

INFORME JURÍDICO
ANÁLISIS DE DECRETOS LEGISLATIVOS
1094, 1095, 1096 y 1097¹

ESQUEMA

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DELEGATIVA

ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1097

ASPECTOS PENALES

- A. Variación de la detención o prisión preventiva por comparecencia bajo cuidado institucional: depositados en los cuarteles policiales y militares
- B. Variación de la orden de captura de los procesados ausentes y contumaces a través de una caución económica: fin de las requisitorias
- C. Sobreseimiento de la causa por exceso del plazo de la Instrucción o de la Investigación preparatoria

ASPECTOS CONSTITUCIONALES

- A. El D.L. N° 1097 ha regulado materias que no fueron delegadas por el Congreso
- B. El D.L. N° 1097 brinda un tratamiento especial a los procesados por graves delitos contra los derechos humanos, en forma inmotivada
- C. El D.L. N° 1097, al brindar un tratamiento especial a los procesados por graves delitos contra los derechos humanos, viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación
- D. El D.L. N° 1097 no puede regular materias que impliquen modificación de la Constitución Política ni violación de los derechos fundamentales
- E. El D.L. N° 1097 no puede regular materias que impliquen incumplimiento de instrumentos de protección internacional de los derechos humanos y jurisprudencia de tribunales internacionales en materia de derechos humanos
- F. El D.L. N° 1097 no puede violar e incumplir los compromisos del Estado peruano en materia de derechos humanos
- G. El D.L. N° 1097 no puede violar el derecho fundamental a la verdad, ni promover la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos a través de leyes de amnistías encubiertas

ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1095

- A. La ambigüedad de los términos jurídicos utilizados amenaza de forma cierta e inminente el ejercicio de los derechos constitucionales a la participación y la libertad de reunión
- B. El establecimiento de los estados de emergencia no implica suspensión del Estado Constitucional de Derecho
- C. El Derecho Internacional Humanitario se aplica a situaciones especiales pero no por la calidad de los agentes del Estado
- D. Desnaturalización del Derecho Internacional Humanitario
- E. No toda conducta ilícita cometida por militares y policías es delito de función

ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1094

- A. 21 artículos que incumplen lo dispuesto por el Tribunal Constitucional
- B. Nuevos artículos inconstitucionales que incumplen el concepto de “delito de función”

ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1096

NATURALEZA DEL CONTROL SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS POR PARTE DEL CONGRESO

¹ Informe Elaborado por: Juan Carlos Ruiz Molleda, Juan José Quispe, Gerardo Arce Arce y Lilia Ramírez Varela.

INTRODUCCIÓN

El miércoles 1º de septiembre el Gobierno expidió los Decretos Legislativos 1094, 1095, 1096 y 1097, en el marco de la Ley 29548, publicada el 3 de julio del año en curso, y a través de la cual, se delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

Con estos decretos legislativos, referidos a beneficios a militares, no sólo se ha beneficiado indebidamente a militares y policías acusados o condenados por graves violaciones de derechos humanos perpetradas en el pasado (decreto legislativo 1097), sino que también han aprovechado para “blindar” legalmente a los militares que a futuro cometan nuevas violaciones de derechos humanos o incurran en delitos comunes, tanto en el marco del combate contra los remanentes terroristas de Sendero Luminoso en el Alto Huallaga y el VRAE, como en contextos de intervención de las fuerzas armadas en conflictos sociales.

Estas normas generan mayores riesgos para el respeto de los derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que participen en acciones de protesta, o que puedan verse afectados como consecuencia de la actuación de las fuerzas armadas en contra de grupos subversivos, debido a la definición amplia e imprecisa de grupo hostil.

También llama la atención la amplia delimitación de competencias del Fuero Militar Policial, en el sentido de establecer que “las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial” (artículo 27º del D.L. 1095). Es decir, todas las denuncias por presuntas violaciones de derechos humanos que los miembros de las fuerzas armadas pudieran cometer en el control del orden interno, serán competencia de la justicia militar.

Por ello, hay que señalar que muchas de estas normas transgreden el marco constitucional vigente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el marco de derecho internacional de los derechos humanos, establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y las reglas jurídicas dictadas por la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. En líneas generales significan criminalización de la protesta social e impunidad de ante la violación de derechos. Por ello los jueces, fiscales y operadores jurídicos en general deben inaplicar estos decretos conforme lo manda el artículo 139 de la Constitución, y el Congreso de la República debe realizar un verdadero control de estas normas.

ANTECEDENTES: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DELEGATIVA²

Ya anteriormente nos pronunciamos sobre la mencionada inconstitucionalidad de esta ley delegativa. En aquella oportunidad concluimos que el Congreso no había cumplido con todos los requisitos formales para expedir una ley delegativa de facultades legislativas, a favor del Ejecutivo. Si bien es cierto que el mandato temporal se ajusta a la Constitución y al Reglamento del Congreso, y se delegó facultades legislativas en materias no prohibidas por la Constitución, dicha ley no ha cumplido con delimitar en forma clara y precisa el mandato material.

²Ver http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc08072010-144313.pdf.

Asimismo, el Congreso no cumplió con respetar y observar los requisitos sustanciales de fondo que se le exige para delegar facultades legislativas. En efecto, no se acreditó el carácter excepcional de la delegación de facultades legislativas, se delegaron en asuntos políticos y controversiales que muy bien pudieron ser legislados por el Congreso. Asimismo, no se motivó adecuadamente la delegación, la ley delegativa está referida a materia sobre derechos humanos sobre la cual no puede pronunciarse. Finalmente, la delegación de facultades abre la posibilidad de aprobar beneficios procesales a militares y policías procesados y condenados, lo cual implica una violación del derecho fundamental a la verdad, toda vez que pretendería promover la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos.

El uso de los decretos legislativos no es discrecional, es necesario observar un conjunto de requisitos de forma y de fondo establecidos en la Constitución y en el Reglamento del Congreso³. En ese sentido, la ley delegativa debe adecuarse al mandato constitucional para dichas normas.

ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1097

ASPECTOS PENALES

Este decreto legislativo, ahora ya derogado, tenía nombre propio: beneficiaba a los militares y policías que actualmente son investigados por el Ministerio Público y que son procesados por delitos de homicidio calificado previstos en los códigos penales de 1924 y 1991, considerados como graves violaciones a los derechos humanos, así como a los delitos de lesa humanidad previstos en el código penal de 1991 (artículo 1°).

En tal sentido, establece una serie de mecanismos que otorgan la libertad inmediata a los procesados y otras formas de excarcelación o sujeción al proceso, entre ellas tenemos:

A. Variación de la detención o prisión preventiva por comparecencia bajo cuidado institucional: depositados en los cuarteles policiales y militares

En los procesos en donde está vigente el nuevo Código Procesal Penal, el Juez podrá variar la detención preliminar o detención preventiva por el de comparecencia restrictiva, sometiéndose el beneficiario al cuidado de una persona o institución. En el caso de ser personal militar o policial en actividad o en retiro, el cuidado y la vigilancia está (debió decir estará) a cargo de la institución a la que pertenece (inciso a. del artículo 3.2).

En los procesos iniciados bajo los alcances del Código de Procedimientos Penales de 1940, el Juez o la Sala Superior variarán la detención por la comparecencia, con la restricción prevista en el inciso 1 del artículo 288° del nuevo Código Procesal Penal, vale decir, someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución (según sea el caso) en un ambiente de la institución militar o policial a la que pertenece el beneficiado con la medida. Si el Juez lo estima pertinente le otorgará comparecencia simple.

³ El antecedente de esta norma del Reglamento del Congreso lo encontramos en la Ley 25397, la cual regula los decretos legislativos del artículo 13 al 21. En el artículo 14 se establece por ejemplo que “La Ley que autoriza el ejercicio de la legislación delegada debe precisar: a) La materia y los criterios que definen el marco de las facultades legislativas que se otorgan; y, b) El plazo dentro del cual se pueden ejercer las facultades legislativas.

La ley que autoriza dictar decretos legislativos en materia de leyes orgánicas debe aprobarse por la mayoría calificada a la que se refiere el artículo 194 de la Constitución Política. El contenido de los decretos legislativos no puede exceder el marco definido por este artículo”.

En los procesos que aún se inicien con el Código de Procedimientos Penales de 1940 (vigente), el Juez dictará mandato de detención solamente teniendo en cuenta los siguientes requisitos: a) Antecedentes del procesado; b) Teniendo en cuenta otras circunstancias que permitan argumentar y colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). Ni un solo requisito más. Esto es peligrosísimo si tenemos en cuenta que son materia de juzgamiento delitos graves como homicidio calificado y delitos de lesa humanidad.

En buena cuenta, este artículo derogaría tácitamente el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991 (vigente a la fecha) que establece los requisitos del Juez para dictar mandato de detención: a) Que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de delito que vinculen al autor como autor o partícipe del mismo; b) Prognosis de Pena superior a un año de pena privativa de libertad; y c) Peligro procesal de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria.

Finalmente, se establece que el Juez también podrá ordenar la comparecencia del inculpado, siempre bajo el cuidado de la institución a la que pertenece (inciso b. artículo 3.2).

B. Variación de la orden de captura de los procesados ausentes y contumaces a través de una caución económica: fin de las requisitorias

El artículo 4° del decreto legislativo establece la entrada en vigencia del inciso 4) del artículo 288° del Código Procesal Penal de 2004.

En tal sentido, el Juez podrá variar la detención por comparecencia si el prófugo de la justicia manifiesta su voluntad de ponerse a derecho para lo cual le impondrán una caución económica siempre y cuando el peticionario sea solvente, o en su defecto mediante una fianza personal idónea y suficiente del propio procesado o de algún familiar (cualquiera sea el caso).

Esta norma, es una puerta abierta para aquellos procesados que tiene mandato de detención vigente, que no se han puesto a derecho bien sea porque se encuentran bajo el manto protector de su institución o por deficiencia de la policía judicial al momento de efectuar capturas, o bien tiene paradero desconocido. Ahora, ¿basta que se pongan a derecho, paguen su caución de cualquier forma e inmediatamente se levante su orden de captura?

C. Sobreseimiento de la causa por exceso del plazo de la Instrucción o de la Investigación preparatoria

Se establece la entrada en vigencia de los artículos 344° al 348°, y el inciso 4 del artículo 352° del nuevo Código Procesal Penal del 2004, en los distritos judiciales donde no se encuentre vigente: Lima, Callao y Cono Norte.

Estos artículos se refieren al momento en que termina la investigación preparatoria y corresponde al fiscal emitir su dictamen, bien sea acusatorio o pidiendo el sobreseimiento de la causa, siempre que se encuentren inmersos en 4 supuestos: a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado; b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de culpabilidad o de no punibilidad; c) La acción penal se ha extinguido; y d) No existe razonablemente posibilidad de incorporar nuevos datos y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

Inexplicablemente, el inciso 6.2 del artículo 6° (y obviamente como una norma de contrabando en lo que se refiere a las medidas de sobreseimiento no legisladas en el Código Procesal Penal del 2004) se incorpora una nueva figura de sobreseimiento: **sobreseimiento parcial por vencimiento del plazo de la instrucción**; aplicable a los 6 meses tratándose de un procedimiento ordinario, o en caso de ser los procesos complejos, a los 18 o 36 meses según corresponda (artículo 202° del Código de Procedimientos Penales). El Juez dictará una resolución que beneficiará a todos los procesados y no solamente al peticionante.

Este mismo inciso 6.2., establece que: *“...el órgano jurisdiccional que tenga en su poder el expediente principal dicta la correspondiente resolución de sobreseimiento parcial a favor de todos los encausados que hayan sufrido el exceso de plazo de la investigación...”*. Con este señalamiento expreso, no queda la menor duda que esta norma permite que el sobreseimiento pueda ser dictado también a nivel de la Corte Superior -léase Sala Penal Nacional o Sala Penal Especial-, e incluso a nivel de la Corte Suprema. Es decir, queda expedita la posibilidad de que los integrantes del Destacamento Especial de Inteligencia del Ejército “Colina”, que se encuentran en condición de procesados en los caso Barrios Altos, El Santa y Pedro Yauri puedan solicitar el sobreseimiento del proceso por vencimiento del plazo de juzgamiento.

El trasfondo de esta norma es muy clara y evidente: se otorgará libertad a los procesados siempre que los plazos de la instrucción hayan vencido y aún tengan la condición jurídica de procesados o imputados. Este es un hecho que si es analizado con el íntegro de la normas se concadenan perfectamente, pues una vez puestos en libertad, se levanta la orden de impedimento de salida del país, siendo la consecuencia lógica es su fuga del territorio peruano ante una inminente sentencia. Verbi gracia, los miembros del grupo Colina, que están ad portas de ser sentenciados, escaparían a la justicia.

Otro beneficio procesal legislado en esta nueva norma de índole procesal es la referida a que: **El Impedimento de salida se extingue a los 8 meses, es decir, fronteras abiertas**. En ese sentido, es cuestionable este artículo 5° que adelanta la vigencia del inciso 2) del artículo 296° del nuevo Código Procesal Penal en donde se establece que toda orden de impedimento de salida de los procesados durará 4 meses, ampliándose extraordinariamente por un plazo similar.

Lo más grave viene en el párrafo siguiente al establecerse que si una orden de impedimento de salida se encuentra vigente a la fecha y ha excedido el plazo de 8 meses desde su expedición, de oficio el juez deberá levantar dicha medida. Esto implica que aquellos procesados que gozan de la medida de comparecencia con restricciones **(que actualmente son un 90% de los inculcados en los juzgados supraprovinciales y la sala penal especial)** tienen el camino libre para fugar del país y ponerse a buen recaudo. (Inciso 5.2.)

Este mismo criterio irracional se aplica para aquellos imputados que se ponen a derecho y acrediten tener residencia en el extranjero, que hayan cumplido con las diligencias dispuestas por el Juez (que en su caso, sólo consiste en haber brindado su declaración instructiva y que hayan pagado su caución). A ellos sólo se les pondrá emitir impedimento de salida por 04 meses mediante resolución debidamente motivada, la misma que podrá ser ampliada por 04 meses más, luego de lo cual caducará automáticamente dicha medida por imperio de la ley.

Sobre los alcances de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad

La primera disposición complementaria final del decreto legislativo en comentario, establece que esta Convención, aprobada por Resolución Legislativa Nro. 27998 surte sus efectos y rige para el Perú a partir del 09 de noviembre de 2003; conforme a la declaración realizada por el Perú al momento de adherirse a la citada Convención, y al fundamento Nro. 15 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 23 de marzo del 2010 recaída en el expediente Nro. 00018-2009-PI/TC.

Agrega la segunda disposición complementaria final que las disposiciones procesales previstas en el presente documento son de aplicación a los procesos de los delitos de homicidio calificado y de lesa humanidad, que se encuentren tanto en el Ministerio Público, juzgados supraprovinciales, juzgados penales especiales, Sala Penal Nacional y Salas Penales Especiales. En tal sentido, consideramos que el Decreto Legislativo 1097 es abiertamente inconstitucional, básicamente porque desconoce los alcances y el contenido de los tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales el Estado Peruano ha suscrito y ratificado en su oportunidad, invocando normas de derecho interno como justificación para el incumplimiento de estos.

En efecto, existe reiterada jurisprudencia emitida por los magistrados del Poder Judicial, que resuelven pedidos de prescripción de la acción penal, en la que han dejado claramente establecido que conforme a lo regulado en el Preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, de la cual el Perú es parte. **Los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se han cometido.**

Así mismo, el Tribunal Constitucional estableció que, a la luz de obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la misma Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de amnistía o excluyentes de responsabilidad, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención en mención.

Estas leyes con carácter especial conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia, e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

Finalmente, la propia Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, bajo los cánones de interpretación internacional, estuvo orientada y fundamentada precisamente, como su nombre expresamente lo indica, a crear un mecanismo internacional expresado en un Tratado de obligatorio cumplimiento. Un tratado que obligue a los estados parte a investigar, procesar y sentenciar a todas aquellas personas que hayan participado directa o indirectamente en las violaciones a los derechos humanos, independientemente del momento en el que los estados lo hayan suscrito o se hayan adherido.

Por ello, podemos concluir que:

- a. El presente decreto legislativo tiene nombre propio: se aplicará exclusivamente a efectivos militares y policiales que se encuentren en investigación preliminar ante el Ministerio Público o en calidad de procesados ante juzgados supra provinciales, juzgados penales especiales o ante la Sala Penal Nacional, por la comisión de delitos contra el cuerpo, la vida y la salud en su modalidad de homicidio calificado, tipificados en los códigos penales de 1924 y 1991; o delitos contra la humanidad establecidos en el Código penal de 1991.
- b. Bajo el manto de este decreto legislativo se establece la entrada en vigencia de las normas contenidas en el nuevo Código Procesal Penal referidas a los requisitos que debe contener el mandato de detención y mandato de comparecencia: caución económica para procesados ausentes y contumaces, impedimento de salida del país, sobreseimiento del proceso por exceso del plazo de la instrucción y alcances procesales de la Convención pertinente sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.
- c. Sin perjuicio de las bondades que contiene las normas del nuevo Código Procesal Penal, se han tergiversado y desnaturalizando los alcances del mismo, puesto que de manera suspicaz se hace la interpretación y unificación de normas para beneficio de los investigados y los procesados.
- d. En atención a lo señalado en el párrafo precedente, se están legislando nuevas formas de libertad para los procesados que tengan mandato de detención preliminar o de prisión preventiva a través de simplificación de los requisitos para emitir el mandato de detención, en donde ya no se deben dar conjuntamente 3 requisitos: suficiencia de pruebas, prognosis de pena y peligro procesal; sino únicamente el requisito sería que el Juez dictara detención en atención a los antecedentes del procesado, y en otras circunstancias particulares, que permita argumentar y colegir razonablemente que no tratará de eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria.
- e. Otros beneficios para los investigados y procesados es lo regulado en el mandato de comparecencia con restricciones bajo la figura del arresto domiciliario, en donde se confinará o depositará a los imputados, sean militares o policías en actividad o en retiro, en una sede de estas instituciones, bajo su cuidado y supervigilancia.
- f. Un beneficio adicional a los procesados declarados por la autoridad jurisdiccional como ausentes o contumaces, es el hecho de que se les podrá variar el mandato de detención con el subsecuente levantamiento de la orden de captura, siempre que se pongan a derecho y paguen la caución impuesta por el magistrado; para lo cual deben contar con recursos suficientes. Esta pueda ser sustituida por una garantía personal del propio imputado o de algún miembro de su familia.
- g. Una puerta abierta para los procesados es el beneficio de la caducidad de los impedimentos de salida, que ahora tendrán un plazo de vigencia de 8 meses como máximo y las que actualmente se encuentran vigentes serán levantadas de oficio por el juez.
- h. Un tema aparte y peligroso en sí mismo, es el referido al sobreseimiento por exceso del plazo de la Instrucción. Es una desnaturalización de los alcances del sobreseimiento

establecido por el Código Procesal Penal, una vez culminada la etapa de la investigación preparatoria. La adición se encuentra plasmada en lo referido a que *“De verificarse el vencimiento de término de la etapa de la instrucción y de haberse excedido todos los plazos establecidos en el artículo 202° del Código de Procedimientos Penales”*, el órgano jurisdiccional que tenga en su poder el expediente principal dicta la correspondiente resolución de sobreseimiento parcial a favor de todos los encausados que hayan sufrido el exceso del plazo de la investigación.

- i. Lo señalado en el párrafo anterior desnaturaliza lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el caso del Walter Chacón Málaga referido al “plazo razonable de la instrucción” pues según el Tribunal Constitucional (TC) son 60 meses. Ahora, conforme a lo dispuesto por el artículo 202° del Código de Procedimientos Penales, el plazo máximo de la instrucción o investigación judicial para procesos ordinarios declarados complejos son de 36 meses debidamente motivados.
- j. En consecuencia, conforme a lo señalado anteriormente, por citar el caso más emblemático, los miembros de grupo Colina que afrontan procesos por crímenes considerados de lesa humanidad obtendrán su inmediata libertad pues los plazos de la instrucción ya vencieron hace mucho tiempo, consecuentemente seguirán siendo procesados en libertad. Sin embargo, lo grave es que al levantarse de oficio las órdenes de captura a los 8 meses, éstos puedan fugar del país.
- k. Debemos ser claros en señalar que ésta norma va mas allá de las facultades otorgadas al Presidente de la República, puesto que solo se le concedió para los casos de militares procesados por delitos contra los derechos humanos. No se le concedió para legislar en casos de policías investigados. Por tanto, de plano es una norma inconstitucional.
- l. En correlato con lo anterior, estas normas tiene por finalidad obtener la impunidad de crímenes cometidos especialmente durante el primer gobierno del actual presidente de la república, casos como “El Frontón” en donde son procesados efectivos militares o el de “Rodrigo Franco” en donde son procesados miembros de la policía nacional serán archivados en virtud a que fueron cometidos antes de la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad. Alan García, Giampietri y Mantilla Campos serían los más beneficiados con esta norma
- m. Finalmente, lo regulado en las disposiciones complementarias y finales respecto a que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad surten sus efectos y rige para el Perú a partir de del 9 de noviembre del 2003 (conforme a la declaración realizada por el Perú al momento de adherirse), beneficiarán a todos los militares y policías procesados por crímenes de lesa humanidad cometidos durante el período de violencia política (1980-2000).
- n. El efecto más grave de este decreto legislativo es que vía acción de garantía se pueden traer abajo la sentencias de los casos La Cantuta, en donde se condenó a Julio Salazar Monroe; y el de Barrios Altos, Cantuta y Secuestros del empresario Samuel Dayer y el periodista Gustavo Gorriti, en donde se condenó a Alberto Fujimori Fujimori. En dichas

sentencias se consideró que los delitos cometidos por estas personas constituyen delitos de lesa humanidad y en ese sentido obtendrían su inmediata libertad.

- o. Adicionalmente, señalaremos que esta interpretación procesal sobre los alcances de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad es abiertamente ilegal y atentatoria contra lo dispuesto por la propia Convención, que en su preámbulo establece que **los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se han cometido**.
- p. De la misma manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos La Cantuta y Barrios Altos, ha sostenido que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de disposiciones excluyentes de responsabilidad penal (**como las establecidas en el presente decreto**) que tengan como propósito impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Entre estas, por ejemplo, podemos precisar las más graves violaciones de derechos humanos (léase tortura, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y afines), todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES

A. El D.L. Nº 1097 ha regulado materias que no fueron delegadas por el Congreso

El D.L. estaba otorgando un beneficio general a todos los procesados en general sin distinción alguna, a pesar que en la Ley 29548 solo se delegó facultades legislativas exclusivamente en materia de beneficios para militares y policías procesados por crímenes contra los derechos humanos⁴. El exceso en que ha incurrido el gobierno no viola el principio de división y separación de poderes contenido en el artículo 43 de la Constitución, sino el artículo 45 de la misma Carta Política, pues se ha ejercido el poder por competencias y atribuciones reconocidas.

Ley 29548, letra c

“la dación de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos”. (Subrayado nuestro)

Ley Nº 1097

Artículo 1.- El presente Decreto Legislativo tiene por objeto adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo Nº 957, a todos los Distritos Judiciales del país, con la finalidad de establecer un marco regulatorio uniforme respecto de los delitos que implican violación de derechos humano. (Subrayado nuestro)

La facultad que ha sido usurpada es la facultad legislativa en sentido general, reconocida en el artículo 102, inciso 1 de la Constitución, desconociéndose el principio de interpretación

⁴ Ver Christian Donayre Montesinos <http://www.enfoquederecho.com/?q=node%2F447>

constitucional de corrección funcional, que exige, respetar el reparto de competencias establecido por el constituyente. Si bien existe el principio de presunción de la constitucionalidad de las normas legales, esta no se aplica toda vez que se ha legislado sobre materias que no le fueron delegadas al gobierno, lo cual supone que estamos ante una norma que tiene un vicio de nulidad.

En otras palabras, solo se pueden legislar en las materias “específicamente” delegadas. Como muy bien lo precisó el artículo único de la Ley 29548, letra c: *“la dación de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos”* (subrayado nuestro).

B. El D.L. Nº 1097 brinda un tratamiento especial a los procesados por graves delitos contra los derechos humanos, en forma inmotivada

El gobierno no sustenta las razones que sustentan estos beneficios especiales para los procesados por crímenes contra los derechos humanos.

D.L. Nº 1097

Artículo 2.- Alcance

El presente Decreto Legislativo es de aplicación a los procesos por los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud previstos en el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991, considerados como violaciones a los derechos humanos, así como por los delitos contra la Humanidad previstos en el Código Penal de 1991.

En otras palabras, por qué se les reconoce estos beneficios a los militares y policías y no a los procesados por otros delitos. Como bien sabemos, no solo los jueces están obligados a motivar sus decisiones jurisdiccionales⁵. Esta motivación viene también exigida por la jurisprudencia del TC (Exp. N.º 0090-2004-AA/TC). En ella se establece que los actos políticos deben estar motivados y dicha motivación debe estar orientada al interés público. Una decisión del Estado que no ha sido motivada o ha sido deficientemente motivada es arbitraria, solo gozará de protección y reconocimiento constitucional cuando éste motivada, en cuyo caso se dirá que estamos ante decisión discrecional.

En otras palabras, discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad. La primera tiene cobertura constitucional, la segunda está proscrita, y se configura cuando una decisión política carece de motivación o fundamento. Las decisiones administrativas incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”. Señala el TC, que un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. Como señala el TC *“Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto”* (Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, f.j. 9 y 12)

C. El D.L. Nº 1097, al brindar un tratamiento especial a los procesados por graves delitos contra los derechos humanos, viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación

⁵ Según la sentencia del TC recaída en el Exp. Nº 3943-2006-PA/TC, reiterada en Exp. Nº 00728-2008-HC, f.j. 7, los supuestos de incumplimiento de la obligación de motivación son: a) Inexistencia de motivación aparente, b) Falta de motivación interna del razonamiento, c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, d) La motivación insuficiente, e) La motivación sustancialmente incongruente.

Además este tratamiento al carecer de motivación y justificación alguna, constituye un acto arbitrario y discriminatorio que viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a favor de los militares y policías procesados por crímenes contra los derechos humanos y en contra de los otros procesados no militares ni policías.

D. El D.L. Nº 1097 no puede regular materias que impliquen modificación de la Constitución Política ni violación de los derechos fundamentales

Si bien esto puede parecer obvio, debemos de insistir en el hecho que la Constitución está por encima de los decretos legislativos. Pero de manera especial, los derechos fundamentales son límites materiales, es decir, criterios sustanciales de validez de las normas infra constitucionales, como son los decretos.

¿Cuál es la fuerza normativa de la Constitución en un Estado Democrático? En primer término debe reconocerse el carácter vinculante de la Constitución Política⁶. Si bien la Constitución es una norma política en la medida en que organiza y limita el ejercicio de poder, es también y fundamentalmente, una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares sin excepción alguna⁷. En segundo lugar, debe reconocerse la supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes⁸. Es decir, la Constitución no sólo es una norma jurídica, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, es la norma de mayor importancia en el sistema de fuentes del Derecho, cuyos efectos irradia a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que se señale con propiedad, que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario⁹. Ello solo es posible gracias *“a la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria”*¹⁰.

Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados de la Constitución Política es la eficacia y aplicación inmediata de esta. Negarle dicha característica implica regresar al Estado Legislativo de derecho en el cual la Constitución no vinculaba a los poderes públicos. En efecto, si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere del desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante. En tal sentido, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará

⁶ Seguimos el esquema desarrollado por Prieto Sanchis cuando caracteriza los elementos caracterizadores de lo que él llama un constitucionalismo fuerte. Ver: PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

⁷ El Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente el principio según el cual ningún poder puede estar exento del control constitucional, pues lo contrario significaría que el poder constituyente está por encima del poder constituido. Así por ejemplo en la sentencia recaída en el Exp. Nº 00006-2006-CC/TC, f.j. 44, señala que “En un Estado Constitucional Democrático los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella”. Esto implicaría en los hechos la pérdida o la limitación de la eficacia normativa de la Constitución. Ver por ejemplo CASTILLO CÓRDOVA, Luis, La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución, en: Gaceta Jurídica, julio 2007, año 13, pág. 73 y siguientes.

⁸ Para García de Enterría, el origen de esto está en la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente, la idea de “rigidez” de la norma constitucional, que la asegura una llamada “super legalidad formal”, que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional, frente a los procedimientos ordinarios”. Esto a su vez, llevará al reconocimiento de una *“superlegalita material”* que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del poder constituyente. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 50.

⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 117.

obligatoria¹¹. La supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes y la eficacia o aplicación directa de la Constitución se encuentra recogida en los artículos 51º¹² y 138º de la Carta Política.

La consecuencia es evidente, bajo ninguna circunstancia, la delegación puede autorizar a modificar la Constitución ni directa ni indirectamente, destacando de manera especial, los derechos fundamentales como límites de validez sustancial de los decretos legislativos.

E. El DL N° 1097 no puede regular materias que impliquen incumplimiento de instrumentos de protección internacional de los derechos humanos y jurisprudencia de tribunales internacionales en materia de derechos humanos

Otro límite sobre el cual no puede delegarse facultades legislativas, ni violarse a través de la expedición de decretos legislativos, es todo lo relacionado con obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano al firmar y ratificar tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Se trata de un límite “no disponible” por el gobierno a la hora de legislar a través de los decretos legislativos.

No podemos olvidar que los tratados internacionales de derechos humanos no solo forman parte del ordenamiento jurídico en virtud del artículo 55º de la Constitución, sino que de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución, tienen rango constitucional, y su contenido normativo que reconoce derechos fundamentales, viene a complementar el elenco de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Esto ha sido reconocido por el propio TC, el cual ha reiterado que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y ensanchan la tabla de derechos fundamentales¹³:

“El rango que detentan trae consigo que dichos tratados estén dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución”. (STC N° 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acumulados f.j. 34).

Pero no solo vinculan y obligan los tratados internacionales de derechos humanos sino las reglas desarrolladas en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos

¹¹ *Ibidem*, pág. 116.

¹² “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”

¹³ Cfr. Exp. N° 0217-2002-HC/TC y Exp. N° 0218-2002-HC/TC, f.j. 2; Exp. N° 0026-2004-AI/TC, f.j. 13; Exp. N° 2798-04-HC/TC, f.j. 8; Exp. N° 1417-2005-AA/TC, f.j. 7; Exp. N° 4677-2005-PHC/TC, f.j. 11-13; Exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 22-23; Exp. N° 4587-2004-AA/TC, f.j. 44; Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. N° 0047-2004-AI/TC, f.j. 18-22; Exp. N° 8453-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f.j. 25-35; Exp. N° 0174-2006-PHC/TC, y Exp. N° 8817-2005-PHC/TC, f. j. 22; Exp. N° 2730-2006-PA/TC, f.j. 12-16; Exp. N° 679-2005-PA/TC, f.j. 35-37; Exp. N° 00007-2007-PI/TC, f. j. 12-26; Exp. N° 03938-2007-PA/TC, f.j. 14. Esta relación fue elaborada por Lilia Ramírez Varela, integrante del Consorcio Justicia Viva.

humanos. En efecto, según el artículo Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional aprobado mediante Ley 28237,

“Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. Esto ha sido ratificado por la jurisprudencia de propio TC: “En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”. (Subrayado nuestro)(Exp. N° 00007-2007-PI/TC, f.j. 36).

Una conclusión que brota de esto es la obligación de todo funcionario público de inaplicar toda norma legal que contradiga un tratado internacional de derechos humanos y jurisprudencia al respecto, como la Corte IDH. Esto es lo que se conoce en la doctrina de la Corte IDH como “control de convencionalidad”:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. párr. 124).

Esta misma institución del “control de convencionalidad” ha sido reconocida por el TC cuando señala:

“Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito”. (Subrayado nuestro) (Exp. N° 02798-2004-HC/TC, f.j. 8)

Si bien el Ejecutivo tiene una facultad de configuración legislativa del contenido de los decretos legislativos, se trata de una facultad restringida, toda vez que no se trata de una facultad legislativa “originaria” sino “delegada”, y en ese marco uno de los límites mayores que tiene, al igual que el Congreso, son los derechos fundamentales. En definitiva como lo dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): “el respeto a los derechos humanos

constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentra en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas”¹⁴.

F. El D.L. Nº 1097 no puede violar e incumplir los compromisos del Estado peruano en materia de derechos humanos

Los estados parte de la Convención Americana¹⁵ tienen la obligación internacional, bajo los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de este tratado internacional, de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones de derechos humanos. En ese sentido, el contenido de esta obligación internacional ha sido delimitado por la Corte IDH en su abundante jurisprudencia, desarrollada respecto de varios casos y varios países del continente. Uno de los elementos que fijan el contenido de esta obligación consiste en que los estados parte no pueden invocar razones de derecho interno para eximirse de su obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar.

Ni al D.L. Nº 1097 ni a ningún tipo de norma legal interna le está permitido declarar la prescripción de graves violaciones a los derechos humanos, ni de formas similares de exclusión de responsabilidad penal. Esta prohibición ha sido reiterada en forma clara por la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual, como ya vimos, vincula a los poderes públicos de nuestro país. La regla de inadmisibilidad de invocar razones de derecho interno para eximirse de la obligación de investigar, juzgar y eventualmente sancionar las graves violaciones de derechos humanos fue establecida por la Corte IDH en el caso *Barrios Altos vs. Perú*:

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Caso Barrios Altos vs. Perú, párr. 41)

Esta regla fue reiterada por la Corte IDH en el caso de La Cantuta:

“Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente la Corte precisó que el principio non bis in ídem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta” (Caso La Cantuta, párr. 153)¹⁶

¹⁴ Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, 2001, párr. 68.

¹⁵ Perú es Estado parte desde el 28 de julio de 1985.

¹⁶ También tenemos el Caso Bulacio. En ella la Corte IDH precisó que: “De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos

No son los únicos casos, esta regla ha sido reiterada y aplicada en múltiples casos relacionados con ejecuciones extralegales, entre otros, en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*, *La Cantuta vs. Perú*, *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, *Zambrano Vélez vs. Ecuador*, *Las Masacres de Ituango vs. Colombia*, y *La Rochela vs. Colombia*. En este último,

“La Corte recuerda su jurisprudencia constante sobre la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (caso La Rochela vs. Colombia, párr. 294).

Incluso se habla de la obligación de remover obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte IDH precisó:

“que en cumplimiento de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos”. (Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 246).

La conclusión es evidente. No está permitido al gobierno, a través de decretos legislativos tal como se pretende con el D.L. 1097, declarar la prescripción de violaciones de derechos humanos ni expedir ningún tipo de norma que impida, limita u obstaculice la investigación procesamiento y sanción de graves crímenes contra los derechos humanos. Se trata de un límite “no disponible” por el gobierno a la hora de legislar a través de los decretos legislativos.

G. El D.L. Nº 1097 no puede violar el derecho fundamental a la verdad ni promover la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos a través de leyes de amnistías encubiertas

Un punto sobre el que es oportuno abundar es el referido a la prohibición de violar el derecho a la verdad y promover la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos, a propósito de la tercera materia delegada. La posición del TC en relación con la judicialización de graves violaciones a los derechos humanos es clara y sostenida¹⁷. Este ha señalado que:

“La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que no

principios es el de pacta sunt servanda, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes” (Caso Bulacio vs. Argentina, 2003, párr. 117)

¹⁷ Cfr. Villegas Namuche (Derecho a la Verdad y marco general) Exp. 2488-2002/HC/TC, f.j. 5; Navarrete (DIDH y su articulación al derecho interno) Exp. Nº 02798-2004-HC/TC; Martín Rivas I Exp. Nº 4587-2004-PA/TC, f.j. 74; (Ne bis in ídem y cosa juzgada) Martín Rivas II Exp. Nº 679-2005-PA/TC, f.j. 58; (leyes amnistía y cosa juzgada) Salazar Monroe (Ne bis in ídem y cosa juzgada) Exp. Nº 03938-2007-PA-TC; El Frontón (votos singulares de los magistrados Eto Cruz y Landa Arroyo) Exp. Nº 03173-2008-PHC/TC.

pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa, cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y también fáctica, cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia". (Exp. 2488-2002/HC/TC, f.j. 5)

El TC no ha tenido problema en reconocer que el derecho a la verdad es un verdadero derecho fundamental:

"La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable" (Exp. N° 2488-2002-HC/TC, f.j. 8).

Asimismo, en relación con el fundamento del derecho a la verdad, precisa el TC que:

"Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derecho Humanos, y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". (2488-2002-HC/TC, f.j. 10)"

Incluso el TC ha ido más lejos, pues ha sostenido que la investigación de las denuncias y el procesamiento de los responsables de crímenes contra los derechos humanos, no son simples formalidades,

"La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, tal cual queda establecido en la presente sentencia, exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos" (Caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003). (Exp. N° 02798-2004-HC/TC, f.j. 19)

De otro lado, en relación con la posibilidad de que el Congreso decrete amnistías, el TC ha sido firme al rechazarlas de plano en los siguientes términos:

“si bien el Poder Legislativo tiene la atribución de ejercer el derecho de amnistiar, es decir olvidar el delito cometido por determinadas personas, lo que produce los efectos de la cosa juzgada, según los artículos 102, inciso 6, y 139, inciso 13, de la Constitución, ello no significa que el Congreso pueda cobijar en las leyes de amnistía a delitos de lesa humanidad –como el secuestro, tortura y ejecución sumaria de personas, por ejemplo–; por cuanto la legitimidad de la Constitución reposa en la defensa de la persona humana y en el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado, según el artículo 1 de la Constitución”. (Exp. N° 679-2005-PA/TC, f.j. 58).

Más adelante agrega el TC que:

“En mérito de ello, el Tribunal considera que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son nulas y carecen, ab initio, de efectos jurídicos. Por tanto, también son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos cometida por los integrantes del denominado Grupo Colina. En su condición de resoluciones judiciales nulas, ellas no dan lugar a la configuración de la cosa juzgada constitucional garantizada por los artículos 102, inciso 6 y el artículo 139, inciso 13, de la Constitución, en la medida en que no existe conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales que la Constitución consagra”. (Exp. N° 679-2005-PA/TC, párr. 60)

El fundamento último de esta proscripción de emitir leyes de amnistía estaría en el hecho que el Poder Ejecutivo, al igual que el Congreso, se encuentra vinculado a la Constitución y a los derechos, valores y principios ahí contenidos. En palabras del TC:

“Este principio-derecho [dignidad humana] constituye una norma jurídica que contiene un mandato obligatorio, el que se hace efectivo, tanto en conexión con el ejercicio de los derechos fundamentales de los particulares –derecho a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución) o el derecho a la justicia (artículo 139 de la Constitución)–, como en el cumplimiento de las funciones de las autoridades estatales. Precisamente por esto, la facultad legislativa del Congreso no es ilimitada, ya que el ejercicio del poder constituido no puede vulnerar los principios y valores constitucionales –como la dignidad de la persona humana, la vida, la justicia, la verdad, entre otros– en que se funda la obra del poder constituyente”. (Exp. N° 679-2005-PA/TC, f.j. 59).

ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1095

El Decreto Legislativo 1095, publicado el 1 de setiembre pasado, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas en el territorio nacional, presenta algunos elementos muy preocupantes que detallamos a continuación.

Esta norma establece tres escenarios para la participación de las fuerzas armadas en tareas de control del orden interno.

A. La ambigüedad de los términos jurídicos utilizados amenaza de forma cierta e inminente el ejercicio de los derechos constitucionales a la participación y la libertad de reunión

El primero está dado por aquellas zonas del territorio nacional en las que se ha declarado el estado de emergencia, y donde se le ha encargado a las fuerzas armadas el control del orden

interno. En este escenario las fuerzas armadas desarrollarán operaciones militares en contra de grupos hostiles, definidos como grupos de individuos en el territorio nacional que reúnen 3 condiciones (artículo 3, inciso f):

- a) Estén mínimamente organizados.
- b) Que tengan capacidad y decisión de enfrentar al Estado en forma prolongada, por medio de armas de fuego, punzocortantes o contundentes en cantidad.
- c) Participan en las hostilidades o colaboran en su realización.

El peligro que constituye el hecho de que el criterio para que un grupo de ciudadanos que realizan acciones de protesta se convierta en un grupo hostil y, por lo tanto, en un objetivo militar lícito, sea simplemente el uso de armas “punzocortantes o contundentes” (es decir, palos, piedras, varas, machetes, etc.). Lo adecuado en este caso sería que el criterio mínimo sea el uso de armas de fuego, en consideración del principio de proporcionalidad que demanda responder con armas de fuego solo los ataques perpetrados con el mismo tipo de armas. Además, el tercer criterio apunta no solo a la participación en hostilidades –concepto no definido en la norma, por lo que cabe la duda de si se aplicaría solo a situaciones de conflictos armados internos, o también a contextos de tensiones y disturbios internos–, sino a la colaboración en ellas, colaboración que, con respecto a un grupo armado, podría darse en calidad de mensajero, vigía, porteador, cocinero, proveedor, etc.

La participación en marchas de protesta en lugares públicos y en general las que se convocan en plazas y vías públicas tal como lo establece el artículo 2, inciso 12 de la Constitución, no constituye delito ni infracción al ordenamiento jurídico. Sin embargo, la forma como está redactado diversos artículos del D.L. 1095 amenazan el ejercicio de este derecho. En efecto, esta definición es muy ambigua e imprecisa, a tal punto que cualquier movilización o cualquier disturbio realizado en el interior del país, como por ejemplo las realizadas en contra del precio del balón del gas, fácilmente podrían encuadrarse en lo que este decreto entiende por grupo hostil.

El segundo supuesto de participación militar está caracterizado por aquellas situaciones en las que se ha decretado un estado de emergencia, pero las fuerzas armadas no asumen el control del orden interno, sino que apoyan a la Policía Nacional del Perú en su control. En este tipo de situaciones ya no se desarrollan operaciones militares, sino acciones militares frente a hechos de violencia en las que se aplican Reglas de Uso de la Fuerza, enmarcadas en las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El tercer supuesto de participación militar está caracterizado por aquellas situaciones en las que las fuerzas armadas apoyan a la Policía Nacional en el combate al terrorismo, narcotráfico o protección de instalaciones estratégicas. En situaciones en las que, si bien no se ha decretado el estado de emergencia, se verifica que la capacidad operativa de la Policía ha sido sobrepasada, o existe peligro de que ello ocurra.

A su vez, es necesario que se tengan en cuenta los aspectos adicionales que señalamos más adelante.

B. El establecimiento de los estados de emergencia no implica suspensión del Estado Constitucional de Derecho

El mencionado decreto señala en su artículo 5.1 que *“Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar*

la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario". Esta norma es repetida en los artículos 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2. Si bien el artículo 5 no excluye la aplicación del ordenamiento constitucional, el artículo 8.1 y 13.2 están redactados en forma muy ambigua, lo cual podría dar pie a interpretaciones que excluyan o suspendan la vigencia de la Constitución y del propio Estado Constitucional de Derecho.

Sobre el particular debemos señalar que los estados de excepción (estado de emergencia y de sitio) contemplados en el artículo 137 de la Constitución, no implican la suspensión ni la derogación parcial de la fuerza normativa de la Constitución Política. Muy por el contrario, el artículo 137 brinda al Estado las herramientas para poder responder a la situación que originó dicho estado, de forma eficaz e inmediata; y siempre, encargando a los jueces el control constitucional de las medidas adoptadas, a través de los procesos de hábeas corpus y amparo, tal como lo establece el artículo 200 de la Carta Política. Es más, el propio artículo 1 del D.L. 1095 reconoce que la finalidad del ingreso de las fuerzas armadas es "la defensa del Estado de Derecho", mal podría defenderse a este último, suspendiéndolo o derogándolo.

C. El Derecho Internacional Humanitario se aplica a situaciones especiales pero no por la calidad de los agentes del Estado

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no depende de la calidad de los agentes que intervienen sino de la verificación de determinadas circunstancias. Estos requisitos son según el numeral 1 del artículo 1º del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Que los conflictos "*se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concretadas y aplicar el presente Protocolo*".

D. Desnaturalización del Derecho Internacional Humanitario

Según el artículo 3 del Convenio IV de Ginebra mencionado, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra¹⁸: "*En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones...*".

Sin embargo, el numeral 2 del artículo 1º del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional¹⁹ (Protocolo II), precisa que "*El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines. Los actos esporádicos y aislados de violencia y otros catos actos análogos, que no son conflictos armados*" (subrayado nuestro). Queda claro que no se aplican el Derecho Internacional Humanitario a contextos relacionados con protestas sociales.

E. No toda conducta ilícita cometida por militares y policías es delito de función

¹⁸ Entró en vigor para el Perú el 15 de agosto de 1956. Fabian Novak y Elizabeth Salmón, Las Obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos, Fondo Editorial PUCP 2002, , Lima, 2000, pág. 819.

¹⁹ Entró en vigor para el Perú el 14 de enero de 1990. Fabian Novak, op. Cit., pág. 976.

El artículo 27 del DL 1095 señala de forma general e imprecisa que *“las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial...”*. Sin embargo, esto es impreciso, pues no toda conducta ilícita cometida por militares y policías es delito de función.

Como muy bien lo ha precisado el TC en su sentencia recaída en el Expediente N° 0017-2003-AI/TC), el Fuero Militar no es un “fuero personal” que persigue a quienes visten uniforme y tampoco depende del lugar en que se cometió el ilícito, pues incluso en un cuartel podría cometerse un delito común. Acogió más bien un criterio material, según el cual existirá delito de función cuando la conducta de un militar o policía en actividad afecte bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional relacionados con el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Y es que no basta con que la conducta este tipificada en el Código de Justicia Militar, sino que ella debe configurar un verdadero delito de función que infrinja un deber militar o policial. De ahí que resulte evidente que una conducta que contraviene derechos fundamentales no puede constituir delito de función. Exige en primer lugar que se trate de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses. En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, y el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Y en tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en servicio, es decir, con ocasión de él.

ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1094

Al respecto es necesario señalar que, tal como lo indicamos desde un inicio, el pedido del Poder Ejecutivo de emitir un nuevo Código de Justicia Militar Policial (CJMP) era innecesario, y su sola demanda de modificatoria resultaba cuestionable, debido a que la fundamentación que utilizaba el Poder Ejecutivo para justificar esta delegación es que el Código de Justicia Militar Policial necesitaba adecuarse a lo establecido en las sentencias del TC, último y definitivo intérprete de la Constitución.

A nuestro parecer el referido Código (Decreto Legislativo 961) no debió haber sido derogado, en tanto sus alcances ya habían sido claramente definidos en una sentencia del TC emitida en el año 2006 (0012-2006-PI/TC). En esta resolución el TC establecía que la justicia militar debe ser restrictiva y que sólo debe atenderse a tipificar faltas de función: *“(i) bajo ninguna circunstancia la justicia militar policial puede investigar y juzgar violaciones de derechos humanos , y (ii) que la justicia militar policial debe restringirse a investigar y juzgar delitos de función y no delitos comunes”*. En este sentido el Alto Tribunal redujo el número de tipos penales y adelgazó esa normatividad adecuándola a los parámetros establecidos por la CADH, la Corte y la Comisión Interamericanas.

Ahora, ante la dación de esta nueva norma, nos queda analizar si la misma se adecua tanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que fue usada como justificación para dar este nuevo Código, o si, ante la incorporación de nuevos ilícitos militares policiales, se cumple con los estándares establecidos por la Constitución y los tratados internacionales.

A. 21 ARTÍCULOS QUE INCUMPLEN LO DISPUESTO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La parte más grave de esta nueva normatividad es que se haya vuelto a incorporar y tipificar supuestos de delito de función que en el año 2006 fueron declarados inconstitucionales por el TC y por tanto expulsados del ordenamiento jurídico.

Debido a ello, la incorporación de estos tipos penales (un total de 21) ya extraídos del marco jurídico significan el incumplimiento de la Constitución y las normas internacionales, por dos razones: (i) se viola el derecho al juez natural, porque con esta norma se abre competencia a jueces que no tendrían por qué tener facultades para desarrollar cierto tipo de procesos por integrar el fuero militar policial, en tanto la jurisdicción competente es la justicia ordinaria; y (ii) porque el gobierno con la dación de estas normas incumple varias sentencia del Tribunal Constitucional. De forma explícita lo menciona la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0012-2006-PI-TC, ratificada posteriormente en el caso Linares Torres (EXP. N° 02284-2007-HC/TC, del 2 de septiembre del 2008), además del Exp. N° 0017-2003-AI/TC, en relación al concepto de delitos de función.

Doble falta, delitos que el TC señaló que deberían ser competencia del fuero común son incorporados en nuevo CPMP

El Tribunal Constitucional en su sentencia del 15 de diciembre del 2006, expediente N° 0012-2006-PI/TC, señaló un conjunto de tipos penales militares-policiales que no encajaban en el concepto de delito de función ampliamente desarrollado líneas arriba, razón por la cual fueron derogados.

Ahora, esta nueva legislación los vuelve a incorporar. Estos son:

<p>D.L. 1094 (Incorpora normas inconstitucionales)</p>	<p>D.L. 961 (Normas declaradas inconstitucionales)</p>
<p>Artículo 60º.- Rebelión militar policial Comete delito de rebelión y será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años y con la accesoria de inhabilitación, el militar o el policía que se levante en armas y en grupo para:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Aislar una parte del territorio de la República, 2. Alterar o afectar el régimen constitucional, 3. Sustraer de la obediencia del orden constitucional a un grupo o parte de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; 4. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de instituciones fundamentales del Estado. <p>Si realiza dichas conductas empleando las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de veinte años.</p>	<p>Artículo 68º.- Rebelión de personal militar policial: Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Alterar o suprimir el régimen constitucional. 2. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado. 3. Separar una parte del territorio de la República, 4. Sustraer a la obediencia del Gobierno a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. <p>Será reprimido con pena privativa de libertad de cinco a quince años, con la pena accesoria de inhabilitación.</p>
<p>Artículo 62º.- Sedición</p>	<p>Artículo 70º.- Sedición</p>

<p>El militar o el policía que en grupo se levante en armas para impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, incumplir una orden del servicio, deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones, o participar en algún acto de alteración del orden público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación.</p> <p>Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años.</p>	<p>Comete delito de sedición el militar o policía que tome las armas, en forma colectiva, para:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción. [...] 4. Participar en algún acto de alteración del orden público.
<p>Artículo 63º.- Motín</p> <p>Comete delito de motín el militar o el policía, que en grupo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se resiste o se niega a cumplir una orden del servicio. 2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectúa cualquier reclamación. 3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina. <p>Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación.</p>	<p>Artículo 71º.- Motín</p> <p>Comete delito de motín el militar o policía, que en forma tumultuaria:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se resiste o se niega a cumplir una orden de servicio. 2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectuar cualquier reclamación. 3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina. <p>Será reprimido con pena privativa de libertad de uno a cinco años.</p>
<p>Artículo 64º.- Negativa del militar o del policía a evitar rebelión, sedición o motín</p> <p>El militar o el policía que, contando con los medios necesarios para hacerlo, no evita la comisión de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra.</p>	<p>Artículo 72º.- Negativa del militar o policía a evitar rebelión, sedición o motín</p> <p>No evitar la perpetración de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo, será reprimido con pena privativa no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra.</p>
<p>Artículo 65º.- Colaboración con organización ilegal</p> <p>El militar o el policía que instruye o dota de material bélico a cualquier grupo armado no autorizado por la ley, organización delictiva o banda, o colabora con ellos de cualquier manera, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años y la accesoria de inhabilitación.</p>	<p>Artículo 73º.- Colaboración con organización ilegal</p> <p>El militar o policía que instruye o dota de material bélico a cualquier grupo armado no autorizado por la ley, organización delictiva o banda, o colabora con ellos, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.</p>
<p>Artículo 66º.- Falsa alarma</p> <p>El militar o el policía que cause falsa alarma, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, y atente contra la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y la accesoria de inhabilitación.</p>	<p>Artículo 74º.- Falsa Alarma</p> <p>El militar o policía que cause falsa alarma en conflicto armado, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, que cause grave daño o afecte la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de ocho años.</p>
<p>Artículo 67º.- Derrotismo</p>	<p>Artículo 75º.- Derrotismo.</p>

<p>El militar o el policía que durante un conflicto armado internacional en el que el Perú es parte realice actos, profiera palabras o haga declaraciones derrota, cuestione públicamente las operaciones bélicas que se llevan a cabo o la capacidad de las Fuerzas Armadas o Policiales peruanas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.</p>	<p>El militar o policía que con el fin de denigrar una guerra en la que intervenga el Perú, realice públicamente actos o profiera palabras de desprecio contra la misma, su condición o las operaciones bélicas o bien contra las fuerzas armadas peruanas; y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años.</p>
<p>Artículo 68º.- Conspiración del personal militar policial El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar.</p>	<p>Artículo 76º.- Conspiración del personal militar policial. El militar o policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.</p>
<p>Artículo 82º.- Saqueo, apropiación y destrucción El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno saquee o, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar o policial, destruya, se apropie o confisque bienes será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Si el autor incurre en el agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años.</p>	<p>Artículo 97º.- Saqueo, destrucción apropiación y confiscación de bienes El que, en relación con un conflicto armado internacional, saquee o, de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, destruya, se apodere o confisque bienes de la parte adversa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.</p>
<p>Artículo 87º.- Abolición de derechos y acciones El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, disponga que los derechos y acciones de los miembros de la parte adversaria quedan abolidos, suspendidos o no sean reclamables ante un tribunal, en violación de las normas del derecho internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años</p>	<p>Artículo 98º.- Abolición de derechos y acciones El militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional, disponga que los derechos y acciones de los miembros de la parte adversa quedan abolidos, suspendidos o no sean reclamables ante un tribunal, en violación de las normas del Derecho Internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.</p>
<p>Artículo 91º.- Métodos prohibidos en las hostilidades Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinticinco años, el militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno: 1. Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades. 2. Ataque por cualquier medio objetos civiles, siempre que estén protegidos como tales por el Derecho Internacional Humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte, la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos; hospitales y lugares</p>	<p>Artículo 95º.- Métodos prohibidos en las hostilidades Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades. 2. Ataque por cualquier medio a objetos civiles, siempre que estén protegidos como tales por el Derecho Internacional Humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos; hospitales y lugares en que se agrupa a enfermos y heridos; ciudades, pueblos aldeas o</p>

<p>en que se agrupa a enfermos y heridos; ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas; así como establecimientos o instalaciones susceptibles de liberar cualquier clase de energía peligrosa.</p> <p>3. Ataque por cualquier medio de manera que prevea como seguro que causará la muerte o lesiones de civiles o daños a bienes civiles en medida desproporcionada a la concreta ventaja militar esperada.</p> <p>4. Utilice como escudos a personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario para favorecer las acciones bélicas contra el adversario u obstaculizar las acciones de este contra determinados objetivos.</p> <p>5. Provocar o mantener la inanición de civiles como método en la conducción de las hostilidades, privando de los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del Derecho Internacional Humanitario.</p> <p>6. Como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel, o 7. Ataque a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un miembro de la parte adversa que participa directamente en las hostilidades, con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33.</p>	<p>edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas; así como establecimientos o instalaciones susceptibles de liberar cualquier clase de energía peligrosa.</p> <p>3. Ataque por cualquier medio de manera que prevea como seguro que causará la muerte o lesiones de civiles o daños a bienes civiles en una medida desproporcionada a la concreta ventaja militar esperada.</p> <p>4. Utilizar como escudos a personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, para favorecer las acciones bélicas contra el enemigo, u obstaculizar las acciones de éste contra determinados objetivos.</p> <p>5. Provocar o mantener la inanición de civiles como método en la conducción de las hostilidades, privando de los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del Derecho Internacional Humanitario.</p> <p>6. Como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel, o</p> <p>7. Mate o lesione a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un miembro de la parte adversa que participa directamente en las hostilidades.</p>
<p>Artículo 92º.- Medios prohibidos en las hostilidades</p> <p>Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Utilice veneno o armas venenosas. 2. Utilice armas biológicas o químicas o 3. Utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones. 	<p>Artículo 102º.- Medios Prohibidos en las hostilidades</p> <p>Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Utilice veneno o armas venenosas. 2. Utilice armas biológicas o químicas o 3. Utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones.
<p>Artículo 93º.- Forma agravada</p> <p>Si el autor incurre en la figura agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de treinta años. Si incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho años.</p>	<p>Artículo 103º.- Forma agravada</p> <p>Si el autor causa la muerte o lesiones graves de un civil o de una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario mediante el hecho descrito en el artículo precedente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años. Si el resultado fuere lesiones leves al autor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho años.</p> <p>Si el autor causa la muerte dolosamente la pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de treinta años.</p>
<p>Artículo 95º.- Delitos contra operaciones humanitarias</p>	<p>Artículo 99º.- Delitos contra operaciones humanitarias</p>

<p>Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno:</p> <p>1. Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional Humanitario, o</p> <p>2. Ataque a personas, edificios materiales, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios que estén identificados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.</p>	<p>Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:</p> <p>1. Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional Humanitario, o</p> <p>2. Ataque a personas, edificios materiales, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios que estén señalados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.</p>
<p>Artículo 96º.- Utilización indebida de los signos protectores</p> <p>El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, utiliza de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, las insignias militares, el uniforme o la bandera del adversario o de las Naciones Unidas, con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.</p>	<p>Artículo 100º.- Utilización indebida de los signos protectores</p> <p>El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional, mate o lesione gravemente a una persona, utilizando de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, la bandera, las insignias militares, el uniforme o la bandera del enemigo o de las Naciones Unidas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.</p> <p>Si el autor causa la muerte dolosamente la pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de treinta años.</p>
<p>Artículo 97º.- Daños extensos y graves al medio ambiente natural</p> <p>El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, ataque con medios militares desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar esperada y sin justificación suficiente para la acción, pudiendo haber previsto que ello causaría daños extensos, duraderos e irreparables al medio ambiente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.</p>	<p>Artículo 101º.- Daños extensos y graves al medio natural</p> <p>El militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que causará daños extensos, duraderos y graves al medio natural desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar global esperada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.</p>
<p>Artículo 130º. - Exceso en el ejercicio del mando</p> <p>El militar o el policía que se exceda en las facultades de empleo, mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y el pago de ciento ochenta días multa.</p> <p>Si a consecuencia de los excesos se incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33, la</p>	<p>Artículo 139º.- Excesos en la facultad de mando</p> <p>El militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.</p> <p>Si como consecuencia de los hechos que preceden, se causare:</p> <p>1.- Lesiones graves, será sancionado con pena</p>

<p>pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de trescientos sesenta días multa.</p> <p>Si los excesos se cometen en enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o si se configura la agravante del inciso 17 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de veinticinco años.</p>	<p>privativa de libertad de tres a diez años, con la accesoria de inhabilitación.</p> <p>2.- Si se causa la muerte será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a veinte años, con la accesoria de inhabilitación.</p> <p>[...]</p>
<p>Artículo 131º. - Modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando</p> <p>El militar o el policía que por negligencia, impericia o imprudencia en el uso de las armas, medios defensivos u otro material, ocasione los resultados de los incisos 16 o 17 del artículo 33 u otros daños a un militar o policía, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.</p>	<p>Artículo 140º.- Modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando</p> <p>El militar o policía, que en acto de servicio, cause la muerte, lesiones o daños a un militar o policía, por negligencia profesional, imprudencia o impericia, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de ocho años.</p>
<p>Artículo 132º. - Excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado</p> <p>El militar o el policía que veje o ultraje gravemente al subordinado, impida que el subordinado presente, continúe o retire recurso de queja o reclamación, exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de un acto propio de su función, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.</p>	<p>Artículo 141º.- Excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado</p> <p>El militar o policía que en acto de servicio militar o policial:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Veye o ultraje gravemente al subordinado. 2.- Impida que el subordinado, presente, prosiga o retire recurso queja o reclamación. <p>[...]</p>
<p>Artículo 140º. - Certificación falsa sobre asuntos del servicio</p> <p>El militar o el policía que expida certificación falsa sobre asuntos del servicio, en provecho propio o de otro militar o policía, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien para obtener cargo, puesto, función o cualquier otra ventaja o lo exima de ellos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.</p>	<p>Artículo 147º.- Certificación falsa</p> <p>El militar o policía que expida certificación falsa en razón de la función o profesión en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.</p>
<p>Artículo 142º. - Destrucción de documentación militar policial</p> <p>El militar o el policía que destruya, suprima u oculte, documentación, en beneficio propio o de otro militar o policía, poniendo en peligro el servicio o la operación militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años.</p>	<p>Artículo 149º.- Destrucción de documento militar Policial</p> <p>El militar o policía que destruye, suprima u oculte, en beneficio propio o de terceros o en perjuicio ajeno, documento verdadero del que no podía disponer, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cuatro años.</p>

Desacato de jurisprudencia del TC, lo que constituye una violación al Estado de Derecho

A nivel interno

Lamentablemente, en el Perú existe una práctica generalizada de incumplimiento de las sentencias de la autoridad judicial, incluidas las decisiones del TC, pese a que el marco normativo peruano cuenta con una serie de mecanismos que apuntan a garantizar el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales, y más aún las sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad de una norma con carácter general²⁰.

Respecto de este último punto hay que señalar que no hay duda que el marco normativo peruano da la facultad al TC de ser el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º de la Constitución en concordancia con el artículo 1º de la Ley Orgánica del TC), y por lo tanto, es el órgano que tiene la potestad de expulsar –total o parcialmente- una ley del sistema jurídico, y ejercer un control sustantivo de la actividad del legislador cuando éste se extralimita y emite una norma contraria a las reglas y principios constitucionales.

Dicho esto, dentro de la legislación peruana, **sí existen mecanismos de coerción que buscan garantizar la obligatoriedad de las sentencias del TC** en los procesos constitucionales. En primer término, tenemos una norma general que obliga al Presidente de la República a coadyuvar en el cumplimiento de todos los fallos jurisdiccionales. El artículo 118º de la Constitución, que establece que: “[c]orresponde al Presidente de la República: [...] 9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales”. Observamos que la Constitución obliga al Poder Ejecutivo a cumplir con la Constitución y las leyes, haciéndolo depositario y garante de la legalidad del sistema.

Respecto de los procesos constitucionales, el Código Procesal Constitucional²¹ contempla una norma que establece medidas de coerción a disposición de la magistratura, con relación al cumplimiento de las sentencias constitucionales, pero que sólo son aplicables a procesos de amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data*, y cumplimiento. El artículo 22º de este cuerpo normativo señala que para el cumplimiento de las sentencias de los procesos constitucionales, “de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable”.

Como segundo punto, es preciso indicar la existencia de un tipo de proceso constitucional, que tiene entre sus fines exigir el cumplimiento de una sentencia jurisdiccional, diseñado para demandar el cumplimiento de las obligaciones establecidas por los órganos judiciales. En este sentido se ha creado el **proceso constitucional de cumplimiento**.

De conformidad con el artículo 200º, inciso 6 de la Constitución, el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, con la finalidad que aquellos cumplan con tales mandatos. Esta norma ha sido desarrollada por el artículo 66º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, el cual precisa que el objeto del proceso de cumplimiento es ordenar que el funcionario, o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal, ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa, o como es nuestro caso, dictar una ley al Congreso conforme lo establece una sentencia del Tribunal Constitucional.

²⁰ “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.” (artículo 82º Código Procesal Constitucional)

²¹ Ley Nº 28237, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de mayo del 2004, pero entró en vigencia el 01 de diciembre del 2004, debido a que se estableció una *vacatio legis* de seis meses.

A su vez, el TC reconoce la configuración del *derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos*²². En tal sentido, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas, surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento²³. En relación a este fundamento, el TC señala que:

“Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículo 3º y 43º), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38º) y la jerarquía normativa) de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51º) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por en de, su eficacia”²⁴ (subrayado nuestro).

Fundamenta el TC, que *“no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces”²⁵ (subrayado nuestro).*

En relación a la necesidad del cumplimiento de las sentencias judiciales y el rol del Estado, la Defensoría del Pueblo, en un informe sobre el tema, indicaba su preocupación señalando que:

“[...] si el cumplimiento de las sentencias queda librado a la discrecionalidad de la Administración, se vulnera la noción misma del Estado de Derecho y se crean condiciones para un régimen de arbitrariedad e imprevisibilidad, contrario a principios constitucionales como la separación de poderes y la autonomía del Poder Judicial. A su vez, se rompe notoriamente el derecho de igualdad que debe asistir a las partes en el proceso, al supeditarse la ejecución de la sentencia judicial a la voluntad de una de éstas, paradójicamente la parte derrotada”²⁶.

A nivel internacional

A su vez, de acuerdo al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH): *“2. Los Estados Partes se comprometen: [...] c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”*. La violación de esta norma convencional ocasiona inmediatamente el incumplimiento del artículo 1º de la CADH, que establece las obligaciones generales de respeto y garantía de los estados a los derechos y libertades de las personas. Es de efecto inmediato e incuestionable que si se aprueba una ley incumpliendo una sentencia de la jurisdicción constitucional, el Estado está dejando de respetar y garantizar lo normado por la Convención y violando los derechos de los que, a futuro, se sometan a la jurisdicción militar con este nuevo Decreto Legislativo 1094.

²² Ver sentencia del TC recaída en el Exp. N° 0168-2005-AC, párr., 9.

²³ Ver sentencia del TC recaída en el Exp. N° 0168-2005-AC, párr., 9.

²⁴ Ver sentencia del TC recaída en el Exp. N° 0168-2005-AC, párr., 11.

²⁵ Sentencia del TC recaída en el Exp. N.º 0168-2005-PC/TC, párr., 8. También se puede revisar la sentencia recaída en el Exp. N° 191-2003-AC/TC y la recaída en el Exp. 4549-2004-PC/TC.

²⁶ Informe Defensorial N° 19, *“Incumplimiento de Sentencias por parte de la Administración Estatal”*, aprobado por Resolución Defensorial N.º 62-98/DP, 26 de octubre de 1998, p. 5

En razón a esto, vemos como la Corte Interamericana ha desarrollado jurisprudencia sobre la necesidad de garantizar la eficacia de las sentencias, como parte de la obtención de un recurso efectivo y del cumplimiento adecuado de la tutela judicial efectiva. Una primera línea jurisprudencial unificada en este sentido se tuvo en el caso de Cinco Pensionistas contra Perú, en éste el alto tribunal señaló que un recurso puede tornarse “ilusorio” cuando su ejecución se dilate más allá de un plazo razonable:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial²⁷ (subrayado nuestro).

Bajo estos argumentos, la Corte IDH declaró la violación del artículo 25º de la Convención en el caso Cinco Pensionistas contra Perú, al señalar que el Estado demandado durante un largo período de tiempo no ejecutó las sentencias emitidas por los tribunales internos.

Posteriormente, en relación con la responsabilidad de los Estados y la eficacia de las sentencias, esta instancia precisó que:

“[l]os estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas”²⁸. Agrega, que “la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas”²⁹ (subrayado nuestro).

²⁷ Ver: *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 136. Sin embargo los antecedentes de esta decisión son: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr., 113; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs., 136 y 137; *Caso Cesti Hurtado Vs. Perú*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr., 125, y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 24.

²⁸ Ver: *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párrs. 59 y 60; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Fondo, párr., 135; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo., párr. 121; *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 216.

²⁹ Ver: *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr., 145; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 79; *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo; *Caso de la Comunidad Mayagna*

Así también ha manifestado que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben tener efectividad, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención”³⁰ (subrayado nuestro).

Por su parte, respecto a un caso de Perú, la Comisión Interamericana ha señalado la tendencia de algunos entes estatales a negarse a cumplir los fallos judiciales que le son contrarios. En este sentido, manifestó que:

“[l]a obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de los fallos judiciales adquiere especial importancia cuando quien tiene que cumplir la sentencia es un órgano del Estado, sea del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar, pues tales órganos forman también parte del Estado y suelen tener privilegios [...]. Dichos órganos pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos”³¹ (subrayados nuestro).

Agregando que hay varias formas de incumplir un fallo jurisdiccional:

“Cuando un órgano del Estado no quiere cumplir con una sentencia judicial que le ha sido desfavorable puede tratar de desconocer el mandato judicial mediante su inobservancia pura y simple, u optar por métodos más o menos elaborados que conduzcan al mismo objetivo de incumplir la sentencia, pero tratando de darle cierta apariencia de validez formal a su proceder”³² (subrayado nuestro).

Por su parte, la Corte señala que para una real protección de los derechos humanos se debe tender a una real ejecución y efectividad de las sentencias,

“[e]l proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”³³. Por ello señala que “El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes”³⁴ (subrayado nuestro).

Finalmente agrega que “[l]a ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho”³⁵.

(Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr., 135; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Fondo, párr. 216.

³⁰ Ver: *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139, párr., 4; *Caso Palamara Iribarne*, párr., 93; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Fondo, párr., 213.

³¹ CIDH. *César Cabrejos Bernuy v. Perú*, Caso 11.800, Informe No. 110/00, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 1175 (2000), párr., 31

³² CIDH. *César Cabrejos Bernuy*, párr., 33.

³³ Ver: *Caso Baena Ricardo y otros*. Competencia, párr. 73 y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Fondo, párr. 217.

³⁴ Ver: *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, párr., 219, citando a: *Antoneeto v. Italy*, no. 15918/89, para. 27, CEDH, 20 de julio de 2000; *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, para. 63, ECHR, 1999-V; y *Hornsby v. Greece* judgment of 19 March 1997, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1997-II, para. 40.

³⁵ Ver: *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, párr., 220.

B. NUEVOS ARTÍCULOS INCONSTITUCIONALES, QUE INCUMPLEN EL CONCEPTO DE “DELITO DE FUNCIÓN”

Conforme lo establecen los artículos I y II del Título Preliminar del nuevo Código Penal Militar Policial la finalidad de esta nueva legislación es:

“[Prevenir] la comisión de los delitos de función militar y policial como medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú”, entendiéndose por delito de función como “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”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en al menos tres sentencias de obligatorio cumplimiento se ha pronunciado sobre lo que debe o no debe introducirse en un Código de Justicia Militar Policial.

Ya desde el 2004, en la sentencia emitida contra la Ley 24150, modificada por el Decreto Legislativo 749, que regulan el papel de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción (Exp. N° 0017-2003-AI/TC), el TC precisó el concepto de delito de función y en qué casos tenía competencia la justicia militar.

Específicamente, el TC señaló que el Fuero Militar no es un “fuero personal” que persigue a quienes visten uniforme y tampoco dependía del lugar en que se cometió el ilícito, pues incluso en un cuartel podría cometerse un delito común. Acogió más bien, como ya hemos mencionado, un criterio material, según el cual existirá delito de función cuando la conducta de un militar o policía en actividad afecte bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional relacionados con el cumplimiento de sus fines constitucionales. Y es que no basta con que la conducta este tipificada en el Código de Justicia Militar, sino que ella debe configurar un verdadero delito de función que infrinja un deber militar o policial. De ahí que resulte evidente que una conducta que contraviene derechos fundamentales no puede constituir delito de función.

Así estableció que:

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

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

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

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

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les

encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

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

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

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

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

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

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

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

A su vez, la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos del Decreto Legislativo 961 (Código de Justicia Militar) emitida el 15 de diciembre del 2006, recaída en el expediente N° 0012-2006-PI/TC, abordó nuevamente la materia vinculada al delito de función y su configuración en el ordenamiento interno.

En sus fundamentos, al igual que en anterior jurisprudencia, el TC abordó el contenido constitucional del artículo 173 de la Constitución que engloba el concepto del delito de función. Aquí, el TC acoge nuevamente el “criterio material” para definir las características del delito de función; excluye los criterios del fuero personal, el de lugar de la comisión del delito, el criterio formal, o el de ocasionalidad, entre otros; pues todos ellos son inconstitucionales en la medida que no garantizan el juzgamiento de lo funcional en estricto, sino que exceden este límite y permiten que los tribunales militares amplíen sus funciones para conocer casos propios de la justicia ordinaria.

Desde esta perspectiva, el TC indica que la materia que puede conocer el Código de Justicia Militar debe ceñirse únicamente a “conductas de índole militar que afectan bienes jurídicos que la Constitución le ha encomendado proteger a las fuerzas armadas y Policía Nacional” (párrafo 34).

Por ello consideramos que cuando la actual norma establece como delito de función “*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*”, está extendiendo la figura, pues la palabra “*vinculados*” es amplia y va más allá de los tipos especificados en el Código.

El hecho que se establezca un concepto amplio de delito de función sin mencionar en ningún momento el artículo 173 de la Constitución referido a las actividades de las Fuerzas Armadas es motivo de preocupación por cómo se pueda interpretar esta norma a futuro.

En líneas generales es poco riguroso el concepto de delitos de función establecido en esta norma, por esta razón es que el anterior Código de Justicia Militar Policial (D.L. 961), no definía el delito de función, sino, aunque no sin problemas, se limitaba a tipificarlos.

A lo señalado, se suma que en este nuevo Código Penal Militar Policial se introducen algunos nuevos supuestos de hecho que rebasan el concepto de delito de función establecido en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y se pretendería utilizarlos en zonas declaradas en estado de excepción.

En este sentido el nuevo Código Penal Militar Policial establece que:

TÍTULO II

DELITOS COMETIDOS EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

[...]

Capítulo II

Delitos de inconducta funcional durante estados de excepción

Artículo 81.- Devastación

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

Si el autor incurre en el agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años.

Artículo 83.- Confiscación arbitraria

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

Artículo 84.- Confiscación con omisión de formalidades

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

Artículo 85.- Exacción

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

Artículo 86.- Contribuciones ilegales

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

[...]

Capítulo III

Delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario

Artículo 88.- Delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario

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

Artículo 89.- Lesiones fuera de combate

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

Artículo 90.- Confinación ilegal

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno:

1. Mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida por el Derecho Internacional

Humanitario o demore injustificadamente su repatriación.

En los supuestos menos graves, la pena privativa será no menor de dos ni mayor de cinco años.

2. Como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa.

3. Oblique mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga, u

4. Oblique a un miembro de la parte adversa, mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave, a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país.

Estas normas violan flagrantemente lo establecido por el TC, pues para éste, el artículo 173° de la Constitución no permite como “delitos de función y, por lo tanto, no son susceptibles de protección mediante el Código de Justicia Militar, bienes jurídicos tales como los derechos

fundamentales. En efecto, derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por lo que deben ser protegidos por la legislación ordinaria³⁶.

A su vez, el hecho que este acápite se establezca dentro del título “delitos cometidos en estados de excepción y contra el derecho internacional humanitario”, no implica, para nada, que esta situación de excepcionalidad implique que las garantías del debido proceso y de acceso a una justicia igualitaria queden suspendidas; o que a los integrantes de las FFAA se les permita realizar acciones distintas a las encomendadas en la Constitución (artículos 137° y 171°) y ahora también reguladas por el Decreto Legislativo 1095, que establece reglas de uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, en diferentes ámbitos, entre ellas: zonas declaradas en estado de emergencia.

El régimen de excepción, conforme al concepto constitucional consiste en la restricción o suspensión del ejercicio de ciertos derechos constitucionales y la consiguiente atribución de poderes extraordinarios al Poder Ejecutivo. La adopción de esta medida no implica el término del Estado Constitucional ni la desaparición de los derechos fundamentales. Más bien, este recurso extremo procura mantener la estabilidad de un régimen constitucional ante una situación de desborde y violencia que afecta la vida de los ciudadanos y de la nación en general.

Se acude al régimen de excepción, en tanto las medidas y restricciones autorizadas en tiempo ordinario son claramente insuficientes para mantener el orden público. Esto quiere decir que disposiciones tan graves tienen que tomarse ante la inexistencia de otra opción menos onerosa. Es por eso que muchos autores llaman a los estados de excepción una “dictadura constitucional”.

En este sentido la sentencia el TC recaída en el Exp. N° 0017-2003-AI/TC, establece que en los estados de excepción el rol de las Fuerzas Armadas se limita a reemplazar a la Policía Nacional en el restablecimiento del orden interno, lo que de ninguna manera supone el incremento de funciones o prerrogativas, sino tan sólo que estas pasan a ocupar excepcionalmente el lugar que la Constitución le confiere a la Policía Nacional en situaciones de normalidad. En palabras del Tribunal, “cuando la Constitución autoriza, excepcionalmente, que las Fuerzas Armadas puedan asumir el control del orden interno, durante la vigencia de un estado de emergencia, no lo hace con el propósito de que en las zonas declaradas como tales se establezca, por decirlo así, una suerte de gobierno militar (subrayado nuestro)” (párrafo 70).

Por tanto, el Tribunal consideró inconstitucional que, a propósito de la declaratoria de estado de emergencia, la Fuerza Armada pretenda: (i) asumir funciones o prerrogativas propias de autoridades civiles (párrafos 21 y 45); (ii) extender su actuación a otros “campos de actividad” distintos a la perturbación del orden interno (párrafos 39 a 42); (iii) establecer “comandos político militares”, pues sólo puede instaurar “comandos militares” (párrafo 54); y (iv) someter bajo su mando a autoridades civiles (párrafos 69 a 72) y menos aún solicitar el cese, nombramiento o traslado de dichas autoridades (párrafos 95 al 98).

En última instancia si las FFAA cometen algún delito en dónde no se vean afectados bienes jurídicos únicamente militares o policiales, y se dañe vida, integridad física, propiedad y más, ese proceso va al fuero ordinario, y jamás al militar como se intenta señalar en los artículos del Código Penal Militar Policial; por más guerra o conflicto que se esté afrontando.

³⁶ Ver sentencia del TC recaída en el Exp. N° 0012-2006-TC-PI, párr., 38.

ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1096

En el caso del Decreto Legislativo 1096, que modifica la ley de organización y funciones del fuero militar policial, Ley 29182, el Gobierno reitera un modelo de organización de la justicia militar policial contrario a lo desarrollado por la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericanas sobre la materia.

Así, podemos señalar que ni la normativa ni la jurisprudencia del sistema interamericano autorizan que los militares en actividad sean juzgados por tribunales integrados por militares en actividad.

En los casos Castillo Petrucci, Cantoral Benavides y Lori Berenson Mejía, la Corte concluyó que los tribunales militares no satisfacían los requerimientos de independencia e imparcialidad exigidos por el artículo 8.1., porque éstos se afectan cuando los jueces militares juzgan a civiles. En los casos Palamara Iribarne y Cesti Hurtado la Corte concluyó que se afecta la independencia y la imparcialidad con el juzgamiento de militares en retiro por parte de tribunales militares. En el caso Durand y Ugarte, la Corte concluyó que los delitos comunes no pueden ser investigados por el fuero militar.

Si bien es cierto, como lo indica el Estado, que los casos anteriores se refieren a civiles que fueron juzgados en tribunales militares (Castillo Petrucci, Cantoral Benavides y Lori Berenson Mejía), a militares en retiro que fueron juzgados por tribunales militares (Palamara Iribarne y Cesti Hurtado), y a militares juzgados por delitos comunes (Durand y Ugarte), a partir del marco fáctico de estos casos no se puede concluir que la Corte Interamericana haya señalado que el juzgamiento de los militares en actividad por parte de militares en actividad es conforme a la Convención Americana, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque en las mencionadas sentencias, la Corte afirma que la independencia y la imparcialidad de la función judicial se afecta no únicamente con el juzgamiento de civiles o de militares en retiro, o de delitos comunes por parte de los tribunales militares, sino también por el hecho de que los jueces militares hagan parte de la jerarquía y la subordinación propia de los institutos armados. Así, en el caso Durand y Ugarte, la Corte concluyó que los delitos relacionados con el uso desproporcionado de la fuerza en que incurrieron los militares que debelaron un motín, por tratarse de delitos comunes y no militares, debieron ser investigados en la justicia ordinaria³⁷; y además, que los militares que integraban el fuero militar no estaban capacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial porque eran, a su vez, miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo. Dijo textualmente la Corte: *“los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial”*³⁸.

En el caso Palamara Iribarne, la Corte estimó que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares supone, en general, que sus integrantes sean militares en servicio activo y estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, lo que lleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad³⁹. Las mismas sentencias citadas por el Estado demuestran que la Corte Interamericana no solo no autoriza

³⁷ Caso Durand y Ugarte. Fondo, párr., 118.

³⁸ Caso Durand y Ugarte. Fondo, párr., 126.

³⁹ Caso Palamara Iribarne, Fondo, párr., 155.

sino que afirma expresamente que cuando se requiere ser militar en actividad para integrar un tribunal militar, no se puede, a la vez, juzgar a militares en actividad sin afectar la independencia y la imparcialidad de la función judicial.

En segundo lugar, porque en su línea de interpretación (respecto al artículo 8.1 de la CADH) la Corte IDH ha reiterado que en un estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar debe tener un alcance excepcional y restrictivo. Esto lo ha sostenido la Corte no solo en los casos mencionados por el Estado, como en el caso Palamara Iribarne, en el que la Corte afirmó que *“toda persona tiene el derecho de ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. 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”*⁴⁰; sino también respecto de otros países, como Colombia. Así, en el caso Mapiripán, la Corte afirmó que *“en un Estado democrático de derecho dicha jurisdicción 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”*⁴¹.

Del carácter excepcional y restrictivo de la jurisdicción militar, como principio regulador del diseño constitucional y legal de las jurisdicciones militares, también se deriva que esta jurisdicción no debe ser aplicada por tribunales integrados por militares en actividad para juzgar a militares en actividad.

Lo anterior nos permite afirmar que el estándar fijado por la Corte en materia de justicia militar restringe las posibilidades de configuración legislativa en mayor medida que la sugerida por el Estado. En efecto, según la jurisprudencia de la Corte, los tribunales militares: 1) no pueden juzgar civiles; 2) no pueden juzgar militares en retiro; 3) no pueden juzgar delitos comunes (con independencia del autor de los delitos); 4) no pueden estar compuestos por militares que hagan parte de la cadena de mando o que estén sujetos a la jerarquía y subordinación propia de los fuerzas militares.

Es claro, entonces, que la jurisprudencia de la Corte IDH considera que la composición de los tribunales militares también puede afectar la independencia e imparcialidad de la función judicial y, en ese sentido, cuando los tribunales militares están integrados por militares en actividad que hacen parte de la cadena de mando, no pueden, a la vez, juzgar a militares en servicio activo sin afectar la independencia y la imparcialidad de la función judicial.

Finalmente, este decreto legislativo es muestra de la grave inconsistencia de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00001-2009-PI/TC que a fines de diciembre del año 2009, sostuvo que los jueces y fiscales militares podían ser —a la vez— oficiales en situación de actividad, sin restricción alguna. En cambio ahora, la norma en referencia establece que tanto el tribunal supremo de justicia militar policial como el Consejo Ejecutivo del fuero militar policial, tendrán una composición mixta de oficiales en retiro y en actividad.

NATURALEZA DEL CONTROL SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS POR PARTE DEL CONGRESO

Los Decretos Legislativos son una institución normativa que intenta responder legislativamente a situaciones y problemáticas complejas. Según Montero Gibert, estas situaciones están caracterizadas por las dificultades específicas que presenta la regulación de una materia

⁴⁰ Caso Palamara Iribarne, Fondo, párr., 124.

⁴¹ Caso de la "Masacre de Mapiripán". Fondo, párr. 202.

acusadamente técnica. En aquellos casos, se considera que la Administración está en un mejor situación -léase infraestructura y servicios de asesoría- para realizar la parte más técnica de la labor legislativa y en consecuencia, se delega en ella a este respecto, imponiendo unas directrices a seguir y unos límites, materiales y temporales, para su actuación⁴².

La función de control de los Decretos Legislativos por parte del Congreso en consecuencia, no tiene otro objeto que asegurar que el resultado de la delegación, es decir los decretos legislativos, correspondan a la voluntad manifestada por el órgano legislativo. El fundamento de dicho control reposa por un lado en que se está delegando potestades legislativas a quien no es su depositario habitual, esto es el Ejecutivo, y de otro lado, en la necesidad de asegurar que la ley sea la expresión de la voluntad popular manifestada a través de sus representantes en el Parlamento. Asimismo, según Montero Gibert, la pertinencia del control parlamentario tiene su base también en la existencia de una previa delegación, que faculta al delegante para controlar el uso que de la facultad delegada se hace⁴³.

Ante lo señalado, instamos al Congreso, a que haga adecuado uso de sus facultades y someta a un adecuado control estos decretos, para que sean expulsados de nuestro ordenamiento. Es su deber y el derecho de la ciudadanía.

⁴²J. R. Montero Gibert; El Control Parlamentario, Tecnos, 1984, Madrid, p. 109.

⁴³ *Ibidem*, pág. 110.