar, toda vez que esta norma tiene muchos años de vigencia, como dije antes, data del régimen militar.

Paralelamente a ello, debo señalar que el hecho de que se indulte al general Robles Espinoza no excluye la posibilidad de que la justicia militar le aplique las normas del artículo 58° del Código de Justicia Militar, en cuya virtud se establece que el indulto o amnistía no excluyen el pago de la reparación civil. En ese sentido, es indispensable que haya una norma expresa —como lo propone el dictamen en minoría del cual soy autor, y la opinión es compartida por otros miembros de la Comisión de Justicia— en el texto del proyecto que indique que no procede el pago de reparación civil en los casos a que se refiere esta ley.

Hay que prevenir situaciones semejantes para que el Congreso no esté dictando normas en cuanto casos similares al del general Robles Espinoza se puedan producir en los próximos meses. Por eso, sugiero que se apruebe una norma en virtud de la cual se indique que los oficiales en situación militar de retiro ejercen plenamente sus derechos políticos, de conformidad con el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 752 y, en consecuencia, no estén sujetos al Código de Justicia Militar, salvo por delito de función cometidos en situación de actividad.

Finalmente, propongo que la ley rija desde el día de su publicación en el diario *El Peruano*, y no desde el día siguiente de su publicación, pues hay una detención injusta que debe terminar cuanto antes.

Ésas son las razones por las cuales estoy opinando parcialmente en forma distinta al dictamen en mayoría.

Hay también otro criterio en el sentido de que se incorpore al proyecto de Ley de Amnistía que estamos debatiendo los casos de otros oficiales que han sido sentenciados por hechos semejantes al que ha motivado la iniciativa del Poder Ejecutivo. Dentro de mi criterio de buscar la paz social, me parece que es conveniente que también los oficiales sentenciados puedan ser amnistiados, hecho que permitiría que la memoria de un distinguido militar, como fue el general Luis Cisneros Vizquerra, pueda ser reivindicada. Creo que en esto debemos ser amplios de criterio para que la paz retorne al país, por lo menos en los aspectos que ahora está tratando el Congreso de la República.

Los procesos seguidos en el fuero privativo militar contra los generales de división, en situación de retiro, Luis Cisneros Vizquerra, Alberto Arciniega, Germán Parra Herrera, Walter Ledesma Rebaza, Mauricio Augusto y Rodolfo Robles Espinoza, entre otros, fueron notoriamente inconstitucionales. Se pretendió sancionarlos por las opiniones que expresaron a través de los medios de comunicación social. Si tales declaraciones hubiesen sido difamatorias, sólo podían ser procesados en el fuero común, es decir en el



431

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Poder Judicial, pues el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley Fundamental dispone que

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Adicionalmente, debían ser juzgados, al igual que todos los ciudadanos, con juicios públicos, puesto que el artículo 139° de la Constitución Política de 1993, establece que

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

La justicia privativa militar no tenía jurisdicción, ni competencia, para juzgar a los referidos militares en situación de retiro.

La justicia, la libertad de prensa y la declaración de ex mandos militares

Los militares y los policías, con total justicia, han alcanzado el derecho constitucional para ejercer el sufragio. No debe, ni puede, haber privilegios. En el editorial del 21 de octubre de 2006, el diario *El Comercio*, de Lima, expresó que:

A raíz de las graves denuncias sobre irregulares adquisiciones, de las que deben responder altos mandos militares, debemos enfatizar la necesidad de un trato justo en los procesos de investigación, sin menoscabo de ningún tipo pero también sin concesión de privilegios absurdos. Uno de los logros de la redemocratización, tras la cooptación militar que promovió delictivamente el régimen fujimontesinista, fue la mejora de las relaciones cívico-militares. Si por un lado se juzgó y encarceló a generales y altos oficiales, lo que es un hecho histórico, del otro se tendieron puentes saludables para mejorar el prestigio de los institutos militares e integrarlos a la sociedad.

Y, como lo demuestra simbólicamente la aprobación del voto a los militares, los uniformados no son ciudadanos de segunda clase (...) Mas tampoco de primera: son ciudadanos con una vocación y un objetivo particular, pero con los mismos derechos y deberes que atañen a todos los peruanos.

En relación a los hechos que motivaron el editorial de *El Comercio* y los comentarios de varios otros medios de comunicación, haciendo gala de fina ironía fue publicado el 26 de octubre de 2006 (aunque habría sido preferible el 27, para conmemorar el golpe de Estado de 1948), el siguiente

PRONUNCIAMIENTO DE LOS SEÑORES EX COMANDANTES GENERALES DEL EJÉRCITO



432

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los Señores Generales Ex Comandantes Generales del Ejército, ante las versiones difundidas por algunos medios de comunicación, referidas a supuestos hechos dolosos que habrían sido cometidos por algunos de los integrantes de la Institución, los mismos que están siendo investigados por los organismos competentes, nos dirigimos a la opinión pública, con el respeto que se merecen nuestros compatriotas, para hacer presente que el Ejército desde siempre esta empeñado en el cumplimiento de su misión constitucional; y que tales informaciones distorsionadas afectan injustamente su bien ganado prestigio a través de la historia.

El Señor Comandante General del Ejército, en ejercicio actual de su comando ha hecho frente a la situación creada, aplicando dentro del ámbito que le concierne las disposiciones legales y reglamentarias vigentes y ha puesto en acción a los organismos correspondientes, adoptando las medidas necesarias.

En nuestra condición de Ex Comandantes Generales, respaldamos su acción en el entendido que ella busca mantener el prestigio, la cohesión institucional y la disciplina.

Lima 25 de octubre de 2006

GRAL DIV EDGARDO MERCADO JARRÍN
GRAL DIV FRANCISCO MORALES BERMUDEZ CERRUTI
GRAL DIV PEDRO RITCHER PRADA
GRAL DIV OTTO ELESURU REVOREDO
GRAL DIV CARLOS BRICEÑO ZEVALLOS
GRAL DIV JULIAN JULIA FREYRE
GRAL DIV FRANCISCO MAURY LOPEZ
GRAL DIV GERMAN RUIZ FIGUEROA
GRAL DIV GUILLERMO MONZON ARRUNATEGUI
GRAL DIV ARTEMIO PALOMINO TOLEDO
GRAL DIV JORGE ZEGARRA DELGADO
GRAL DIV PEDRO VILLANUEVA VALDIVIA
GRAL DIV CARLOS TAFUR GANOZA
GRAL DIV JOSE CACHO VARGAS
GRAL DIV VICTOR BUSTAMANTE REATEGUI
GRAL DIV JOSE A. GRAHAM AYLLON
GRAL DIV LUIS A. MUÑOZ DIAZ

El Congreso y la reforma constitucional

El Congreso de la República ha reiniciado el debate de la reforma constitucional. Aún no ha determinado si la misma es parcial o total. Respecto del tema el Tribunal Constitucional ha fijado su criterio, en dos sentencias. Para preservar la vigencia permanente del orden constitucional y del sistema democrático y social de derecho sería indispensable, entre otras, la incorporación a la Ley Fundamental de una norma semejante a la del artículo 142° de la Constitución de 1933, según la cual

No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformativa o derogatoria, y los que la apoyen, directa o indirectamente, cesarán, de hecho, en el ejercicio de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública.

La enseñanza de la historia debe ser, asimismo, aprovechada en la reforma constitucional en ciernes. La Carta debe tener una disposición que establezca la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

imprescriptibilidad de los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional y que la pena privativa de libertad para tales delitos sea la máxima prevista en el Código Penal; sin perjuicio de la incautación de los bienes de los autores y partícipes de aquellos ilícitos penales y de la pérdida de las pensiones, honores y grados que pudieran corresponderles.

Es obvio que para el juzgamiento de dichos delitos sólo puede ser competente el Poder Judicial, pero es algo que también debe determinarlo la Constitución.

Las leyes se dictan según la naturaleza de las cosas y no por razón de la diferencia de las personas

Los fundamentos de la sentencia del TC –de la que este voto es parte integrante– son claros y precisos. La igualdad ante la ley proscribe las discriminaciones, cualquiera que sean sus modalidades. En el Perú, las discriminaciones han sido la regla. Casi estamos habituados a ellas. Empero, sólo puede habilitarse la jurisdicción privativa militar para efectos de sancionar los delitos de función, como lo establecen los artículos 139º-1 y 173º de la Constitución Política del Perú.

No se puede admitir las declaraciones del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar en las que insinúa que el Congreso de la República y otros órganos del Estado actúan motivados por las ONGs (organismos no gubernamentales), las que han sido hechas públicas en un diario de Lima el 26 de noviembre de 2006. Más importante sería que se explicara las razones constitucionales, legales, reglamentarias y morales por las cuales, en vísperas de la segunda vuelta de las fraguadas elecciones del año 2000, se reunieron los altos mandos militares con el asesor presidencial y jefe real del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos, conforme aparece en las páginas 3427 a 3465 del tomo 6 de la obra impresa por el Fondo Editorial del Congreso de la República, denominada “En la Sala de la Corrupción”, así como de las demás reuniones, también publicadas en ese volumen, de los oficiales de la Policía Nacional, y de otros mandos de las Fuerzas Armadas.

Felizmente, el Ministro de Defensa ha llamado la atención del referido oficial declarante, precisando que no deben interferir la labor del Congreso personas distintas a las que, según la Constitución, tienen iniciativa legislativa.

La reunión de camaradería del Consejo Supremo de Justicia Militar con el aludido asesor presidencial, el 20 de setiembre de 1997, se supone que sólo fue un acto de cortesía, sin contenido político, pero que era inapropiado dadas las circunstancias en que actuaba ese funcionario rector de la política corrupta del pasado régimen.

Al Perú le interesa que la justicia se imparta con prescindencia de factores coyunturales, sean políticos o económicos.



434

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

según previene el artículo 103° de la propia Constitución. La justicia, igualmente, debe tener esa orientación, y no otra.

Adicionalmente, no puede soslayarse, tampoco, que la ley —en este caso la Ley Fundamental— que establece excepciones o restringe derechos, no se aplica por analogía, según enseña el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

La última reflexión: cuando los gobiernos autoritarios asumieron el ejercicio absoluto del poder, ¿tenía importancia que los procesos contra los adversarios políticos se tramitaran en la vía ordinaria o en la vía ~~privativa~~?

Sr.

ALVA ORLANDINI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0012-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Si bien comparto los fundamentos jurídicos y la decisión adoptada por el Pleno del Tribunal Constitucional, estimo que la sentencia pudo ser complementada y reforzada con un pronunciamiento más explícito sobre el papel que le corresponde a las Fuerzas Armadas y Policiales en un Estado constitucional y democrático.

Desarrollo normativo de la justicia militar en el Perú (recuento histórico)

En el Perú, la primera Constitución que reguló expresamente la justicia militar fue la de **1843**, que en su artículo 110º señaló:

“Habrá un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo tribunales especiales para el comercio y la minería. La ley determinará los lugares donde deben establecerse estos tribunales especiales, el número de sus Vocales, y sus respectivas atribuciones”.

Esta sería en el siglo XIX la única mención a la justicia militar en un texto constitucional. Recién la primera carta fundamental del siglo XX hará referencia expresa una vez más a la justicia castrense. El artículo 156º de la Constitución de **1920**, establecía, luego de su modificación a través de la ley N° 5862 de fecha 22 de setiembre de 1927:

“La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional”.

Sobre esta base constitucional, el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 circunscribió la justicia castrense a los militares por los delitos que estuviesen comprendidos en la respectiva ley de la materia. Se trataba de una delimitación basada en un criterio formal. Bastaba la tipificación de una conducta en la ley de penalización de las conductas militares para que estos injustos cayeran en marco de la justicia militar.

La Constitución de **1933** en su artículo 229º disponía:

“La ley determinará la organización y las atribuciones de los tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas”.

Al amparo de tan flexible texto constitucional, el Código de Procedimientos Penales de 1940 estableció como criterio para delimitar la competencia de la justicia castrense el fuero personal. No tomó en cuenta que los tribunales y juzgados especiales debían conformarse teniendo en consideración “la naturaleza de las cosas”.



436

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1979 delimitó el ámbito de acción de la justicia militar con mayor precisión y señaló algunas excepciones aplicables al juzgamiento de civiles. Su artículo 282° dispuso:

“los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235°. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

La Constitución de 1993 reprodujo un texto bastante similar, pero amplió las excepciones aplicables al juzgamiento de los civiles a los delitos de traición a la patria y terrorismo.

2. Es esta tradición histórica la que explica en gran parte las inconsecuencias constitucionales de la legislación militar. Desde fines del siglo XIX hasta la actualidad, el Perú ha tenido seis Códigos de Justicia Militar: i) el 20 de diciembre de 1898 Nicolás de Piérola promulga el primero; ii) mediante Ley N° 8991 de fecha 16 de octubre de 1939 se aprueba el segundo Código de Justicia Militar; iii) por Decreto Ley N° 11380 publicado el 7 de junio de 1950 se dicta el tercer código; iv) el cuarto en la lista fue aprobado por Decreto Ley N° 14613 del 25 de julio de 1963; v) el 24 de julio de 1980 mediante Decreto Ley N° 23214 se promulga el quinto y penúltimo Código de Justicia Militar; y, vi) finalmente por Decreto Legislativo N° 961 de fecha 11 de enero de 2006 se publica el sexto y actual código que es objeto de impugnación en el presente proceso.

3. En todos estos cuerpos normativos, la competencia de la jurisdicción militar se determinaba a partir de tres criterios objetivos: por razón del *delito*, por razón del *lugar* y por razón del *Estado de guerra*, con excepción del Código de 1898 que no tomó en consideración este último criterio. Sin embargo, esta manera de fijar la competencia es obsoleta porque a la altura de nuestro tiempo colisiona con los postulados de la Constitución y las tendencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por mandato constitucional, la competencia de esta rama jurisdiccional se fija a través del criterio del *bien jurídico protegido*. En otras palabras, el delito de función, que es la única puerta de acceso a la competencia militar, habrá de ser siempre la lesión de un bien jurídico de naturaleza castrense o policial.

4. Una cultura jurídica basada en antiguas tradiciones doctrinarias impide el avance de las nuevas tendencias acordes con la Constitución. En un orden iluminado por el faro de los derechos humanos no es posible encuadrar ciertas conductas como delitos de función. La vida, la libertad, la integridad física no pueden ser bienes jurídicos militares. La incorporación en el Código de Justicia Militar de los graves crímenes que denosta el Derecho Internacional Humanitario es el ejemplo más ilustrativo de este aserto, al igual que los crímenes de lesa humanidad. En efecto, como ha dicho la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-358 de 1997:



437

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. Un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria. Existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio”.

También es inconstitucional, en consecuencia, darle competencia al fuero castrense para juzgar delitos que se producen en estado de conflicto armado. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional no exonera al Estado de observar sus obligaciones, de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana a todas las personas bajo su jurisdicción, así como tampoco suspende su vigencia” [Caso *Hermanas Serrano Cruz*, Excepciones Preliminares, párrafo 118; en igual sentido, Caso *Bámaca Velásquez*, párrafos 143, 174 y 207].

5. No obstante, el Código de Justicia Militar que es objeto de enjuiciamiento reproduce la vieja cultura que valora la vida militar desde la lente opaca y envejecida del deber, la disciplina, la estructura jerarquizada, bienes valiosos por cierto, pero que no pueden estar por encima de un orden que tiene su fundamento en la defensa de la persona, de su dignidad y sus derechos más preciados.

En ese sentido, este magistrado comparte las reflexiones de la Defensoría del Pueblo, a propósito de su análisis de la evolución histórica de la legislación militar en el Perú:

“... la Justicia Militar adolece de un grave problema de pre constitucionalidad sustantiva, dado que su configuración esencial se remonta a 1898. Es decir, el modelo vigente, a pesar de las modificaciones verificadas desde dicho año, responde a criterios valorativos y por ende político criminales y dogmáticos propios del siglo antepasado, que se han mantenido presentes a través de la legislación penal militar hasta nuestros días. De este modo la justicia castrense peruana se ha mantenido al margen de la racionalización experimentada por el derecho penal a lo largo de todo el siglo pasado a través de los desarrollos de la dogmática penal y la teoría del delito, [sic] así como del positivo impacto del



438

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucionalismo, los derechos fundamentales y el derecho internacional de los derechos humanos”¹.

El “delito de función” y la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 0017-2003-AI/TC, caso Defensoría del Pueblo

6. El 24 de agosto de 2004 este Colegiado publicó en el Diario Oficial El Peruano su sentencia recaída en el Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, declarando inconstitucionales diversos criterios que tradicionalmente se venían usando para definir el contenido del delito de función y delimitar el ámbito competencial de la jurisdicción militar. Así, se señalaban entre otros:

- a) La competencia *formal* o de *mera tipificación*: según este criterio sólo es necesario que una acción antijurídica esté tipificada como delito de función en el Código de Justicia Militar u otra ley especial para que se le considere como tal.

Al respecto, debe considerarse que en el texto normativo al que venimos haciendo alusión existen una serie de figuras que no están vinculadas con el desempeño de la función militar, más aún que pueden ser cometidas por cualquier persona, por lo que si se aplicaría este criterio se estaría atentando contra el artículo 173º de la Constitución.

- b) La competencia del *fuerro personal*: de acuerdo a este criterio el delito de función se configura porque el sujeto activo, pasivo o víctima del delito ostenta la condición de militar o policía. Pero la simple condición de militar o policía no significa la pertenencia a un estamento privilegiado. En efecto, el simple hecho de pertenecer a un instituto armado no convierte sus acciones dolosas en actos de servicio. Tales hechos delictivos continúan siendo tales, es decir, voluntad y deseo de reproducir en la realidad un resultado antijurídico desvinculado del servicio público de la defensa nacional, la integridad del territorio y del orden interno. Su juzgamiento por el fuero militar en tal hipótesis supondría una violación del principio de igualdad.

De otro lado, la justicia militar no se aplica a los militares en situación de retiro. En el caso Cesti Hurtado, la Corte Interamericana señaló:

“151. En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de la justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares. En

¹ Defensoría del Pueblo (2003) “¿Quién juzga qué? Justicia Militar Vs. Justicia Ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Informe Defensorial N° 66*, abril 2003, p. 70.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

consecuencia, el juicio al cual fue sometido al señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención”².

Tampoco es competente para juzgar a civiles que carecen de funciones militares:

“128. (...) 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. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”³.

Sobre este punto, la Defensoría del Pueblo ha señalado que “la Constitución radica la regla de la competencia material de la justicia castrense en el denominado *delito de función* y no en la condición personal del agente o el sujeto pasivo del delito. En ese sentido, la cualificación del agente sólo adquiere relevancia penal para la justicia castrense, en tanto la conducta del mismo esté vinculada con la comisión de un delito de función, careciendo de importancia en todos los demás supuestos. Este último es el caso de los militares retirados y el personal civil que labora en las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, dado que no ejercen función militar. En ese sentido, para determinar la competencia de la justicia castrense no basta con comprobar la calidad de militar en actividad del sujeto activo del delito”⁴.

Este Colegiado a su turno refirió que “la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía.

La justicia castrense no constituye un “fuero personal” conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un “fuero privativo” centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Cesti Hurtado*, sentencia de fecha 29 de setiembre de 1999, Serie C.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petrucci y otros*, sentencia de fecha 30 de mayo de 1999, Serie C. En el mismo sentido la CIDH se pronuncia en los casos *Cesti Hurtado*, *Durand y Ugarte*, *Cantoral Benavides*.

⁴ Defensoría del Pueblo (2003) “¿Quién juzga qué? ..., Ob. Cit., p. 44.



440

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asimismo, constitucionalmente tampoco es lícito que se determine tal competencia a partir de la sola referencia al sujeto pasivo que resulta afectado por la conducta ilícita del sujeto activo, es decir, que el agraviado sea un militar, policía o la propia institución” [Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, caso Defensoría del Pueblo, F.J. 129].

- c) La competencia del *lugar de comisión del delito*: en virtud de este criterio se define el delito de función en razón al lugar donde se produjo el hecho delictivo, por ejemplo una zona bajo el control de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

Considerar este criterio determinante para establecer el contenido del delito de función nos alejaría de la norma regulada en el artículo 173º de nuestra Constitución, toda vez que al configurarse como una circunstancia externa no contribuye a revestir de especificidad alguna a la naturaleza jurídica de cualquier ilícito penal, mucho menos al penal militar.

- d) La competencia de *ocasionalidad y causalidad*: según estos dos criterios resulta suficiente que el delito sea perpetrado con ocasión o a causa del ejercicio de funciones militares o policiales para encontrarse frente de un delito de función.

Sin embargo, no todo lo que tiene manifestación en el mundo de los hechos y que es consecuencia material del servicio o con ocasión de su cumplimiento, tiene necesariamente que caer en el ámbito de la justicia castrense. La conducta que es objeto de reproche tiene que estar estrechamente vinculada con la función militar o policial. Como ha puesto de relieve la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-358 de 1997, “El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”.

7. Este intérprete de la Constitución ya advirtió que “la primera parte del artículo 173º de la Constitución delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de la jurisdicción militar, al establecer que, en su seno, sólo han de ventilarse los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”. Por ello, concluye que la Constitución proscribe cualquiera de los criterios mencionados en el fundamento precedente para la determinación del ámbito competencial de la jurisdicción militar. Una afirmación de esta índole es reiterativa de lo consagrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Lori Berenson Mejía*, párrafo 141; *Diecinueve Comerciantes*, párrafo 165 y *Durand y Ugarte*, párrafo 117: que la aplicación de la jurisdicción militar “se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”.

8. En consecuencia, debe recordarse la definición de delito de función que estableciera el propio Tribunal:



441

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“... aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales” [Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, caso Defensoría del Pueblo, F.J. 132].

Asimismo, insiste el Tribunal que

“Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico ‘privativo’ de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad”.

9. En ese sentido, sólo puede definirse el delito de función a partir del criterio referido al *bien jurídico* protegido o afectado; ya que, finalmente este criterio –de naturaleza material por cierto–, está vinculado con los intereses o bienes que constituyen el objeto de protección de la norma penal militar.

10. Desde esta perspectiva, aún cuando la Constitución refiere que los militares son juzgados por los delitos de función tipificados en el Código de Justicia Militar, un cuerpo legal de esta naturaleza parece que no tiene cabida, pues la tipificación de esta clase de delitos bien podría formar parte de un libro más del Código Penal, ya que la función punitiva del Estado es una sola y el derecho penal militar y policial no se insufla de valores y principios situados en la antípoda del derecho penal ordinario.

Las Fuerzas Armadas y Policiales tienen como finalidad la salvaguarda de los derechos fundamentales

11. La visión de la justicia militar desde la obsoleta dogmática pre constitucional encontró asidero en un mundo bipolar en el que predominó la llamada doctrina de la *seguridad nacional*. Durante la etapa de la Guerra Fría el papel de las fuerzas armadas y policiales se basaba en el uso de la fuerza como única fórmula idónea para preservar la paz y el orden en las relaciones internacionales.

Como ha dicho Borda “la doctrina de la Seguridad Nacional desligó los extremos que definen la esencia misma de la democracia, al pretender una supuesta preservación del “orden” a través de la amenaza y el uso arbitrario de la fuerza en contra de los más elementales derechos de la persona (...) De esa manera, la garantía de la seguridad del Estado dependió de la inseguridad de sus habitantes, en una extrapolación de los modelos de seguridad que imperaban para entonces en las relaciones internacionales, basados en el temor como factor de disuasión”⁵.

⁵ Borda Medina, Ernesto (1998) “Un nuevo concepto de seguridad ciudadana para una América Latina en trance de renovación”. En: *Desafíos de la Democracia en la Región Andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1998, p. 219.



442

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La fuerza se representaba en el imaginario ideológico como el único medio de contener las amenazas externas o internas a la integridad y soberanía de los Estados. Pero nada más alejado de los fines que habían inspirado la Carta de fundación de las Naciones Unidas⁶: el derecho de los pueblos a alcanzar el desarrollo, a vivir en paz y a proscribir la violencia.

Tras la caída del Muro una nueva doctrina se ha abierto paso y frente a ella no pueden permanecer impávidos los Estados que quieren vivir en un régimen democrático de respeto a los derechos humanos. Esta nueva doctrina implica el imperativo categórico de redefinir las relaciones entre poder militar y poder civil, subordinando el primero al segundo y, por sobre todo, el encuadramiento de los cuerpos armados a la Constitución. No cabe duda que el proceso no es lineal, tiene avances y retrocesos y los resultados por lo demás pueden ser divergentes. Vivimos aun en un mundo de perplejidades.

Pero avanzar en la concretización de los derechos humanos importa reforzar lo democrático. Y ello significa consolidar el nuevo enfoque acerca del papel que le corresponde jugar a los institutos armados y policiales. En la hora presente es menester incorporar en la conciencia y el ideario de militares y policías la nueva doctrina de la *seguridad democrática*. En tal sentido, la seguridad del Estado es la de sus habitantes y esto implica la eliminación de los riesgos o amenazas físicas, así como también la existencia de garantías mínimas para el desarrollo de una vida digna. No hay existencia estatal ni integridad territorial sin ciudadanos en pleno disfrute de sus derechos fundamentales. Así pues, resulta imprescindible la subordinación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al poder constitucional. Es decir, la supremacía del poder democrático y civil sobre la función militar y policial.

12. En consecuencia, la razón de ser de los cuerpos armados no consiste sólo en garantizar la defensa nacional, la integridad del territorio y el orden público. Más bien su labor adquiere sentido cuando la garantía de estos bienes constitucionalmente valiosos están al servicio de los derechos fundamentales.

⁶ **“Artículo 1.- Los Propósitos de las Naciones Unidas son:**

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y
4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes”.



443

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13. Así se explica por qué los delitos de función constituyen la única llave que abre la puerta de la jurisdicción castrense. Es una contradicción en sus propios términos una justicia militar competente para juzgar delitos que atentan contra los derechos fundamentales de la persona, porque no es posible la existencia de fuerzas armadas y policiales actuando como jueces y parte en el procesamiento de crímenes de lesa humanidad o juzgando delitos comunes. ¿Cómo defiende la democracia y los derechos humanos si parto de la premisa que el uso de la fuerza pública es la última *ratio* para preservar el orden? Sólo con institutos castrenses y policiales formados en el catálogo pétreo de los derechos humanos.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

Luis Mesía

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (e)