

ANÁLISIS DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA N° 18-2004. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU*

Resumen:

El presente artículo analiza e interpreta la Contienda de Competencia recaída en el Expediente N° 18-2004, explicando sus extremos con carácter normativo, referido a los alcances de la jurisdicción militar y la noción de delito de función de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

Palabras Clave: Contienda de competencia - Convención Americana sobre Derechos Humanos - Jurisdicción Militar.

Abstract:

The present article analyzes and interprets the Litigation of Competition relapse in the N° 18-2004 File, explaining its ends with normative character, referred to the reaches of the military jurisdiction and the notion of function of the members of the Armed Forces and the National Police of Peru.

Key words: Litigation of Competition - American Convention of Human Rights - Military Court Jurisdiction.

Sumario:

1. Introducción. 2. Resumen del caso Indalecio Pomatanta Albarrán. 3. Extremos de la sentencia con efecto normativo según el Artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. 4. Análisis de la Contienda de Competencia N° 18-2004.- Interpretación y aplicación de la Ley conforme a la Constitución. 5. Análisis de la Contienda de Competencia N° 18-2004.- Interpretación y aplicación de la Ley conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 6. Otros aspectos importantes de la Contienda de Competencia. 7. Reflexión final.

* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, Ex miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial y profesora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica y San Martín de Porres. En la actualidad Magistrada del Órgano de Control de la Magistratura.

1. INTRODUCCIÓN

El 17 de noviembre de 2004, los señores Vocales de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, por unanimidad, emitieron una importante sentencia recaída en la Contienda de Competencia No. 18-2004¹, efectuando una interpretación restrictiva de los alcances de la jurisdicción militar y la noción del delito de función, tomando como parámetro la interpretación que sobre dichos temas ha efectuado el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los que otorga la calidad de “supremos intérpretes de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, respectivamente.

La citada contienda además, fue emitida bajo los alcances del artículo 301- A del Código de Procedimientos Penales,² disposición que considero es de singular importancia en aras de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y predecibilidad jurídica, pues otorga a las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema (en adelante Sala Penal Suprema) efectos normativos cuando así lo expresen las mismas. Conforme a esta disposición, cuando el máximo órgano jurisdiccional en materia penal resuelva apartarse de su sentencia con precedente vinculante, deberá expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustentan e indicar las razones por las cuales se aparta del precedente³.

El análisis que abordaré se encuentra en estrecha conexión con los efectos normativos que la Sala Penal Suprema establece en la contienda de competencia, manifestando mi total adhesión con lo resuelto, pues instaura un modo distinto de abordar la interpretación y aplicación de una norma penal procesal, que no sólo se rige por el Código de Procedimientos Penales, Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante Ley Orgánica) y textos legales afines, sino que el parámetro es el que siempre debe tener un Juez en un Estado social y democrático de Derecho: La Constitución, como la Norma primera del ordenamiento jurídico, que es la depositaria de los principios y derechos, y cuyos postulados deben ser los que informen todas las ramas del Derecho, en especial el Derecho penal, teniendo en cuenta los bienes jurídicos que tutela.

Interpretación que se enriquece cuando se acude a los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en especial a la doctrina

sentada por el órgano supranacional que interpreta sus postulados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. RESUMEN DEL CASO INDALECIO POMATANTA ALBARRÁN

Los hechos ocurrieron a las 05.30 horas del 2 de abril de 1995, en el Centro Poblado de San Alejandro, distrito de Irazola, provincia de Padre Abad, departamento de Ucayali, fecha en que una patrulla de la Marina de Guerra del Perú conformada por aproximadamente 15 miembros llegaron al domicilio de Indalecio Pomatanta Albarrán, encontrando a Juan Francisco Pomatanta y sus dos menores hijos. Éstos últimos, bajo violencia física fueron interrogados por el paradero de su hermano mayor, el citado Indalecio Pomatanta de apenas 17 años de edad, trasladándolos al otro lado de la carretera donde quedaron bajo custodia de dos efectivos, después de veinte minutos los militares se retiraron del domicilio y cuando retornaron Juan Francisco y sus dos hijos vieron que Indalecio se arrastraba con su cuerpo quemado.

Luego del acto cruel cometido en su contra, Indalecio Pomatanta mencionó que el teniente y otro oficial de La Marina, miembros de la Base Contra subversiva de San Alejandro, lo golpearon brutalmente para conocer la ubicación de unas armas, y al contestarles que desconocía le rosecaron gasolina y le prendieron fuego, falleciendo después de tres días en el Hospital Regional de Pucallpa.

El 15 de agosto de 2003, la Comisión de la Verdad y Reconciliación recomendó al Ministerio Público denunciar estos graves hechos, los que fueron imputados a: Jorge Luis Rabanal Calderón, Mario Peña Ramírez, José Spencer Guido Dávalos y Pedro Rodríguez Rivera. Los citados miembros de La Marina, fueron procesados paralelamente ante el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, por el delito de Lesiones graves seguidas de muerte, previsto en el artículo 121° del Código Penal; y ante la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar por el delito ya mencionado; y contra la Administración de Justicia, previstos en el citado artículo 121° inc. 3 del Código Penal y 322 inc. 2 del Código de Justicia Militar, respectivamente.

El 20 de julio de 2004, la Fiscalía Suprema en lo Penal propuso dirimir la competencia a favor de la jurisdicción común, al considerar que si bien los hechos se suscitaron con ocasión de un operativo militar, el hecho de que el militar esté en servicio no significa que todos los actos que realiza son de

servicio. Que en este caso, un civil resultó con quemaduras, por lo que se trata de un delito común y no de un delito de función, como lo establece el artículo 173° de la Constitución Política.

La Sala Penal Suprema dirimió la contienda de competencia a favor de la jurisdicción penal ordinaria, al considerar que según la imputación se atentó contra la integridad corporal de una persona en condiciones particularmente graves y reprochables; que los miembros de La Marina se aprovecharon del cargo que ostentaban; y que la zona había sido declarada en estado de emergencia.

En efecto, se tuvo en cuenta que en el caso no se dieron los tres factores que concurrentemente deben estar presentes para definir el delito de función: a) bien jurídico institucional; pues en este caso se afectaron dos derechos fundamentales, la integridad personal y la vida de una persona; y, b) las circunstancias externas del hecho, radicadas en la comisión del delito con ocasión del acto del servicio militar; pues los maltratos, las torturas y el prender fuego a una persona no tiene relación con una labor de patrullaje e intervención de presuntos agentes subversivos.

Concluyen que sólo se presentó la condición de militar en actividad de los sujetos activos del delito imputado.

3. EXTREMOS DE LA SENTENCIA CON EFECTO NORMATIVO SEGÚN EL ARTÍCULO 301-A DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

En la contienda de competencia, los Vocales de la Sala Penal Suprema, establecen los siguientes extremos con efecto normativo:

1. La interpretación vinculante por parte de los jueces de la jurisdicción penal ordinaria respecto del ámbito competencial objetivo-material de la jurisdicción militar, a partir de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en calidad de supremos intérpretes de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*FJ Tercero*).
2. A partir de la interpretación del Tribunal Constitucional recaída en la demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley No. 24150, tiene en cuenta las tres notas características en relación a los

elementos objetivos del delito de función: a) el objeto material, está constituido por las conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; b) el círculo de autores, queda delimitado al militar que realiza la conducta cuando se encuentre en situación de actividad; c) la acción típica debe perpetrarse en acto del servicio, son las denominadas “circunstancias externas del hecho” (*FJ Quinto*).

3. El desarrollo del concepto de delito de función desde el Derecho penal, a partir de las siguientes consideraciones: a) el delito de función, es una noción subjetivo-objetivo, en tanto protege un interés militar o policial del Estado ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) se trata de un delito de infracción del deber, derivado del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial. El sujeto activo sólo puede ser quien lesiona un deber especial, cuyo origen se encuentra en el Derecho administrativo, y que se muestra a través del tipo penal; c) 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) si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, en base al Código de Justicia Militar, 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, sujeto pasivo de la infracción penal (*FJ Sexto*).
4. La comisión de crímenes horrendos y los atentados graves a los derechos humanos, tal como han sido definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, nunca puede considerarse “acto de servicio” (*último extremo del FJ séptimo*).

4. ANÁLISIS DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA N° 18-2004: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

4.1. El antecedente del Caso La Cantuta

Según el artículo 34° de la Ley Orgánica, corresponde a las Salas Penales de la Corte Suprema el conocimiento de las contiendas y transferencia de

competencia conforme a ley, debiendo precisarse que el artículo 29° permite además la creación de Salas Especializadas Transitorias, por lo que eventualmente no siempre la Sala Penal Especializada Permanente será la que resuelva una contienda de competencia entre los tribunales militares y los jueces penales ordinarios.

La disposición contenida en el artículo 34° de la Ley Orgánica debe ser concordada con el artículo 28° del Código de Procedimientos Penales, que otorga competencia a la Corte Suprema si se entabla competencia entre Jueces penales de diverso Distrito Judicial o de competencias entabladas a la misma Sala Penal Superior. De este modo, en relación a las contiendas de competencia promovidas por los tribunales militares ante los tribunales de la jurisdicción penal ordinaria o viceversa, dirimen finalmente las Salas Penales de la Corte Suprema.

En esta tarea, las Salas Penales de la Corte Suprema han estado sometidas a constantes críticas por el modo en que venían resolviendo las contiendas de competencia promovidas entre los tribunales militares y los de la jurisdicción penal ordinaria, porque no obstante que los bienes jurídicos afectados por el sujeto activo del delito – militar o Policía Nacional en función- no tenían vinculación con los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la PNP, se resolvía a favor de los primeros, pese a tratarse de afectaciones a bienes jurídicos como la vida o la integridad personal, cuyo conocimiento es de competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria.

Y entiendo que esto ocurría y viene ocurriendo en otros temas, porque lamentablemente en el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria, la interpretación y aplicación de las normas penales – sustantivas, procesales o de ejecución- no tienen como parámetro de validez y de interpretación las disposiciones pertinentes de la Constitución Política y también las de los tratados internacionales de Derechos Humanos, que en algunos casos contienen normas más precisas acerca de los derechos de las personas sometidas a proceso penal; entre ellas los artículos 5°, 7°, 8° y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴, y artículos 7°, 9°, 10°, 14° y 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵.

Situación que se viene presentando, pese a que la Norma Fundamental otorga a los Jueces del Poder Judicial el control judicial de constitucionalidad

de las normas, en base a los principios de supremacía de la Constitución y jerarquía de las normas.⁶

Un claro ejemplo de estas críticas lo constituye el discutible fallo en mayoría emitido en la contienda de competencia en el caso conocido como La Cantuta⁷, en el cual tres de los Vocales Supremos se pronunciaron a favor del tribunal militar; y dos de ellos, los Magistrados Luis Felipe Almenara Bryson y Hugo Sivina Hurtado, a favor de la jurisdicción ordinaria, lo que evidentemente generó la discordia, pues conforme al artículo 141° de la Ley Orgánica se requería alcanzar cuatro votos conformes. Antes de que emitiera su voto el vocal dirimente, en una clara interferencia a la autonomía del Poder Judicial y a la independencia de los Magistrados Supremos, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 26291, destinada a regular la solución de contiendas de competencia entre los tribunales militares y el Poder Judicial, la que entró en vigencia el 11 de febrero de 1994, el mismo día en que la Sala Penal Suprema debía resolver definitivamente la contienda de competencia.

La citada Ley dispuso que las contiendas se resolverían por mayoría simple de votos (tres de los Vocales Supremos ya habían votado a favor); y su aplicación inmediata a todos los procedimientos que se encontraran en trámite, sin requerir nueva votación. El fallo, es bastante conocido y hasta ahora criticado, los tres magistrados que se habían pronunciado porque la Jurisdicción Militar era la competente para conocer el juzgamiento de hechos graves como la desaparición y ejecución de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, "La Cantuta", se pronunciaron por la aplicación inmediata de la Ley N° 26291, lo que implicó que la votación inicial permanecía y se hizo resolución sin necesidad de recurrir al voto del Vocal dirimente.

Interesa destacar los fundamentos del voto singular, al que consideramos un antecedente muy importante a lo establecido en la Contienda de competencia que se analiza, pues de los aspectos relevantes que se anotarán, se advierte que los planteamientos se mantienen pero complementados a la luz de la interpretación que luego efectuaría el Tribunal Constitucional respecto a los alcances del denominado fuero militar y los elementos del delito de función, tomando como sustento el artículo 173° de la Constitución. Órgano Constitucional que a su vez siguió la interpretación en relación al alcance restrictivo y excepcional de los

tribunales militares, establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el voto singular se establece que conforme a los artículos 139° inciso 1 y 173 de la Constitución, los tribunales militares sólo son una instancia que ejerce la función jurisdiccional en un ámbito estrictamente funcional, para lo cual tuvieron en consideración el rol que el Poder constituyente ha asignado a las Fuerzas Armadas y Policiales, en relación a su existencia: “garantizar la disciplina militar”. Que la Constitución establece un concepto restringido del delito de función, el que a su vez determina la extensión de la competencia de los tribunales militares, fijando sus tres elementos: a) el delito debe tener relación directa con el ámbito funcional de las instituciones militares y policiales, a su criterio se debe afectar bienes jurídicos castrenses, y en el caso sometido a su conocimiento, los bienes jurídicos no tenían relación con el ámbito funcional de los institutos armados; b) la conducta debe estar tipificada en el Código de Justicia Militar, y en el caso La Cantuta, los hechos se encontraban subsumidos en delitos tipificados en el Código penal, entre ellos, secuestro, desaparición forzada de personas y asesinato; c) la existencia del nexo causal entre el delito cometido y la función encomendada al sujeto activo, que en el caso específico era notorio que no se dio, más aun si las autoridades militares nunca reconocieron como acto de servicio los hechos ocurridos en el interior de una Universidad, que como sabemos goza de autonomía según la Constitución.

El voto contiene otras consideraciones de especial relevancia teniendo en cuenta el contexto político, histórico y social que atravesaba el país, sumido en una grave crisis de seguridad ciudadana por los horribles atentados por parte de dos grupos terroristas: Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, año en el cual además ya se encontraban detenidos los cabecillas de ambos grupos y la población exigía sanciones duras de acuerdo a las violaciones a los derechos sufridos por los integrantes de la sociedad. Sin embargo, es precisamente, en los momentos difíciles donde los Jueces deben imponer los mandatos de la Constitución, por eso es necesario relevar que en el voto singular incluso se planteó el control judicial de constitucionalidad del artículo 10° de la Ley N° 24150.

4.2. La interpretación del artículo 10° de la Ley N° 24150

La contienda de competencia, tiene como uno de sus parámetros de interpretación, la sentencia del Tribunal Constitucional del *16 de marzo de*

2004, emitida en el EXP. N° 0017-2003-AI/TC, con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley N° 24150, Ley de los Comandos Políticos Militares.⁸

Se trata del control concentrado que efectúa el Tribunal Constitucional, en mérito a la facultad atribuida por los artículos 200.4 y 202.1 de la Constitución Política, que establece el control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley⁹. En este tipo de control, exclusivo del Tribunal Constitucional, las sentencias fundadas dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian, tienen alcances generales y autoridad de cosa juzgada, vinculando a todos los poderes públicos. Así lo disponen los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional.

Interesa para el análisis el artículo 10° de la Ley N° 24150, pues el caso Indalecio Pomatanta Albarrán ocurrió en una zona declarada bajo estado de emergencia¹⁰ y porque al momento de emitirse la contienda de competencia, el 2do. párrafo de este dispositivo, había pasado la prueba de constitucionalidad, como bien se afirma en el fallo de la Sala Penal Suprema. En efecto, antes que se emitiera la contienda de competencia el artículo 10° de la Ley N° 24150 tenía el siguiente texto:

“Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

A criterio de la Defensoría del Pueblo, este artículo violaba el artículo 173° de la Constitución, al establecer como criterio para determinar la competencia de la justicia militar el lugar de la comisión del delito y la calidad de policía o militar del agente, obviando la naturaleza institucional del bien jurídico afectado.

El Tribunal Constitucional, declaró inconstitucional el 1er. párrafo del artículo 10° de la referida Ley N° 24150, emitiendo una sentencia interpretativa, subsistiendo con el siguiente texto:

“Art. 10. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

Para llegar a esta conclusión, planteó temas que en ese momento eran necesario analizar, entre ellos, el de los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional, previstos en el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, los que a criterio del Tribunal Constitucional no niegan la existencia de “jurisdicciones especializadas”, como las confiadas al Tribunal Constitucional o al Jurado Nacional de Elecciones, y desde esta perspectiva el ámbito de la jurisdicción ordinaria es de naturaleza global o totalizadora, mientras que el que corresponde a las jurisdicciones especializadas es de naturaleza restringida, determinable a partir de la competencia que la Constitución les ha asignado.

En relación a los tribunales militares y citados principios, interpretó el artículo 173° de la Constitución¹¹, concluyendo que el concepto que delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de estos tribunales es el de *delito de función*, en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, excluyendo la sola condición de militar o policía, pues la justicia militar se constituye en un “fuero privativo” centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por sus miembros a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional¹². Concluye como la doctrina ya lo había precisado, que no sólo es necesario que el delito se cometa en acto de servicio, con ocasión de él o en lugar militar, sino que debe afectar por su índole a las Fuerzas Armadas como tales¹³.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional efectúa una interpretación del delito de función de conformidad con el texto constitucional y el rol que el Poder Constituyente asignó a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Lo define, como *“aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”*, precisando que la acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado. De este modo, 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.

Para emitir la sentencia interpretativa en relación al artículo 10° de la Ley N° 24150, el Tribunal Constitucional consideró que de la redacción de esta disposición podían extraerse dos sentidos interpretativos manifiestamente inconstitucionales. El primero, porque condicionaba la aplicación del Código de Justicia Militar y habilitaba la competencia del fuero privativo, por el simple hecho de tener la condición de miembro de las Fuerzas Armadas o las Fuerzas Policiales [*ratione personae*]. Y el segundo, porque además de la calidad del agente, habilitaba la competencia del fuero privativo en atención al lugar en que se cometa el delito [*ratione loci*]. Bajo estos criterios un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional estaría sometido al fuero militar y le será aplicable el referido Código, si es que se encontraba prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, sentidos interpretativos manifiestamente incompatibles con la naturaleza de la justicia militar.

De los dos sentidos interpretativos inconstitucionales extrae una norma compatible con las disposiciones de la Constitución, dejando subsistente el 2do. párrafo del citado artículo, considerando que no es inconstitucional que se establezca, de modo general, que será de competencia del fuero privativo militar el juzgamiento y la sanción por las infracciones que se encuentren previstas en dicho Código, *salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio.*

Es en base a esta interpretación, que el Tribunal Constitucional precisó que la conducta considerada como antijurídica debe encontrarse prevista en el Código de Justicia Militar, por tal motivo conforme la Sala Penal Suprema hace notar en el fundamento cuarto de la contienda de competencia, en el estado actual no se permite utilizar de modo aislado los criterios de *ratione personae* y *ratione loci*, pues la Justicia militar penal sólo cabe en la medida que se configure en un fuero real o de causa, “ ... esto es, en función a la naturaleza del hecho delictivo imputado y siempre que se encuentre previsto y sancionado expresa e inequívocamente en el Código de Justicia Militar...”

En la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, también fue muy importante la conclusión a la que arribó en el sentido de que 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; de este modo, *queda delimitado los alcances de la obediencia debida*, pues para el Tribunal Constitucional no cabe

aceptar la existencia de deberes que resulten manifiestamente contrarios a los derechos fundamentales o a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos por el ordenamiento jurídico. Quien exige el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la acata, quebrantan el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción directa a la relevancia del bien jurídico mellado a consecuencia de la ejecución del acto¹⁴.

Es evidente que tanto el antecedente del Caso La Cantuta como la interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad antes referida, fueron analizadas y considerados al emitirse la contienda de competencia materia del presente artículo, aún cuando el efecto normativo sólo mencione a la sentencia del Tribunal Constitucional, lo cual es atendible dada la posición que finalmente asumió la Sala Penal Suprema, de establecer el carácter vinculante de la interpretación del citado órgano constitucional.

Pero lo que interesa dejar en claro, *es la interacción que se da entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción constitucional*, en este fallo se nota claramente que la primera no puede ser una isla, sino que se encuentra inmersa dentro de un ordenamiento jurídico que reclama coherencia y una interpretación en la cual las disposiciones de la Constitución se interpreten sistemáticamente y adquieran toda su fuerza normativa. Sólo de este modo es posible articular un sistema penal compatible con un Estado social y democrático de derecho como formalmente lo establecen los artículos 3° y 43° de la Constitución; interpretación de un Derecho Penal constitucional al que el Tribunal Constitucional aspira cuando concluye: *“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”*¹⁵.

Una manifestación de la interacción entre ambas jurisdicciones, se evidenció con posterioridad a la contienda de competencia que se analiza, cuando el Tribunal Constitucional vuelve a reiterar su doctrina jurisprudencial sobre el contenido constitucional de la disposición que consagra el delito de función, Se trata de la sentencia del 15 de diciembre de 2006, recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC¹⁶ en la cual tuvo en cuenta los fundamentos Cuarto y Sexto de la contienda de competencia dictada por la Sala Penal Suprema, conforme se advierte del párrafo 37.

En esta sentencia, tal como lo hizo la Sala Penal Suprema, al precisar la noción del delito de función desde el Derecho Penal, el Tribunal Constitucional efectúa las siguientes precisiones:

1. 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, limitado o ceñido 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.*
2. De existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas deben resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria.
3. 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.
4. 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). En este último caso, la afectación de aquel contenido del bien jurídico defensa nacional debe haberse producido en ejercicio de funciones exclusivamente militares.
5. Debe descartarse de plano, por inconstitucional, que un bien jurídico como la «vida» pueda ser susceptible de protección mediante el Código de Justicia Militar, pues no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas. De este modo, el bien jurídico vida no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria. Derechos fundamentales como la vida, la

integridad física, la igualdad, la libertad sexual¹⁷, 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.

6. Por exigencia del artículo 173° de la Constitución, existe un ámbito de competencia material según el cual, únicamente los delitos de función pueden ser regulados en el Código de Justicia Militar. De esta 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.

5. ANÁLISIS DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA N° 18-2004.- INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El Estado peruano forma parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, habiendo suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José. En ella se consagran los derechos civiles y políticos, motivo por el cual tratándose de procesos penales resulta ser el tratado genérico más importante del sistema.

Como sabemos los órganos encargados de la promoción y protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, son la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambos organismos, han tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la responsabilidad internacional del Estado peruano, y en el caso de la Corte Interamericana, ha dictado a la fecha diversas sentencias contra Perú¹⁸.

La Contienda de competencia alude también a la interpretación que ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recurriendo a tres importantes sentencias dictadas por este Órgano jurisdiccional de carácter internacional que interpreta las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos fallos según el artículo 67° de la citada Convención son definitivos e inapelables y que los Estados Partes se comprometen a cumplir (artículo 68°). Las sentencias a que recurre la Sala Penal Suprema son las recaídas en los Casos Castillo Petruzzi, Cesti Hurtado y Durand y Ugarte contra el Estado Peruano¹⁹.

El mayor número de sentencias emitidas por la Corte, se encuentran vinculados a afectaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana en relación a la legislación antiterrorista dictada al amparo del Decreto Ley 25475 y otros. El caso Cesti Hurtado es diferente, pues la violación de los artículos 7.6 y 25° de la Convención - referidos al hábeas corpus y el derecho de todo ciudadano a un recurso sencillo, preferente y eficaz-, se relacionan con la inexecución por parte de las autoridades de la jurisdicción militar de una resolución judicial favorable en un proceso de hábeas corpus dictado por la Sala Especializada de Derecho Público de Lima a favor de Cesti Hurtado, quien tenía la condición de militar retirado sin función castrense²⁰.

A criterio de la Comisión Interamericana someter a un militar en retiro a un proceso ante jueces militares constituye una interpretación extensiva del fuero militar, considerando que el deber estatal debió consistir en iniciar la correspondiente denuncia ante la jurisdicción penal común. La Corte Interamericana declaró que el Estado peruano es responsable de la violación del artículo 8.1 de la Convención, pues cuando se desarrolló el proceso Cesti Hurtado tenía la condición de militar en retiro. Es importante el párrafo 151 que establece:

“ En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de 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 consecuencia, el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un Tribunal competente, de acuerdo con el artículo ocho punto uno de la Convención”.

En la sentencia de inconstitucionalidad ya mencionada, el Tribunal Constitucional excluyó del ámbito de los tribunales militares a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales 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, doctrina que la Corte Interamericana había establecido y que el Tribunal Constitucional hizo suya.

Por otro lado, en relación al caso Castillo Petruzzi la Corte declaró que el Estado peruano violó el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación al Juez natural y al debido proceso. Así dejó establecido:

“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 justicia²¹ .

Afirmando además, que el traslado de competencias de la jurisdicción común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas (Párrafo 129)

En el caso Durand y Ugarte, la Corte Interamericana respecto a los tribunales militares reiteró su posición en el sentido de los alcances restrictivos y excepcionales de la jurisdicción militar, así sostiene:

“... 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”²²

Siguiendo este parámetro de interpretación, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la jurisdicción militar penal es excepcional, y como tal debe aplicarse en forma restrictiva a los militares en actividad que cometan delitos que afecten bienes jurídicos castrenses²³. Criterio interpretativo que amplió en la sentencia del 31 de enero del 2003, en la cual teniendo en cuenta los criterios de la Corte Interamericana sentó posición respecto al juzgamiento de civiles por los jueces militares²⁴, en los términos siguientes:

“El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural” (Párrafo 102)

Interpretación a la que arriba, según consigna con el único propósito de hallarle un sentido hermenéutico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173° de la Constitución a la referida Convención (Párrafo 107).

En base a la interpretación de la Corte Interamericana acogida en el orden interno por el Tribunal Constitucional, la Sala Penal Suprema, en el fundamento Cuarto de la contienda de competencia, además tiene en cuenta que en la noción de delito de función, “... *tampoco es criterio válido para definir la competencia judicial militar la sola referencia al sujeto pasivo o, con más precisión, por el hecho que el agraviado sea un militar, policía o la propia institución militar o policial...*”.

Y en el fundamento séptimo, tomando como base lo establecido por la Corte Interamericana en el párrafo 118 del caso Durand y Ugarte ya referido, adopta un criterio vinculante que evitará en el futuro impunidad: *La exclusión de la comisión de crímenes horrendos y atentados graves a los derechos humanos, del concepto acto de servicio.*

En esa línea interpretativa, los hechos imputados constituían un grave atentado a los derechos a la integridad personal y la vida, garantizados en el orden interno y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es más el prender fuego a la víctima por agentes del Estado con la finalidad de obtener información, constituye el delito de tortura tipificado como delito de lesa humanidad en el artículo 7° del Estatuto de Roma, es decir, constituye un delito en el Derecho Internacional Penal²⁵.

Las tres sentencias mencionadas han sentado los criterios hermenéuticos, para que en el orden interno, tanto el Tribunal Constitucional como algunos jueces de la jurisdicción ordinaria, efectúen una interpretación conforme a la Convención Americana en relación a los alcances de los tribunales militares - excluyendo a los militares en retiro de su competencia-; del delito de función; de las garantías de los derechos cuyo ejercicio se suspende durante la vigencia de los estados de emergencia, etc. De este modo, se evidencia *también la interacción entre la jurisdicción supranacional, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria*, lo que cual resulta positivo para los sujetos procesales, y también para nosotros los Jueces, que al momento de resolver contamos con criterios de interpretación correctos, conformes a la

Norma Fundamental y a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Finalmente, se debe acotar que el Tribunal Constitucional, tanto en la sentencia de inconstitucionalidad como en los procesos de amparo y hábeas corpus, ha seguido y viene siguiendo los criterios interpretativos de la Corte Interamericana en su calidad de máximo intérprete de las disposiciones de la citada Convención, interpretación de la Corte a la que el Tribunal Constitucional constantemente recurre y a quien considera “*guardián último de los derechos en la Región*”.

6. OTROS ASPECTOS IMPORTANTES DE LA CONTIENDA DE COMPETENCIA

Se ha puesto énfasis en los efectos normativos de la sentencia que se analiza – la que constituye la segunda ejecutoria vinculante dictada por una Sala Penal Suprema bajo los alcances del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales-; sin embargo, es necesario precisar que si bien el fundamento cuarto no tiene efecto normativo, complementa el sentido de toda la resolución, resultando relevante lo que en ella se establece en relación al principio de legalidad penal.

En relación a este principio, constituye uno de los pilares de Derecho Penal, pues garantiza que *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*. Este principio, consagrado en el artículo 2º inciso 24 d) de la Constitución y en los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁶, ha merecido reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el más importante emitido en la sentencia emitida el 3 de enero de 2003²⁷, en el cual se establece las tres exigencias de este principio: la existencia de una ley (*ley scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)²⁸.

6.1. Prohibición de recurrir a la Parte Especial del Código Penal: Respeto al principio de legalidad penal

Al haber considerado el Tribunal Constitucional, que los tribunales militares sólo son competentes para conocer de los tipos penales previstos en el Código

Penal Militar, es requisito fundamental que el tipo penal se encuentre previsto taxativamente en el Código respectivo. De este modo, se prohíbe recurrir a la Parte especial del Código penal de la jurisdicción ordinaria.

Del análisis de los hechos esbozados en la contienda de competencia, se advierte que en los dos procesos que paralelamente conocían la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar y el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, a los cuatro procesados se les imputaba la comisión del delito de Lesiones graves previsto en el artículo 121° del Código Penal, sin que este tipo penal estuviese tipificado en el Código de Justicia Militar. En realidad éste ha sido uno de los problemas renuentes de la jurisdicción militar, procesar materialmente sin tipo penal aplicable, recurriendo a la figura de la remisión en mérito al artículo 744° del Código de Justicia Militar²⁹, situación que ha sido largamente aceptada, pero que sin duda afectaba el principio de legalidad penal.

Resultaba necesario y constituye un acierto que la Sala Penal Suprema haya establecido que se puede acudir en vía supletoria a los principios del Derecho penal y las reglas de la Parte General del Derecho penal, lo cual es correcto teniendo en cuenta que el Derecho Penal Militar no es un Derecho autónomo, sino que sólo constituye un ámbito especializado del Derecho Penal, una subespecialidad del ejercicio de la función jurisdiccional.

Además era necesario que *se haya establecido la prohibición de recurrir a las reglas de la Parte Especial del Derecho penal*, conforme se precisa en la contienda de competencia *“nunca los Libros Segundo y tercero del Código Penal”*, pues en ellos se establecen las acciones u omisiones constitutivas de los delitos y las faltas, cuya prohibición por analogía viene impuesta por el artículo 139°, inciso 9 de la Constitución Política.

6.2. La participación de los Amigos de la Corte, “Amicus Curiae”

Quien ha leído la contienda de competencia habrá reparado que en los Vistos, se consigna *“...con el informe escrito que como “Amicus Curiae” han presentado la Defensoría del Pueblo y el ciudadano Ronald Gamarra Herrera...”*. Recurrir a estos informes no es usual en la jurisdicción ordinaria, aún cuando ya se acepta en la jurisdicción constitucional, y mayormente en la jurisdicción supranacional, en la cual diversas organizaciones no gubernamentales y personas naturales, que no son parte en el procedimiento presentan escritos en calidad de *amicus curiae* (amigos de la Corte).

Esta figura originaria del Derecho anglosajón, es aceptada en los procedimientos internacionales, en los cuales, a través del documento denominado *amicus brief*, quien se dirige al Órgano Internacional, expone los mejores argumentos doctrinarios sobre el tema y además ilustra sobre el sistema legal del Estado sometido a proceso³⁰.

En el caso de la Corte Interamericana, el sustento de la admisión y aceptación de estos documentos y de la participación de los amigos de la Corte, se encuentra en su Reglamento, que establece³¹ :

Artículo 45° inciso 1. *“En cualquier estado de la causa la Corte podrá:*

1. *Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente...”*

En base a esta disposición que es similar a la contienda en el artículo 34°, inciso 1 del Reglamento anterior, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han aceptado la participación de diversos *amicus curiae*. Por ejemplo, en los casos contra el Estado peruano, la Fundación EcuMénica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ) y don Nicolás de Piérola Balta, presentaron ante la Corte escritos como *amicus curiae* sobre el principio *ne bis in idem*³²; en el Caso Cinco Pensionistas, la Defensoría del Pueblo presentó ante la Comisión un *amicus curiae*; y en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, lo hicieron los señores James Crawford y Simon Olleson³³.

En la jurisdicción constitucional, la Defensoría del Pueblo también presenta documentos en calidad de *amicus curiae*, lo que se justifica pues tiene estrecha vinculación con la función de defensa de los derechos que la Constitución le ha encargado y la naturaleza de los procesos que se tramitan en esta jurisdicción. Precisamente en la sentencia del Tribunal Constitucional cuya interpretación asume con criterio vinculante la Sala Penal Suprema, el Instituto de Defensa Legal puso a consideración del Tribunal Constitucional su Informe en calidad de *amicus curiae*, en relación a las acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Defensoría del Pueblo contra la Ley No. 24150 y el Código de Justicia Militar.

Si bien es la primera vez que en una sentencia de una Sala Penal de la Corte Suprema se acogen informes escritos en calidad de *amicus curiae*, esta práctica

contribuye a enriquecer el debate sobre un tema jurídico determinado, y corresponderá a las Salas Penales Supremas decidir si acogen o no los planteamientos que se formulan.

Además, la Defensoría del Pueblo, conforme al inciso 2 del artículo 301° del Código de Procedimiento Penales, tiene legitimidad para solicitar al Pleno de los Vocales en lo Penal de la Corte Suprema dicte una sentencia plenaria si advierte criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de determinada norma por parte de otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal.

7. REFLEXION FINAL

Como ya lo dije, me adhiero en su totalidad a la interpretación que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha efectuado en la contienda de competencia que se analiza. Considero que constituye una de las mejores ejecutorias en relación a la competencia de los Tribunales Militares, y sobre todo ha recurrido a la interpretación del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos en relación a los diversos temas de la justicia militar sin duda alguna han sido positivos en el ámbito interno.

Por lo demás, la contienda de competencia ha permitido establecer que sí es posible articular de modo sistemático y respetando las funciones propias de cada órgano, las disposiciones internas y las internacionales, al igual que los criterios de interpretación de la Sala Penal Suprema, Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

§ Profesora de la Escuela de Postgrado de la U. Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica y San Martín de Porres. Autora de diversos libros y publicaciones en materia de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional y Procesal Penal. Vocal Superior del Distrito Judicial de Lima, en la actualidad Magistrada del Órgano de Control de la Magistratura. Miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Peruano de Ciencias Penales.

Susana Ynes Castañeda Otsu - Análisis de la contienda de Competencia N° 18-2004.
Interpretación y Aplicación de la Ley conforme a la Constitución y Convención
Americana sobre Derechos Humanos

- ¹ Promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo.
- ² Adicionado por el Decreto Legislativo N° 959, del 17 de agosto de 2004, que contiene diversas normas destinadas a facilitar el período de transición entre el Código de 1940 - vigente en la mayor parte del país-, y el Código Procesal Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004.
- ³ La citada disposición además establece el mecanismo para buscar la unificación de criterios en la interpretación y aplicación de las normas, en cuyo caso se convocará al Pleno de los Vocales en lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se publicará en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal o la Página Web del Poder Judicial.
- ⁴ Referidos al derecho a la integridad personal, en el cual se establecen reglas claras sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad (art. 5°); libertad personal (art. 7°); debido proceso (art. 8°); principio de legalidad y de retroactividad (art. 9°); y derecho a indemnización por error judicial (art. 10°).
- ⁵ Que establecen el derecho a la integridad personal (art. 7°); libertad personal (art. 9°); tratamiento penitenciario de las personas privadas de libertad con el respeto debido a su dignidad (art. 10°); debido proceso (art. 14°) y principio de legalidad y de retroactividad penal benigna (art. 15°).
- ⁶ Artículos 138°, 2do. Párrafo y 51 de la Constitución Política. Control judicial de constitucionalidad que ha sido definido como un poder-deber de los Jueces, y que se encuentra desarrollado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, donde se establecen los supuestos que se requieren para su aplicación.
- ⁷ Sobre este caso, ver: Cubas Villanueva, V. La Cantuta: crónica de la investigación fiscal, Lima, 1998. y Alvites Alvites, E. C. "Apuntes constitucionales sobre la competencia de los Tribunales Militares: comentarios a la resolución del conflicto de competencia en el Caso La Cantuta". En: La Reforma del Derecho Penal Militar, dirigido por José Hurtado Pozo y coordinado por Yolanda Doig Díaz. Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, págs. 263 a 284.
- ⁸ Ley que fue modificada por el Decreto Legislativo N° 749.
- ⁹ El inciso 4) del artículo 200° de la Constitución establece el listado de normas que tiene rango de ley; en el cual no figura los decretos leyes. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la compatibilidad constitucional de estos decretos, porque ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en este dispositivo sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en un proceso de inconstitucionalidad. Ver Exp. N° 007-96-I/TC, sentencia del 23 de abril de 1997 con relación al Decreto Ley N° 25967 y Exp. N° 010-2002-AI/TC, sentencia del 3 de enero de 2003, contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880, entre otros expedientes.
- ¹⁰ La Constitución contempla mecanismos de autodefensa, entre ellos, la denominada dictadura constitucional consagrando dos estados de excepción, el de emergencia y el de sitio, estableciendo el artículo 137° los motivos que se deben tener en cuenta para decretarlos. Nuestra historia constitucional da cuenta de sucesivos estados de emergencia, en su mayoría decretados por el accionar de los grupos terroristas Sendero Luminoso y MRTA, requiriéndose como motivos para su declaratoria, perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, en cuyo caso se suspende el ejercicio de cuatro derechos fundamentales por el plazo de 60 días.
- ¹¹ Artículo 173° de la Constitución: "En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte".
- ¹² Interpretación que ha continuado en diversas sentencias, especialmente en las recaídas en los procesos constitucionales de la libertad, como es el caso de la sentencia del 28 de diciembre de 2004, recaída en el Exp. N° 3194-2004-HC-TC, caso Carreño Castillo.
- ¹³ Palomino Manchego, José y Remotti, José Carlos. *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima 1997. San Martín Castro, C. *Derecho Procesal Penal*, Vól. I, Grijley, Lima, 1999. Hurtado Pozo, José (Director) y Doig Díaz, Yolanda (Coordinadora) *La Reforma del Derecho Penal Militar*, Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2002. Castañeda Otsu, Susana: "El Poder Judicial de Perú y el Proceso de Reforma Constitucional", En: *La Constitución y su Defensa (Penencias peruanas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 2003)*, Coordinado por García Belaunde, Domingo, Grijley, Lima, 2003, págs. 279 a 309.
- ¹⁴ Sentencia del 30 de septiembre de 2005, Exp. N° 2446-2003-AA/TC, caso Chambilla Figueroa.
- ¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006, recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC, fundamento jurídico 5.

Susana Ynes Castañeda Otsu - Análisis de la contienda de Competencia N° 18-2004.
Interpretación y Aplicación de la Ley conforme a la Constitución y Convención
Americana sobre Derechos Humanos

-
- ¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida a mérito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial.
- ¹⁷ Ya en la sentencia del 9 de junio de 2004, con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos del Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar y otras normas, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 269°. Esta disposición tipificaba como delito que un militar practique actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar. El Tribunal Constitucional manteniendo su doctrina jurisprudencial, reiteró que lo que caracteriza al delito de función no es la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses; y que el bien protegido en la norma cuestionada no compromete ningún bien jurídico de dichos institutos castrenses sino, concretamente, la libertad sexual de quien padece contra su voluntad el acto sexual. Resultando inconstitucional, por ser desproporcionado (además de no constituir un delito de función), que se haya previsto como delito la práctica de un acto deshonesto.
- ¹⁸ Por citar algunas sentencias, Caso Castillo Paez; Caso Cantoral Benavides contra Perú; Caso de los Cinco pensionistas contra Perú; Caso de los Tres Magistrados del Tribunal Constitucional; Caso Loris Berenson, entre otros.
- ¹⁹ Caso Castillo Petrucci, sentencia del 30 de mayo de 1999; Caso Cesti Hurtado, sentencia del 29 de septiembre de 1999 y Caso Durand y Ugarte, sentencia del 16 de agosto de 2000.
- ²⁰ Sobre el tema de la posición del Estado peruano ante la Corte Interamericana ver: Salado Osuna, A. Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Normas Legales, Lima, 2004.
- ²¹ Caso Castillo Petrucci contra Perú, sentencia de fondo, párrafo 128. Caso Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de fondo, párrafos 112 y 113.
- ²² Párrafo 117; criterio reiterado en el Caso Cantoral Benavides contra Perú.
- ²³ Por citar un caso, el Exp. N° 2302-2002-HC/TC, sentencia del 17 de octubre de 2002, Caso Rojas Rojas.
- ²⁴ Exp. N° 0010-2001-AI/TC, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. El Tribunal Constitucional estableció " ... los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así éstos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo, pues de la interpretación de la segunda parte del artículo 173° de la Norma Suprema sólo se desprende la posibilidad de que en su juzgamiento se apliquen las disposiciones del Código de Justicia Militar, siempre que la ley respectiva así lo determine, y, desde luego, que tales reglas procesales sean compatibles con las derechos constitucionales de orden procesal".
- ²⁵ Ver, Anello, C. S. Corte Penal Internacional, editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.
- ²⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11°, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9° y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15°.
- ²⁷ Expediente 010-2002-AI/TC, sobre la legislación antiterrorista
- ²⁸ Según José Luis Castillo, su vigencia no es exclusiva del Derecho penal, pero es en esta rama del Derecho donde mayor hegemonía y valor tiene, pues en él los delitos y las penas sólo se crean o agravan en virtud a una ley previa, anterior a la comisión del hecho. Cfr. Castillo Alva, J. L. Principios de Derecho Penal- Parte General. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, págs. 21a 23.
- ²⁹ Artículo 744° del Decreto Ley N° 23214: "En todo lo que no esté previsto en el presente Código, los Jueces y Tribunales Militares aplicarán las disposiciones de los Códigos comunes, en cuanto sean pertinentes, siempre que se encuentre expedita la jurisdicción militar y se trate exclusivamente de suplir alguna omisión en sus disposiciones".
- ³⁰ Cfr. Castañeda Otsu, S. Derechos Constitucionales y Defensoría del Pueblo, editorial Alternativas, Lima, 2001.
- ³¹ Aprobado por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, durante las sesiones número 9 y 10 el día 25 de noviembre de 2003.
- ³² El 24 de agosto de 1995, en el Caso Loayza Tamayo.
- ³³ El 16 de mayo de 1996 y 14 de mayo de 2003, respectivamente.