

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

N° 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

Ernesto Blume Fortini

PRESENTACIÓN..... 17

SECCION ESPECIAL (Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL..... 29

Alan E. Vargas Lima

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.
APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA* 53

Nadia Paola Iriarte Pamo

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... 81

Carlos Trinidad Alvarado

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL 105

Daniel Yacolca Estares

POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL..... 149

Beatriz Franciskovic Ingunza

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 157

Luis R. Sáenz Dávalos

EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE 181

SECCIÓN MISCELÁNEA

Néstor Pedro Sagüés

JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 22 I

Domingo García Belaunde

LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ..... 23 I

Manuel Jesús Miranda Canales

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA.

A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 255

Aníbal Quiroga León

LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE.

UNA MIRADA CONSTITUCIONAL 26 I

12

Pedro A. Hernández Chávez

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO.

APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES..... 285

Óscar Díaz Muñoz

LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO... 33 I

Marco A. Huaco Palomino

POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD.

UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ 345

Areli Valencia Vargas

CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS.

APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA..... 379

María Candelaria Quispe Ponce

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH 399

Melissa Fiorella Díaz Cabrera

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 429

José Reynaldo López Viera

EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL 447

Roberto Cabrera Suárez

ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES.
APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO 467

Roslem Cáceres López

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL..... 479

Miguel Alejandro Estela La Puente

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA..... 505

Christian Donayre Montesinos

UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA 531

Luis Andrés Roel Alva

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD.
UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO 549

Raffo Velásquez Meléndez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.
ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS..... 563

Alfredo Orlando Curaca Kong

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL.
UNA BREVE MIRADA 615

Manuel Bermúdez Tapia

LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO..... 623

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.

APROPÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC 711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIONES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC (ACUMULADO) 725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020) 735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRIMONIO IGUALITARIO..... 749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYEN-

TE 1978-79 797

**SECCIÓN
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES 883

Constitucionalidad del proceso penal militar policial

✉ ROSLEM CÁCERES LÓPEZ*

“En un Estado Constitucional de Derecho que difiere de un estado con Constitución, el Juez Penal Militar Policial, se encuentra en la obligación de velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y la plena observancia de los principios de la función jurisdiccional”

1. Planteamiento del tema

479

En la actualidad, luego de haber vivido diversos paradigmas en la interpretación del derecho, confluyen concepciones jurídicas de diverso calibre que van a conllevar a una corrección jurídica que ha decir verdad, muchas veces toma un itinerario tormentoso, poco claro, defectuoso, dudoso para posteriormente incidir negativamente en el proceso conllevando a una inexorable impunidad o vulnerando los derechos del procesado.

Esa es la razón por la cual me incliné por realizar un estudio respecto a que **¿Cómo deben justificar sus resoluciones y disposiciones los Jueces y Fiscales del Fuero Militar Policial en un Estado Constitucional de Derecho?**

* Abogada, Magister en Gestión de Políticas Públicas, Doctora en Derecho por la Escuela de Post Grado de la Universidad Federico Villareal, con Master Oficial por la Universidad Castilla la Mancha- España, candidata a Máster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Especialista en argumentación en el Estado Constitucional, Conciliadora Extrajudicial, Árbitro de Derecho.

Para ello plantearé una metodología básica que me permita reunir las condiciones necesarias a fin de desarrollar el tema considerando que el cuestionamiento está basado en la forma como se deben justificar las Resoluciones y Disposiciones Fiscales, considerando que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho y la Constitución viene causando especial relevancia en el proceso penal donde las garantías de la función jurisdiccional guardan relación con la constitución y deben gozar de plena observancia por los magistrados del Fuero Militar Policial, lo que se debe reflejar en las resoluciones y disposiciones que emiten los mismos que exigen una adecuada interpretación a la luz de la constitución y el Bloque de Constitucionalidad no ajeno al proceso penal militar policial, dentro de los parámetros exigidos en un Estado Constitucional de Derecho.

2. Hacia un Estado Constitucional de derecho

En el Perú, a lo largo de su historia republicana ha tenido 12 constituciones, o sea siempre fue un país con Constitución, constituciones que albergaban derechos fundamentales, derechos colectivos, sociales a partir de la Constitución de 1920, constituciones con duración escasa como la de 1823, sin embargo a pesar de la existencia de tantas constituciones el Perú la Constitución como Carta de principios y valores supremos estaba muy alejada a la realidad, tal vez por su génesis, que no yace en nuestra realidad porque siempre fuimos receptores de modelos foráneos, hemos vivido una sociedad disque democrática inestable, muchas veces incoherente con los fenómenos socio jurídicos y con las disposiciones infra legales, siendo receptores de modelos extraños, hemos omitido nuestros propios valores como patria, en ese ínterin nos hemos adentrado en un itinerario ciego de la realidad, de las necesidades de los pueblos, de los derechos de los ciudadanos en su mayoría de veces olvidados, por eso siempre fue cuestionable y en ello estoy de acuerdo en que la Constitución no fue la causa de nuestras grandezas económicas como país ni de nuestras miserias, siendo todo ello, decisiones de los políticos quienes imbuidos en intereses económicos y políticos han llevado a nuestro país muchas veces a una crisis política de los que hemos salido convalecientes para buscar un itinerario acorde a nuestros intereses, creo que ahora podemos decir que hemos avanzado considerablemente pero aún nos falta mucho por hacer.

Que decir de los magistrados?, aún persiste un gran sector que practica lo que en hace siglos mencionó Montesquieu, es decir “la boca de la Ley” que

se limitan a una aplicación subsuntiva de la Ley y a un rechazo de las nuevas corrientes del derecho especialmente aquellas requieren una justificación argumentativa.

Considero en particular que en el Perú si bien es cierto aún persiste el culto a la Ley, un gran sector de los operadores del derecho están inclinando su mirada a otros tipos de interpretación que supera esa única interpretación subsuntiva plagada del único respeto a la regla aunque esta vulnere derechos fundamentales, principios y valores necesarios en un estado democrático constitucional, este avance es importante porque nos permite tener un abanico de buenas posibilidades para construir una corrección jurídica acorde a las exigencias de cada caso en concreto, en ese sentido autores como Robert Alexy¹, mencionan que el Estado Constitucional Democrático trata de resolver la vieja discrepancia entre derecho y la moral, sobre el constitucionalismo se han generado diversas discusiones y posiciones por ejemplo el debate sobre el constitucionalismo que escribió Manuel Atienza² a propósito del escrito de Luigi Ferrajoli sobre la clasificación del constitucionalismo, mencionando dos tipos de constitucionalismo el principialista o argumentativo y el garantista, refiriendo que el principialista estaría sosteniendo la vieja tesis del derecho y la moral que ha vuelto nuevamente a la palestra por la contraposición entre principios y reglas y por atribuir un papel central a la ponderación en la jurisdicción mientras que el constitucionalismo que él defiende niega la tesis del constitucionalismo principialista y se basa en el conjunto de normas producidas, independientemente de su contenido y cuestiona el constitucionalismo principialista porque presentan debilidades teóricas y peligros prácticos. Este debate ha generado diversas opiniones en el mundo jurídico y la revelación de filósofos críticos de ambas posiciones así como de intérpretes jurídicos en todos sus niveles que han desarrollado diversas tesis en ambas vertientes, lo cual es importante porque ya no nos encontramos en un status quo donde tenemos la obligación de respetar solo la ley sino que yacen otras opciones de justificación donde la argumentación jugara un papel preponderante para convencer una opción diferente.

-
- 1 Robert Alexy es un jurista alemán y catedrático de Derecho Público de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, citado en Revista Doxa, 2005- LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1980, p. 52
 - 2 Un debate sobre el constitucionalismo. A propósito de un escrito de Luigi Ferrajoli; Manuel Atienza; en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 13-14.

En suma, en nuestro país estas nuevas vertientes de percibir el derecho han calado, de repente no tan hondo pero están adentrándose paulatinamente, ello se observa en la importancia que tiene la Constitución como norma suprema y al Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, lo que ha generado el respeto por las instituciones democráticas y el respeto por la persona humana y su dignidad, ese valor supremo por el que el Estado ha creado garantías de diversa índole a fin de resguardar el disfrute ideal de los derechos.

El Estado Constitucional de derecho exige el respeto de los valores supremos, y de los principios que defiende y efectiviza la Constitución, esa efectivización debe ser objetiva y no solo recogida en dispositivos legales sino en la construcción de normas al momento de defenderlas, es en ese sentido el magistrado militar policial tiene una gran responsabilidad en la interpretación que realiza, la misma que debe advertir los principios, y valores que la Constitución defiende

482

En esa línea, en un Estado Constitucional de Derecho, se habla de una justificación del derecho donde deben primar los principios en nivel superior que las reglas y ello implica desarrollar una teoría argumentativa para justificar las decisiones especialmente de los operadores del derecho

Ahora bien, cuando hablamos de la constitucionalización del derecho penal, en opinión de Cesar Landa, la Constitución ha influido en el derecho público pero que tendría más vinculación con el derecho penal porque este instrumento represivo se encuentra relacionado con un valor supremo como es la libertad personal, el mismo que basado en el principio de legalidad no puede ser ejercido arbitrariamente por el Estado porque el respeto de la dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado³ ello implica sigue el Profesor Landa, que las categorías jurídico penales son pasibles de interpretación a través de diversos métodos de interpretación⁴. Con ello se fortalece la tesis que establecemos respecto

3 Cesar Landa; “La constitucionalización del derecho peruano” en *Constitutionalization of Peruvian Law*.

4 Cesar Landa citando a Mir Puig, Santiago. “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal”. En *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón Valencia*; Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009, pp. 1357-1382.

que en un Estado Constitucional de derecho se debe garantizar la efectivización de los derechos fundamentales, en el ámbito penal observando plenamente los principios que garantizan el respeto de la dignidad de la persona eso implica que la aplicación de diversas instituciones penales deberán ser coherentes con los postulados que garantizan la libertad y todos los principios que giran alrededor de la persona en suma, la exigencia al juez en la labor interpretativa que realiza no solo está subordinado a la Ley como categoriza el profesor Landa, sino en principio a la Constitución ya que si la Ley no es coherente con la Constitución se podría cometer cualquier arbitrariedad que será pasible de cuestionamiento posterior.

3. Crisis del Positivismo

Anteriormente habíamos establecido la importancia del constitucionalismo y la Constitución, la observancia de sus principios y valores y la exigencia para los operadores del derecho de estar más obligados por la Constitución que por las leyes, la argumentación en vez de subsunción y demás elementos que se desarrollan en un Estado Constitucional de Derecho. Al desarrollar esa concepción nos referimos a la superación del positivismo a ultranza que muchas veces deviene en formalismo, sin embargo no se podría decir que el positivismo como concepción ha desaparecido porque aún tiene seguidores que han sido considerados escépticos respecto a la evolución del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y mantiene viva la llama en contraposición del llamado pospositivismo que defiende Manuel Atienza y otros.

Por otro lado, me parece acertada la expresión de François Géný cuando expresa que “Una interpretación jurídica que pretenda contentarse con la sola ley escrita, o bien se engaña manifiestamente a sí misma, o permanece impotente para satisfacer las necesidades legítimas de la vida”⁵ es correcta porque siendo el derecho un instrumento social su labor no descansa en la estructura fría de la ley sino debe ser entendida con la interpretación que el operador jurídico le asigne para resolver un caso en concreto y esa interpretación puede rebasar las paredes legales y elevarse a la categoría de principios, lo cual implica como dice Josep Aguiló Regla, un cambio de paradigma producto del tránsito del Estado Legal de

5 De la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho; Ferney Rodríguez Serpa, Pilar Ruiz Zapata, *Revista Republicana*; ISSN: 1909 - 4450 • núm. 9.

Derecho al Estado Constitucional de Derecho que se desarrolló desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días⁶, el cambio de paradigma ha generado diversos debates entre el pospositivismo y el positivismo como las posturas de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza, adentrándonos como menciona Ferney Rodríguez Serpa en el nuevo derecho donde predomina el imperio de los principios.

Es importante para los magistrados y todo operador del derecho la justificación de los derechos cambiando el paradigma subsuntivo que el operador viene aplicando porque las nuevas concepciones del derecho han dotado nuevas herramientas que contribuyen con la argumentación jurídica, como los principios en contraposición de las reglas que se aplica todo o nada, basando su fundamentación solo en reglas⁷

4. Bloque de constitucionalidad

Es importante tener en cuenta que en la labor interpretativa que realice el Fuero Militar Policial se tenga en cuenta las normas que integran el llamado Bloque de Constitucionalidad⁸, entendida esta como normas y principios que no necesariamente se encuentran expresamente en la Constitución pero que tienen la categoría de parámetro constitucional que deben ser observados por el operador jurídico cuando se trate de aplicar normas restrictivas a los derechos fundamentales especialmente que restrinjan la libertad personal y no someterse estrictamente a los parámetros normativos del Código Penal Militar Policial, aunque se debe tener en cuenta que el citado Código, también define algunos artículos que pertenecen a los parámetros del Bloque de Constitucionalidad, que no debe considerarse como suficiente sino una herramienta adicional al llamado Bloque de Constitucionalidad.

6 Josep Aguiló; Regla en el Constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli, en un debate sobre el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli, en Monográfico *Revista Doxa*, núm. 34, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, pág. 52.

7 Cesar Landa; en “La Constitucionalización del Derecho Penal”.

8 Exp. N° 0001-2013-P1/TC, Lima, Presidente de la República, Pleno Jurisdiccional; Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 153-Arequipa, que establece disposiciones relativas a la prestación del servicio de transporte regular de personas. Cdo-9.

Bien, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en los Expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC⁹ ha desarrollado el concepto de Bloque de Constitucionalidad, estableciendo que comprenden el llamado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución Política del Perú y las normas que desarrollan la Constitución, en ese sentido el llamado Bloque no descansa solamente en la Constitución como norma suprema, sino sale de ella y se subyace en las leyes, tratados internacionales en materia de derechos humanos, aquellos que desarrollan y protegen los derechos fundamentales, ergo, se puede afirmar que el Bloque de Constitucionalidad rompe la estructura formal de la Constitución para introducirse en su ámbito material, lo cual le asigna valor porque en cada contenido de esas normas se encuentran los principios y valores constitucionales que empoderan a la Constitución constituyéndola en un terreno de principios ergo en una Carta de textura abierta, sujeta a una interpretación constitucional propia de un Estado Constitucional Democrático, que tiene luz y fuerza propia y no una norma jurídica ordinaria objeto de manipulación de intereses políticos y personales propias de una Constitución Cerrada.

En el Pleno Jurisdiccional, Expediente 0001-2013-PI/TC¹⁰ el Tribunal Constitucional, también hace mención a las normas que integran el Bloque de Constitucionalidad, mencionando que estas desarrollan y complementan los preceptos constitucionales. Claro está que las normas, principios y valores que nacen de la Constitución y se desarrollan en otros instrumentos legales son una garantía para los ciudadanos, garantía que nace de la Constitución como Norma Suprema

9 Pleno Jurisdiccional; Expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC. "...moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos".

10 Pleno Jurisdiccional; Expediente N° 0001-2013-PI/TC; Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de noviembre de 2015 Caso Vehículos M2 Clase III - MIMO. El TC establece que; "Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos" (fundamento 10.5 de la STC 0013- 2003-CC/TC).

y se ramifica en el ordenamiento jurídico fortaleciendo la fuerza normativa de la Constitución.

Decíamos que el Código Penal Policial, no está exento de ser parte del llamado Bloque de Constitucionalidad, al haberse considerado algunas disposiciones que pertenecen a la categoría de este Bloque, mencionaré algunas disposiciones que a mi juicio se encuentran dentro del mencionado parámetro por lo que deben ser de observancia obligatoria por los operadores de la Justicia Militar en la, interpretación que realizan para tomar decisiones judiciales contra el imputado, procesado o acusado en el itinerario del proceso judicial militar.

486

Código Penal Militar Policial	
Artículo III.- Prevalencia de las normas en materia de derechos humanos	“...Los principios y postulados sobre derechos fundamentales de la persona humana contenidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano tienen preeminencia sobre las disposiciones de este Código...”
Artículo IV.- Principio de legalidad	“.. Ningún militar o policía podrá ser investigado, juzgado o sancionado por un acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito de función militar o policial por la ley penal vigente al momento de su comisión. No podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prevista en la ley y los reglamentos de la materia...”
Artículo X.- Principio de culpabilidad	“...La pena requiere de la culpabilidad probada del autor...”
Artículo XI.- Derecho de defensa	“... En todo proceso se garantizará el derecho de defensa...”
Artículo XIII.- Prohibición de doble incriminación	“...Ningún militar o policía será procesado o sancionado penalmente más de una vez en el Fuero Militar Policial cuando exista la identidad del sujeto, hecho y fundamento...”
PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES Artículo 143.- Juicio previo	“...Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al hecho imputado, respetando los derechos y garantías establecidas en la Constitución Política del Estado, los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos y de acuerdo a las normas de este Código...”

<p>Artículo 146.- Principio de presunción de inocencia</p>	<p>“... 1. Todo militar o policía imputado de la comisión de un hecho punible es considerado inocente, y debe ser tratado como tal, en tanto no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme y debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.</p> <p>En caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado...”</p>
<p>Artículo 147.- Derecho de no autoincriminación</p>	<p>“...Ningún militar o policía puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de responsabilidad.</p> <p>Queda prohibida la adopción de cualquier medida tendente a que el imputado declare contra sí mismo o se menoscabe su voluntad. Toda admisión de los hechos o confesión, debe ser libre y espontánea y con su expreso consentimiento...”</p>
<p>Artículo 148.- Derecho de defensa</p>	<p>“... 1. Todo militar o policía tiene derecho a que se le informe de sus derechos, se le comunique la imputación formulada en su contra y a ser asistido por un abogado defensor de su elección, o en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y a utilizar los medios de prueba pertinentes, conforme a ley...”</p>
<p>Artículo 150.- Protección de la intimidad y privacidad</p>	<p>“...Durante el procedimiento se respetará el derecho a la intimidad y a la privacidad del imputado, del agraviado y de cualquier otra persona que tenga participación en el proceso, en especial lo referente a la libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles privados y las comunicaciones de toda índole.</p> <p>Sólo con autorización del juez competente y bajo las reglas de este Código podrán ser allanados los domicilios e intervenida la correspondencia y las comunicaciones telefónicas y electrónicas, o incautados los documentos privados...”</p>

<p>Artículo 152.- Igualdad de trato</p>	<p>“... Se garantiza la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer sus facultades y derechos.</p> <p>Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo superar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten...”</p>
<p>Artículo 153.- Separación de la función de investigar y de juzgar</p>	<p>“...Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal...”</p>
<p>Artículo 154.- Justicia en tiempo razonable</p>	<p>“... Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme a los plazos establecidos en este Código.</p> <p>El retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituirá falta grave¹¹...”</p>

5. Garantías en el proceso penal militar policial

488

La Justicia Militar se ha caracterizado por ser siempre drástica e inquisitiva antes de la vigencia del nuevo Código Penal Militar Policial¹² asimismo con el Código anterior se establecían un abanico de delitos que generaban conflicto con los delitos del fuero ordinario al no encontrarse delimitados los delitos que comprenderían delitos de función, este inconveniente que ha generado diversos conflictos de competencia ha sido superado con el nuevo Código Penal Militar Policial donde los delitos de función están relacionados estrechamente con la finalidad constitucional que justifica la existencia de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, asimismo de acuerdo a lo establecido en el Código Penal Militar Policial será delito de función lo establecido en el artículo II del Título Preliminar¹³.

Bien, la Justicia Militar Policial ha sido objeto de control especialmente del Tribunal Constitucional, así tenemos que en la Sentencia Expediente 00022-2011-PI/

11 Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, Promulgado: 31-08-2010. Publicado: 01-09-2010.

12 Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094.

13 Artículo II.- Delito de función

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

TC¹⁴ sobre demanda de inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Penal Militar Policial vigente aduciendo que violan las garantías judiciales de la cosa juzgada, el juez natural, la prohibición del avocamiento y la independencia e imparcialidad de los jueces, desnaturalizan los, delitos de función y autorizan que jueces militares conozcan sobre ilícitos penales de carácter común¹⁵.

Sobre estos cuestionamientos a la Justicia Militar, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado que la Justicia militar con relación al Delito de Función asume la tesis funcional¹⁶ como uno de los elementos del delito de función¹⁷ y esta tesis es adoptada por la Jurisdicción Militar en la actualidad. Por otro lado, el Tribunal también ha declarado constitucional algunos principios que han sido cuestionados tales como la defensa nacional como un principio esencial militar, la disciplina, este principio ha sido materia de análisis inclusive por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recomendando la corte limitar la

14 Pleno Jurisdiccional, Expediente N° 00022-2011-PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015, demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo N.° 1094.

15 Argumentos de la demanda, Pleno Jurisdiccional, Expediente N° 00022-2011-PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015.

16 Expediente 00022-2011-PI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015
Elemento funcional

Cdo. 81. La conducta típica debe originarse en un acto del servicio o con ocasión de él, infracción que debe revestir cierta gravedad y justificar el empleo de una conminación y una sanción penal. Los tribunales militares solo están habilitados, ergo, para juzgar de los asuntos constitutivos de infracciones cometidas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones. Se requerirá que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP

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

Inexistencia de este nexo funcional para la habilitación de la jurisdicción penal militar policial implicaría que la garantía de los bienes jurídicos más relevantes para la vida social en el Estado constitucional y democrático de Derecho no encontrarían tutela efectiva en la justicia ordinaria.

17 B.2.b. Elementos del delito de función Cdo 77. La calificación o no de un delito como de función dependerá de que en cada caso se verifique la concurrencia de sus 3 elementos: (i) elemento subjetivo; (ii) elemento funcional; y (iii) elemento objetivo.

competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina¹⁸, entendida esta como “...un conjunto de deberes que imponen al militar y al policía su permanencia en el servicio, el acatamiento y observancia fiel del orden establecido y preceptos que la reglamenta. Sobre ella deben sustentarse gran parte de los bienes jurídicos que sean protegidos a través de los delitos de función...”¹⁹. Sobre esa base el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de varios artículos²⁰ del Nuevo Código Penal Militar sustentando que no se configuran como delitos de función y vulneran el artículo 173^{o21} de la Constitución Política, asimismo han pasado el filtro del control constitucional, es decir en términos usados por el Tribunal, han sido reafirmados como constitucionales muchos otros artículos²² por encontrarse acorde con los elementos del delito de función así como con los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, que en la demanda de inconstitucionalidad han sido cuestionados.

Ahora bien, considerando que el nuevo Código Penal Militar Policial ha resistido el control constitucional, lo que nos hace afirmar que los tipos penales contenidos en él, reúnen los elementos del delito de función, *mutatis mutandis* la

18 Párrafo 18 de las Observaciones y Recomendaciones a Colombia, de 5 de mayo de 1997 (reiteró lo requerido en 1992, CCPR/C/79/Add.2.

19 Cdo 91 de la Expediente 00022-2011-PI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015.

20 Parte Resolutiva de la Sentencia Expediente 00022-2011-PI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015. Declarar INCONSTITUCIONALES en su totalidad los artículos 60 (rebelión), 81 (devastación), 82 (saqueo), 83 (confiscación arbitraria), 84 (confiscación sin formalidades), 85 (exacción), 86 (contribuciones ilegales), 87 (abolición de derecho), 88 (afectación de personas protegidas), 89 (lesiones fuera de combate), 90 (confinación ilegal), 93 (medios prohibidos en las hostilidades), 97 (daños graves al medio ambiente), y 131 (excesos en el mando - tipo imprudente) / del Decreto Legislativo N.º 1094, Código Penal Militar Policial, por no constituir delitos de función, según lo establecido en el artículo 173 de la Constitución, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico.

21 Constitución Política del Perú.

Artículo 173º: En caso de delito de función los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, están sometidos al Fuero Respectivo y a al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La Casación a que se refiere el artículo 141º, solo es aplicable cuando se impone la pena de muerte...”

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

justicia militar al ser una jurisdicción excepcional amparada por la Constitución debe observar todas las garantías de la función jurisdiccional y el pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, propio de un Estado Constitucional de Derecho.

Sobre las garantías sustanciales y procesales de la Constitución se ha escrito por doquier, conviene revisar como se ha venido pronunciando el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, considerando que en la actualidad su influencia en el proceso penal es incuestionable, y de obligatoria observancia para todos los que administran justicia y el Fuero Militar no está exento de su observancia y aplicación en los procesos penales militares por delitos de función que se ventilan en el Fuero. Dentro de las garantías materiales de acuerdo a lo mencionado en la Sentencia²³ destacan;

“...**a**) el principio de legalidad penal (artículo 2º, inciso 24, apartado “d”); **b**) el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3º y 43º), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º inciso 1); **c**) el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200º); **d**) el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139º inciso 9); **e**) la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139º inciso 11); **f**) el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139º.12); **g**) el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139º 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 103º); y **i**) el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2º, inciso 24 apartado “e”), entre otras²⁴.

23 Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006, Proceso de Inconstitucionalidad, Decana del Colegio de Abogados de Lima.

24 Considerando 4 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006.

De las garantías de orden procesal la sentencia señala;

“...**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...”²⁵.

En la sentencia de referencia, el Tc además de considerar las garantías antes mencionadas también señala que ha identificado otras garantías procesales constitucionales tales como;

492

a) el derecho a un juez independiente e imparcial; **b)** el derecho al libre acceso a la jurisdicción; **c)** el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva; **d)** el derecho a la prueba; **e)** el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; **f)** el principio *non bis in idem*; **g)** el principio de igualdad procesal de las partes; **h)** el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; entre otras garantías²⁶.

Esta sentencia es importante porque como diría Luigi Ferrajoli tiene un enfoque principialista y no garantista, más importante aún porque invoca a los legisladores el deber de respetar estos principios cuando determinen delitos y penas y regulen el proceso sosteniendo que el derecho penal, procesal penal y ejecución no se entiende sino es dentro de un marco constitucional, amen este enfoque que ha realizado el Tribunal, de cómo se debe ver el proceso penal también compromete a los operadores jurídicos especialmente a los magistrados que administran

25 Considerando 4 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006.

26 Considerando 4 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006.

justicia en el ámbito penal lo cual abarca también al ámbito militar policial, donde la observancia de estas garantías es un compromiso con la sociedad, el Estado Constitucional Democrático como garantía del respeto a la dignidad de la persona, por ende no es admisible ningún tipo de arbitrariedad en la aplicación del Código Penal Militar Policial ni en el desarrollo del proceso porque no habrá espacio donde no ingrese el control constitucional y refleje vulneraciones a cualquiera de esas garantías mencionadas ut supra.

Desarrollaré algunas garantías que deben observarse en el desarrollo del proceso penal militar policial que han sido materia de análisis, reconocimiento y desarrollo por sentencias del Tribunal Constitucional.

5.1. El debido Proceso

Es una de las garantías del proceso sobre el que el tribunal ha emitido reiteradas sentencias lo que hace prever que es una de las más vulneradas, el desarrollo jurisprudencial de esta garantía no se agota en la Constitución porque existe todo un desarrollo jurisprudencial en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se hace hincapié que la aplicación de las garantías del debido proceso no se limita a los recursos judiciales sino en toda instancia procesal, con la finalidad que las personas puedan defenderse adecuadamente

493

Veamos cómo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en la sentencia **EXP. N.º 04944-2011-PA/TC**²⁷ expresa que el debido proceso supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales con la finalidad que las personas se encuentren en condiciones de defender, asimismo el debido proceso comprende un haz de derechos que forman parte de un estándar mínimo, dentro del cual se encuentra por ejemplo el derecho a la motivación de resoluciones judiciales²⁸. En el **EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC**²⁹.

27 Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, Lima, Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, Sentencia del Tribunal Constitucional.

28 Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, Lima, Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, Sentencia del Tribunal Constitucional.

29 Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera, Sentencia del Tribunal Constitucional.

5.2. El principio de legalidad³⁰

Ccomo uno de los principios importantes reconocido por la Constitución y por los tratados y Convenios en materia de Derechos Humanos de los que el Perú es parte como la Declaración Universal de los Derechos Humanos³¹, Convención Americana sobre los derechos Humanos³² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³.

El principio de legalidad tiene gran relevancia en el ámbito penal al considerarse además de un principio constitucional, un derecho subjetivo, así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en su sentencia Expediente N.º 2758-2004-HC/TC³⁴, es muy importante lo señalado por la citada sentencia, esa importancia

30 Constitución Política, Artículo 2º- Inciso 24; literal d. 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; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

31 Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 11.
“... (1) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
(2) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...”

32 Convención Americana de los Derechos Humanos
Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad
“...Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello...”

33 Artículo 15 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

34 Considerando 18, de la Sentencia. Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, N° 0012-2006-PI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Colegio de Abogados de Lima. “...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 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

es de carácter material porque el principio de legalidad limita los márgenes de actuación no solo de los legisladores al momento de emitir leyes que no deben ser contrarias ni vulneratorias a este principio sino también a los magistrados cuando van a calificar los delitos de función y consideran como tal conductas no tipificadas en el ordenamiento penal Militar Policial y en su vertiente subjetiva el Tribunal ha manifestado que es un derecho que garantiza a toda persona sometida a un proceso penal que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa. Esta visión constitucional del principio de legalidad obliga a los magistrados a la prohibición de la aplicación retroactiva del a Ley penal salvo que favorezca al reo, la prohibición de la aplicación de la analogía, sobre la analogía en materia penal militar policial, ha sido proscrita al encontrarse prohibida expresamente por el Código Penal Militar Policial³⁵, la prohibición de cláusulas legales indeterminadas y la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito³⁶, lo que se debe entender que toda conducta prohibida debe estar tipificada en el ordenamiento penal militar policial previamente, ergo la Constitución garantiza la plena observancia del principio de legalidad en el desarrollo del proceso desde el inicio de la investigación a fin de evitar la vulneración al principio de legalidad y por ende un proceso ineficaz.

5.3 La motivación

Como garantía constitucional, menciona el Tribunal supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la

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.

35 Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

“... Artículo V.- Prohibición de la analogía

No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito de función militar o policial, ni para definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad por aplicarse...”

36 Considerando 22. De la sentencia- 0012-2006-PI/TC, 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*).

Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación³⁷ En el Fuero Militar también tiene especial relevancia ya que el juez militar policial así como el fiscal cuando desarrollan sus decisiones en las resoluciones y disposiciones deben explicar esas decisiones dentro de un contexto de justificación, es decir sustentar con razones jurídicas sus decisiones de tal forma que se encuentren justificadas interna y externamente para considerarse solidas jurídicamente. Sobre la motivación el Tribunal Constitucional ha emitido reiterada jurisprudencia desarrollando inclusive los tipos de motivación, en la sentencia N° 3943-2006-PA/TC ³⁸ que también debe ser observada por los magistrados del Fuero Militar Policial.

37 Considerando 18 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, Lima, Mateo Grimaldo Castañeda Segovia.

38 En el expediente N° 3943-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional, ha sostenido que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.*
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.
- d) *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

5.4 Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación

El otro derecho que deriva del debido proceso según el Tribunal Constitucional es el que tiene un reconocimiento que no se agota en la Constitución sino que encuentra su protección en la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el particular este derecho tiene relación con la imputación objetiva que realiza el fiscal contra el imputado que implica que el fiscal determine en forma clara, precisa y concreta los cargos sobre los cuales recae la imputación, ello comprende el detalle coherente de los hechos, lugar y circunstancias a efectos que el imputado pueda defenderse haciendo uso de su derecho de defensa, ya que una imputación imprecisa, vaga, ilógica, incoherente supone una vulneración abierta al principio de imputación necesaria³⁹ así como al derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación. Este derecho a la comunicación de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos rige inclusive antes que se formule la acusación, considera la Corte inclusive cuando se le notifique para su primera declaración, lo que en mi opinión es coherente, considerando que la base del derecho de defensa es el conocimiento satisfactorio del imputado de los cargos sobre los que recae su imputación. Es menester el cumplimiento de este derecho que evitará la prosecución de un proceso contaminado de errores judiciales y posibles nulidades acarreadas a consecuencia de una imputación deficiente y carente de coherencia que conlleva innegablemente a destruirse ante el control de constitucionalidad que se dará en el desarrollo del proceso.

497

5.5. Derecho a la Defensa

Es otro de los derechos irrestrictos en materia penal, que asiste al imputado en todos los estadios del proceso, el Tribunal Constitucional ha desarrollado sendos análisis respecto este derecho y mencionado aspectos relevantes que deben ser observados por el intérprete en materia penal, uno de los aspectos que se debe tener en cuenta es que el derecho de defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y finaliza cuando finaliza el proceso, el Tribunal menciona que el derecho de defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como

39 Exp. N° 07978-2013-PHC/TC, Arequipa, Wilson Gaudencio Valencia Charaja, Sentencia del Tribunal Constitucional.

un verdadero sujeto del proceso y no como un objeto del mismo⁴⁰. El respeto al derecho a la defensa tiene su justificación en que el imputado debe tener conocimiento de manera clara y detallada la imputación en su contra desde su notificación, y contar con el derecho de defensa en todo el desarrollo de la investigación, es posible que la imputación varíe ampliándose o agregando otros cargos por lo que este derecho es irrestricto, la persona investigada no debe quedar en ningún momento en estado de indefensión, este derecho se ejerce a través de otros derechos como el derecho de ejercer su autodefensa material, el derecho a intervenir en el proceso en igualdad de condiciones en la actividad probatoria, el derecho a no auto incriminarse, el derecho a la defensa técnica, el derecho al traductor o interprete, el derecho a ser oído entre otros⁴¹.

5.6. El derecho a la presunción de inocencia

El fundamento de este derecho elevado a la categoría de principio ha sido desarrollado no solo por el Tribunal Constitucional sino también por la Corte Interamericana de derechos humanos, la Corte a mencionado en la sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de fecha 12 de noviembre de 1997, que el principio de presunción de inocencia como garantía judicial implica que una persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, lo que implica que una persona no puede ser detenida más allá de los límites permitidos porque si no devendría en una detención ilegal a menos que se sustente adecuadamente la prisión preventiva como una medida excepcional, la Corte ha resaltado que este derecho también exige que una persona no pueda ser condenada si no existe prueba plena. Al respecto, en el proceso penal militar policial, se ha identificado una serie de falencias respecto a este derecho, considerando que en Sala Suprema de Guerra se han emitido Resoluciones y Sentencias que han declarado la nulidad de procesos por vulnerar los derechos del imputado así como sentencias absolutorias por insuficiencia probatoria al no haberse incorporado al proceso pruebas plenas sino algunas veces copias simples sin ningún tipo de corroboración y una serie de irregularidades en la incorporación de la prueba al proceso penal militar

40 Considerando 29, 30, 31, de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

41 Considerando 32 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

policial generando un proceso penal ineficaz además de vulnerar los principios de celeridad procesal, economía procesal y otros de relevancia constitucional.

El Tribunal Europeo ha precisado que el principio de presunción de inocencia no se limita a una simple garantías procesal en materia penal, su alcance es más amplio exige al Estado que ningún representante de este puede declarar culpable a una persona mientras no se pruebe su culpabilidad⁴²

5.7. Derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial

Este derecho en mi opinión es más que un derecho una garantía de la función jurisdiccional que no ha dejado de tener eco en las sentencias del Tribunal Constitucional así como en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es una garantía del debido proceso protegido también por instrumentos internacionales como la Convención Americana que establece que este derecho es una garantía que exige que el procesado debe ser juzgado en un plazo razonable y por un juez o tribunal independiente e imparcial⁴³

499

El Tribunal Constitucional también ha expresado que es una garantía fundamental del debido proceso, haciendo alusión que la Corte Interamericana ha mencionado que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos es la garantías de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en la faceta institucional, esto es en relación con el Poder Judicial, como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico”⁴⁴.

42 Considerando 43 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

43 El artículo 8.1 de la Convención Americana establece:
Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal (...) independiente e imparcial (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

44 Considerando 43 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

Asume el Tribunal haciendo referencia a la sentencia (Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, sentencia del 5 de agosto de 2008), que el objetivo de la Sentencia radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial e incluso por los magistrados que tienen facultades de revisión o apelación⁴⁵

Al respecto mucho se ha cuestionado esta garantía en el proceso penal militar policial, alegando que los jueces y fiscales que forman parte de los tribunales militares policiales no están imbuidos de imparcialidad e independencia por provenir de las instituciones Militares y Policiales donde prima la jerarquía y la obediencia debida, lo que podría influir en las decisiones de los magistrados los que podrían ser intimidados o condicionados a una decisión fuera de los parámetros de la imparcialidad e independencia, también se ha cuestionado la forma como se han nombrado a los magistrados del Fuero Militar Policial alegando que deberían ser nombrados por un Órgano como el Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, en mi opinión, el Fuero Militar Policial es una jurisdicción excepcional y *suigeneris* cuya existencia tiene protección constitucional, es una Institución que se encuentra bajo la lupa de la Constitución al igual que el Poder Judicial, las sentencias que emite pueden ser cuestionadas a nivel Tribunal Constitucional, cualquier error judicial es pasible de nulidad y de responsabilidad funcional, el magistrado militar policial no razona al margen de la ley y la Constitución, se encuentra obligado por las mismas y por los tratados y convenios en materia de derechos humanos, asimismo la organización y funciones está regulada por el legislador mediante una Ley de Organización y Funciones. La imparcialidad e independencia es una garantía que en mi opinión pertenece al fuero interno del magistrado, porque a este le es exigible lo establecido en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial que reza por la independencia e imparcialidad que debe prevalecer ante cualquier intento de influencia relacionada con la jerarquía militar que no tiene por qué ser una justificación para el cumplimiento de esta garantía del debido proceso, también puedo afirmar que en el tiempo que me vengo laborando en esta Institución no he visto de manera objetiva algún cuestionamiento al cumplimiento

45 Considerando 43 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

de esta garantía. Por otro lado es menester mencionar que la especialidad del proceso militar policial radica en el conocimiento especial, valga la redundancia de los magistrados de las características y la naturaleza propia de la vida militar y policial que le es más familiar inclusive en los usos y costumbres propias de la vida militar y policial, además reúnen las condiciones de una formación jurídica continua y exigente para satisfacer los estándares de exigencia jurisdiccional, los que deben ser consideradas también como una garantía del proceso penal militar policial.

Considero que los magistrados que administran justicia así como las fiscalía en todos los tipos de procesos están obligados a demostrar imparcialidad objetiva y subjetiva, la última porque esta ligada al fuero interno del magistrado que debe estar exento de cualquier tipo de interés con el proceso y en la dimensión objetiva el magistrado solo debe observar el pleno respeto a las leyes y la Constitución como norma Suprema, debe ser un verdadero soldado de la Constitución y a la vez una garantía del respeto a misma, esta vertiente se encuentra estrechamente ligada a la subjetiva que debe rechazar cualquier tipo de amenaza o intromisión directa o indirecta haciendo prevalecer el respeto a la Constitución ergo a las garantías que ella alberga.

5.8. Principio *non bis in idem*

Este principio, considero que más que un principio es una garantía del debido proceso que también se encuentra protegido por instrumentos internacionales como la Convención Americana⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁷ los mismos que buscan proteger a las personas que ya han sido procesados por los mismos hechos siempre que se trate del mismo sujeto, y mismo fundamento. En el Fuero Militar Policial se ventilan los procesos por delitos de función los mismos que difieren de los delitos comunes, las razones ya las hemos expuesto anteriormente, lo que se podría alegar es que los delitos de función difieren en el fundamento con respecto al catálogo de delitos del fuero

46 El artículo 8.4 de la Convención Americana prescribe que:

El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

47 Artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto dispone:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por [el mismo hecho] por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

común y tienen prevalencia sobre los procesos administrativos que se realiza en las instituciones castrenses, así lo han mencionado los pronunciamientos de la Sala Suprema de Guerra del Fuero Militar Policial.

6. Conclusiones

De acuerdo a lo desarrollado se ha podido determinar que la constitucionalización del derecho penal militar policial ha existido desde que el nuevo Código Penal Militar Policial ha establecido en su contenido normas que se encuentran dentro del bloque de constitucionalidad, como parámetros de control del proceso militar policial y de plena observancia por los magistrados del Fuero Militar Policial

El fuero Militar Policial en el desarrollo del proceso penal especializado, no está exento de la observancia de las garantías de la función jurisdiccional a viva cuenta que estas garantías se encuentran protegidas no solo por la Constitución Política sino por instrumentos internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte.

502

El proceso penal militar policial al no ser ajeno a la observancia de las garantías de la función jurisdiccional especialmente del debido proceso, se encuentra acorde a las exigencias de los parámetros del Estado Constitucional de Derecho.

7. Recomendaciones

Los Magistrados del Fuero Militar policial deben justificar sus resoluciones y disposiciones fiscales con plena observancia de las garantías del debido proceso, poniendo en especial relevancia la motivación, la misma que debe darse dentro de un contexto de justificación interna y externa para satisfacer las exigencias de un Estado Constitucional de Derecho subsistente en el principio democrático.

A los magistrados del Fuero Militar Policial, deben cambiar el esquema mental de subsumirse en el culto a la ley, degenerando el positivismo en un formalismo radical que ya no cabe en un Estado Constitucional de Derecho, máxime si el mismo Código Penal Policial reúne las condiciones como una norma coherente con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que exigen una adecuada interpretación y aplicación, lo

que les exige adecuar sus decisiones dentro de los parámetros de las exigencias del proceso penal militar garantista acorde con el Estado Constitucional de Derecho.



Bibliografía

- AGUILÓ REGLA Josep “*En el Constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli, en un debate sobre el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli*”, en Monográfico revista Doxa, núm. 34, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, pág. 52.
- ALEXY Robert, Revista Doxa, 2005 por Larenz, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1980, p. 52
- CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL DECRETO LEGISLATIVO N° 1094 Promulgado: 31-08-2010. Publicado : 01-09-2010.
- EXP. N° 0001-2013-PI/TC LIMA PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, PLENO JURISDICCIONAL Expediente 0001-2013-PI/TC “*Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 153-Arequipa, que establece disposiciones relativas a la prestación del servicio de transporte regular de personas*”. Cdo-9
- EXP. N° 04944-2011-PA/TC LIMA MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- EXP. N° 00156-2012-PHC/TC LIMA CÉSAR HUMBERTO TINEO CABRERA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- FERRAJOLI Luigi (1999) “*Derechos y Garantías. La Ley del más débil*”. Capítulo 5 la soberanía del mundo moderno Trotta Madrid Pp- 125-158.
- LANDA Cesar citando a Mir Puig, Santiago. «*El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal*». En Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009, pp. 1357-1382.
- LANDA Cesar en “la Constitucionalización del Derecho Penal”.
- MANUEL Atienza, “*Un debate sobre el constitucionalismo a propósito de un escrito de luigi ferrajoli*” en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 13-14
- RODRÍGUEZ SERPA Ferney “*de la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho*”, Pilar Ruiz Zapata, Revista Republicana ISSN: 1909 - 4450 • núm. 9
- PLENO JURISDICCIONAL Expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC.

PLENO JURISDICCIONAL Expediente 0001-2013-PI/TC SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Del 24 de noviembre de 2015

PLENO JURISDICCIONAL Expediente 00022-2011-PI/TC SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Del 8 de julio de 2015

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Del 15 de diciembre de 2006

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Convención Americana de los Derechos Humanos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.