

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de junio de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra los artículos II y III del Título Preliminar del Decreto N.º Ley 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar; el primer y segundo párrafo del artículo 374º; el cuarto y quinto párrafo del artículo 375º, y los artículos 269º, 378º y 387º del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar; la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, del Ministerio de Defensa, en la parte referida al Consejo Supremo de Justicia Militar; así como el segundo y último párrafo del artículo 6º, los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 7º, el segundo párrafo del artículo 8º, los incisos 1), 6) 14), 15), 19) y 20) del artículo 12º, el inciso 2) del artículo 14º, el primer y segundo párrafo del artículo 22º, el primer y tercer párrafo del artículo 23º, el segundo, cuarto y quinto párrafo del artículo 31º, el segundo párrafo del artículo 32º, los literales a), b) y c) del artículo 65º, el segundo párrafo del artículo 75º y los artículos 15º, 38º, 62º, 63º, 65º, 66º, 67º, 69º y 81º de la mencionada Ley Orgánica de la Justicia Militar.

ANTECEDENTES

La demandante cuestiona la constitucionalidad de determinados artículos del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar (en adelante LOJM); del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar (en adelante CJM); y de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, por considerar que afectan los principios de exclusividad y de inamovilidad, y de exclusiva protección de los bienes jurídicos; la garantía de independencia; la autonomía constitucional del Ministerio Público; y los derechos fundamentales de acceso a jueces y tribunales imparciales e independientes, de defensa y de igualdad.

Argumentos de la Defensoría del Pueblo

La demandante sostiene que el primer párrafo del artículo II del Título Preliminar de la LOJM vulnera el marco constitucional que legitima el recurso al Derecho Penal, contemplado en los artículos 43º, 44º, 45º y 200º de la Constitución, debido a que establece que los Tribunales de la Justicia Militar están encargados de mantener, en las Fuerzas Armadas y en la Policía, la “moralidad”, el “orden” y la “disciplina”, reprimiéndose el quebrantamiento de ellos en los casos previstos por ley. Agrega que estas tres categorías, además de ser etéreas y sin un contenido material concreto, no cuentan con respaldo constitucional, ya sea porque aluden a conductas carentes de dañosidad social, como el caso de la “moralidad”, o porque no se justifican

desde las exigencias de subsidiariedad y fragmentación, como el caso del “orden” y la “disciplina”.

Asimismo, refieren que el artículo 269° del CJM contraviene los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de dignidad de la persona, así como la cláusula de igualdad, por reprimir las prácticas homosexuales entre militares, aun cuando éstas se realicen fuera de un local militar.

Respecto de los principios propios de la unidad jurisdiccional, consagrados, fundamentalmente, en los artículos 139° y 146° de la Constitución, aduce que también son aplicables en el ámbito de la jurisdicción militar, toda vez que la jurisdicción en un Estado es única e indivisible, aun cuando no forme parte del Poder Judicial. Afirma, que: “(...) no es posible sostener la existencia de *distintas* o *varias* jurisdicciones, sino simplemente de manifestaciones de la misma en función de la competencia de los órganos, todos ellos sometidos a principios y garantías comunes (...)”, y que ello no implica desconocer o negar la posibilidad de que algunas garantías integrantes del principio de unidad jurisdiccional puedan ser aplicadas con matices o modulaciones razonables y justificadas en el ámbito de la justicia castrense, pero que en ningún caso puede admitirse su desconocimiento o la afectación de su esencia.

En cuanto a la garantía de independencia, precisa que ésta no admite modulaciones, pues al constituirse en un elemento esencial del principio de unidad jurisdiccional, es exigible a todo órgano que pretenda ejercer válidamente la potestad jurisdiccional. Refiere que ella se materializa en dos prohibiciones esenciales: 1) la exclusión de la incidencia del Poder Ejecutivo en la creación y composición de los órganos jurisdiccionales; y 2) la prohibición de los tribunales de excepción o tribunales *ad hoc* para la decisión de determinados asuntos; y que vulneran esta garantía las siguientes disposiciones:

- La Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, por incorporar al Consejo Supremo de Justicia Militar como una Unidad Ejecutora del Ministerio de Defensa.
- El primer párrafo del artículo 23° de la LOJM, por disponer que el nombramiento del Presidente y Vocales de los Consejos sea realizado por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Defensa.
- El tercer párrafo del artículo 31° y segundo párrafo del artículo 32° de la LOJM, por establecer que el nombramiento de los Jueces Instructores Permanentes, así como el número de ellos, dependa del Poder Ejecutivo.
- El primer párrafo del artículo 6°; el inciso 15) del artículo 12°; el primer y segundo párrafo del artículo 22°; y el artículo 31° de la LOJM, por permitir que efectivos en actividad formen parte del Consejo Supremo de Justicia Militar.
- Los artículos 62°, 63° y 65°, por permitir que la incorporación y ascenso en la carrera judicial se encuentren estrechamente ligados al grado y régimen jurídico militar.

- Los artículos 66° y 69° de la LOJM, por establecer que la situación militar o policial de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar sea determinada por la Ley de Situación Militar de las Fuerzas Armadas y el Estatuto Policial, respectivamente.
- Asimismo, vulneran la exigencia constitucional de independencia interna, debido a los niveles de dependencia existente respecto a los órganos de mayor jerarquía, los artículos III y 15° del Título Preliminar de la LOJM. En el mismo sentido, los incisos 1) y 6) del artículo 12° de la LOJM, que establecen que el Consejo Supremo de Justicia Militar podrá revisar las sentencias de los Consejos y trasladar los juicios militares, en cualquier estado del proceso, de un Consejo a otro, lo que además afecta la garantía del juez predeterminado por ley.
- Los incisos 14), 19) y 20) del artículo 12° de la LOJM, por autorizar al Consejo Supremo a ordenar el inicio de instrucción, ejercer potestad disciplinaria e intervenir en la conformación de los órganos judiciales, respectivamente. De la misma manera, se vulnera la garantía de la independencia mediante el inciso 2) del artículo 14° de la LOJM, en la medida que atribuye al presidente del Consejo Supremo la potestad de designar las salas correspondientes.
- El primer, segundo y tercer párrafo del artículo 7°, un extremo del artículo 8°, el inciso 2) del artículo 14° y el artículo 22°, por trasladar la lógica de la subordinación castrense al interior del Consejo Supremo de Justicia Militar, determinando los grados que deben ostentar los miembros para su conformación, incluso para el caso del Fiscal General y el Auditor, quienes, aun cuando en estricto no cumplen funciones jurisdiccionales, también requieren la garantía de la independencia.

Asimismo, en lo que se refiere a la garantía de exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional, la demandante alega que ésta también resulta exigible en el ámbito de la justicia castrense. De acuerdo a esta garantía, la función jurisdiccional debe ser ejercitada exclusivamente por determinados órganos del Estado. Sostiene que la exclusividad presenta una vertiente positiva y otra negativa; por la primera, el Estado tiene el monopolio de la jurisdicción y los únicos que pueden ejercerla son los jueces y tribunales que son independientes respecto de cualquier poder del Estado, no siendo posible que la potestad jurisdiccional sea asignada, por el legislador, al Poder Ejecutivo o Legislativo; por la segunda, los órganos y funcionarios a los que se atribuye la potestad jurisdiccional están obligados a ejercer esta actividad de manera exclusiva, sin compartirla con otra función pública o privada, salvo aquellas que estén autorizadas por la Constitución. Por ello, considera que esta garantía se vulnera con las siguientes disposiciones:

- El primer párrafo del artículo 6°; el primer y tercer párrafo del artículo 7°; el inciso 15) del artículo 12°; el primer y segundo párrafo del artículo 22°; y el segundo y cuarto párrafo del artículo 31° de la LOJM, por admitir que los magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales sean profesionales militares, oficiales de armas “en actividad” sujetos al poder de mando

castrense, al régimen de grados y ascensos militares, así como legos en derecho.

- Los artículos 63° y 65° de la LOJM, en la medida que configuran un sistema en el que los oficiales del cuerpo jurídico militar, que en principio sólo pueden ejercer funciones jurisdiccionales, puedan desempeñarse, además, en funciones no jurisdiccionales en los órganos de justicia castrense.
- El inciso 19) del artículo 12° de la LOJM, en tanto atribuye facultades disciplinarias al Consejo Supremo de Justicia Militar sobre todos los funcionarios y empleados de la Justicia Militar.

Respecto de la garantía de inamovilidad, sostiene que al formar parte esencial del principio de unidad jurisdiccional, también resulta exigible en el ámbito de la justicia castrense. Esta garantía supone que los magistrados gocen de estabilidad en los cargos jurisdiccionales en los que fueron designados, por lo que no pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por las causales y procedimientos establecidos en la ley. De acuerdo a ello, vulneran esta garantía las siguientes disposiciones:

- El primer párrafo del artículo 6°; el primer y tercer párrafo del artículo 7°; el inciso 15) del artículo 12°; el primer y segundo párrafos del artículo 22°; y el segundo y cuarto párrafos del artículo 31° de la LOJM, porque no garantizan la inamovilidad al admitir que los magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales, sean profesionales militares en actividad y, por ende, sometidos al poder de mando castrense, así como al régimen de grados y ascensos militares. Al respecto, aducen, además, que “(...) resulta impensable que un traslado pueda ser condicionado a la voluntad del militar que lo debe sufrir (...)”.
- El primer y tercer párrafo del artículo 23° y el artículo 38° de la LOJM, porque sólo garantizan la estabilidad en el cargo por dos años, con la posibilidad de que el tiempo sea menor; así como los artículos 66° y 67° de la LOJM, en la medida que someten a los magistrados del cuerpo jurídico militar al régimen castrense ordinario, y habilitan el cambio de colocación de dichos magistrados a propuesta del CSJM.

Por otra parte, alega que el segundo párrafo del artículo 75°, el último párrafo del artículo 6°, el artículo 22° y los literales a), b) y c) del artículo 65° de la LOJM, que integran a los fiscales al cuerpo jurídico militar en función del grado militar; así como, el primer y segundo párrafos del artículo 374°; el cuarto y quinto párrafos del artículo 375°; el artículo 378° y el artículo 387° del Código de Justicia Militar, son inconstitucionales, por afectar el artículo 158° y el inciso 5) del artículo 159° de la Constitución, que consagran la autonomía e independencia del Ministerio Público.

Finalmente, refiere que esta configuración de la justicia militar, además de afectar las garantías esenciales del principio de unidad jurisdiccional, vulnera un conjunto de derechos fundamentales derivados del principio de igualdad y dignidad de la persona, así como el derecho de acceder a tribunales o jueces imparciales e independientes, y el derecho de defensa. En el caso de este último, sostiene que es vulnerado por el artículo

81° de la LOJM, al admitirse que la defensa de un procesado pueda ser ejercida por un oficial sujeto al poder de mando castrense, sin formación jurídica.

Argumentos de la defensa

El Congreso de la República acordó devolver la presente demanda, atendiendo lo dispuesto por la Ley N.° 28098, con la finalidad de que sea el Ejecutivo quien la conteste.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y el abogado Abraham Talavera Delgado, por delegación, contestan la demanda y proponen la excepción de caducidad, por considerar que el plazo para interponer la demanda ha vencido en exceso.

En cuanto al fondo de la demanda, refieren que la misión especial de las Fuerzas Armadas hace necesario el reconocimiento constitucional de las características *sui generis* de las leyes y los reglamentos que la regulan; que la demandante confunde el Derecho Penal militar con el Derecho Penal común, al postular que la “moral”, el “orden” y la “disciplina” no pueden ser bienes jurídicos por no contener dañosidad social; que la escala de valores que sirve de base a las normas jurídicas penales militares contiene bienes jurídicos que para un ciudadano común constituirían faltas de naturaleza ética, pero que, para el fuero militar, constituyen delitos graves; y que, por consiguiente, el artículo II del Título Preliminar de la LOJM no se contrapone a la Constitución, pues los principios como el “orden”, la “moral” y la “disciplina” se encuentran materializados en los artículos 78° al 306° del CJM.

En relación a la alegada vulneración del principio de igualdad por parte del artículo 269° del Código de Justicia Militar, sostienen que ésta carece de fundamento, toda vez que la homosexualidad es expresión de una escala de valores que no resulta adecuada a las exigencias de la vida militar.

En cuanto a la aludida violación del principio de unidad jurisdiccional, alegan que la Justicia Militar es autónoma y que su ejercicio no depende de ninguna autoridad administrativa, conforme a lo dispuesto por el artículo IV de la LOJM, que establece que los vocales o jueces no pueden ejercer empleo, cargo o comisión ajenas a su función. Asimismo, sostienen que cuando el Consejo Supremo de Justicia Militar revisa las sentencias de los Consejos de Guerra, no se vulnera la independencia interna de éstos, toda vez que se trata de una facultad de los órganos jurisdiccionales superiores, tal como se puede verificar en el caso del fuero común, donde la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el Código Procesal Civil, establecen la procedencia del recurso de revisión contra resoluciones judiciales de determinados órganos jurisdiccionales.

Respecto de los nombramientos del Presidente y Vocales de los Consejos de la Justicia Militar por el Poder Ejecutivo, sostienen que estas facultades son justificadas, toda vez que el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y como tal tiene la obligación de velar por el orden interno y la seguridad exterior, así como de presidir el sistema de defensa nacional, entre otras. Por otra parte, alegan que los nombramientos de los jueces militares por parte del Consejo Nacional de la Magistratura no resulta viable, pues, debido a las funciones y estructura de las Fuerzas Armadas y Policiales, y a fenómenos como el terrorismo, éstas se

encuentran obligadas a tener puestos militares en diversas zonas andinas y de selva, por lo que es justificado que sea el Poder Ejecutivo el que nombre a estos jueces.

Sobre la presunta interferencia en los órganos de la justicia militar, debido a que la LOJM dispone trasladar los juicios militares de un consejo a otro en cualquier estado del procedimiento, refieren que ésta es una facultad que también existe en el fuero común, tal como se advierte del artículo 95° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que autoriza al Fiscal a solicitar la transferencia de competencia cuando ocurren situaciones como las anteriormente mencionadas. De igual modo, sobre las facultades de carácter disciplinario del Consejo Supremo de Justicia Militar, afirman que la Sala Plena de la Corte Suprema goza de las mismas facultades, por lo que no se aprecia violación de la garantía de exclusividad.

Respecto a la supuesta vulneración de las garantías de independencia e imparcialidad en cuanto a que los jueces militares poseen grado militar y, por tanto, están sometidos a la jerarquía castrense, mencionan que el establecimiento de estos grados es justificado por la naturaleza del cuerpo militar y, además, porque es acorde con los objetivos del Decreto Ley N.º 21148, Ley de Ascensos de la Carrera Militar, así como su respectivo reglamento. De igual modo, sostienen, respecto a la facultad del Presidente para designar la composición de las Salas, que ésta es similar a aquella que posee el Presidente de la Corte Suprema y los Presidentes de las Cortes Superiores, tal como se aprecia del inciso 7) del artículo 76°, e inciso 7) del artículo 90° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto a la denunciada vulneración de la garantía de inamovilidad, refieren que la demandante propugna una inamovilidad “absoluta”, que resulta inaplicable en virtud de la estructura de la Fuerza Armada.

Frente a la objeción de que la Justicia Militar no está compuesta por personal letrado, sostienen que esta afirmación es falsa, toda vez que los jueces, vocales y presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, son abogados con grado militar y estudios superiores de especialización por exigencia de la Ley de Ascensos. Asimismo, refieren que la función jurisdiccional la ejercen de manera exclusiva, no pudiendo desempeñar ninguna otra misión o encargo particular, tal como dispone el artículo IV del Título Preliminar de la LOJM.

Con relación a la vulneración de la autonomía e independencia del Ministerio Público, aducen que la justicia militar, por la naturaleza de su función, es un sistema mixto (inquisitivo y acusatorio), de modo que un Consejo o un Juez pueden abrir instrucción ante la negativa del fiscal. También sostienen que la facultad de denunciar que posee el Presidente de la República se justifica por su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Finalmente, expresan que el Consejo Supremo de Justicia Militar constituye un pliego presupuestario independiente, y que el hecho de que provisionalmente haya sido considerado en una Disposición Complementaria de la Ley Orgánica del Ministerio de Defensa, no implica su subordinación, ni menos su integración a dicho sector, lo que se demuestra al verificarse que no se encuentra considerado en el organigrama de dicho Ministerio.

FUNDAMENTOS

§1. Sobre la excepción de prescripción de la acción

1. 1. El Tribunal Constitucional considera que la excepción de prescripción interpuesta debe ser desestimada, toda vez que al momento de evaluar la admisión de la demanda, este Colegiado verificó el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad exigidos por la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

§2. Decretos Leyes pre-constitucionales y Constitución de 1993

1. 2. Antes de entrar al análisis de las normas impugnadas –compuesta especialmente por normas con rango y fuerza de ley pre-constitucionales–, debe mencionarse que este Tribunal, en la sentencia del Caso de la Legislación Antiterrorista (Exp. N.º 010-2002-AI/TC, FJ 13), sostuvo que de acuerdo a la *teoría de la continuidad*, los Decretos Leyes, pese a ser espurios, perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales–, por lo que es posible no sólo que se realice un juicio de compatibilidad de acuerdo con un criterio cronológico [Constitución posterior deroga ley anterior], sino también uno con un criterio jerárquico [Constitución prevalece sobre la legislación].

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre el fondo de la acción de inconstitucionalidad.

§3. Delimitación del Petitorio

2. 3. La demandante ha planteado, fundamentalmente, los siguientes argumentos:
 - a) a) Que la configuración actual de la jurisdicción militar, delimitada por las cuestionadas leyes, vulnera principios de la Administración de Justicia tales como la unidad, independencia, imparcialidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la garantía de inamovilidad de los magistrados judiciales, así como los derechos de los efectivos militares a acceder y ser juzgados por tribunales imparciales e independientes, y de defensa.
 - b) b) Que determinados artículos de la LOJM y CJM vulneran la autonomía e independencia del Ministerio Público, por establecer, entre otras cosas, un órgano propio a cargo de la titularidad de la acción penal y permitir que los fiscales militares tengan grado jerárquico.
 - c) c) Que el primer párrafo del artículo II del Título Preliminar de la LOJM vulnera el marco constitucional que legitima el recurso al Derecho penal, aduciendo que la “moralidad”, “orden” y “disciplina” no pueden ser la fuente de donde se deriven los objetos de protección penal.
 - d) d) Que el artículo 269º del CJM, que sanciona al militar que practique actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del local militar, vulnera el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de dignidad de la persona y la cláusula de igualdad.

§4. El Estado social y democrático de Derecho, el principio de separación de poderes y la jurisdicción militar

3. 4. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Carlos de Secondat barón de Montesquieu y la Brede, y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein, tiene por esencia evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconocer los derechos y las libertades fundamentales.

Al respecto, Montesquieu, en su obra “El Espíritu de las Leyes” sostuvo que: “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares”.

4. 5. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.
5. 6. Como tal, la Constitución de 1993 lo ha acogido como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43° del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú “(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)”.
6. 7. Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.
7. 8. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que: “(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución (...)”. [Caso del Tribunal Constitucional, Parágrafo 73].

La función jurisdiccional

8. 9. Orlando J. Gallo [La Justicia Constitucional. en Curso de Derecho Constitucional IV. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, pág. 348] señala que: “En

un sentido amplio, ejercen jurisdicción los órganos de los tres poderes del Estado, conforme a la distinción que se tornará clásica luego de su formulación por Montesquieu [...], Sin embargo, en un sentido estricto, se reserva la palabra jurisdicción para designar la atribución que ejercen los órganos encargados de administrar justicia, a la que han llamado actividad jurisdiccional, y especificado como aquella que se ejerce por un órgano independiente cuando resuelve conforme a derecho un conflicto entre partes o aplica las sanciones previstas en la ley para quien inflingen sus mandatos”.

9. 10. En esa misma orientación, Daniel Oswaldo Ruiz [El Poder Judicial: En Instituciones de Derecho Público. Buenos Aires: Ediciones Mocchi, 1997.] plantea que “La función jurisdiccional consiste en la aplicación de la ley a los efectos de resolver controversia, litigios o causas [...]”.
10. 11. A la luz de lo expuesto, la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por propia mano (salvo en los casos de legítima defensa o de derecho de retención), es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surgen entre los hombres. En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como correlato la jurisdicción, que es, además, un poder– deber.
11. 12. Es evidente que la jurisdicción corresponde a la soberanía del Estado, y que se ejerce a través del órgano jurisdiccional, el cual será el competente para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares, mediante la aplicación de la ley.
12. 13. El ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:
- a) a) Conflicto entre las partes.
 - b) b) Interés social en la composición del conflicto.
 - c) c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
 - d) d) Aplicación de la ley o integración del derecho.

El concepto “jurisdicción” se encuentra regulado por dos clases de facultades: las primeras relativas a la decisión y ejecución que se refieren al acto mismo; y las segundas concernientes a la coerción y documentación que, de un lado, tienden a remover los obstáculos que se oponen a su cabal ejercicio, y de otro, a acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales, otorgándoles permanencia, así como una fijación indubitable en el tiempo, es decir, el modo y forma en que se desarrollan.

13. 14. El ejercicio de la potestad jurisdiccional o la potestad de administrar justicia comprende, en lo esencial, lo siguiente: la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos; la sanción de los actos delictivos; el control difuso de la constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos.

La unidad de la función jurisdiccional

- 14.** 15. Este principio está reconocido por el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, que prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de lo arbitral y lo militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

Conceptualmente, la unidad afirma la propiedad de todo ente, en virtud de lo cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos. Enrique Álvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional. Vol. II Madrid: Tecnos, 2000, pág. 245] expone que: “El principio de unidad jurisdiccional es una consecuencia del principio de división de poderes [...]”. De allí que, como veremos más adelante, genere las manifestaciones de exclusividad y de asiento de la organización y funcionamiento de la administración de justicia.

- 15.** 16. La unidad ha de ser comprendida, en principio, como la negación de la idea de la fragmentación jurisdiccional; y esto porque, por motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico, se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial.

- 16.** 17. El principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad “unitaria”, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; y, con ello, que todos los justiciables se encuentren, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales, sin que se considere constitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio en “razón” de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda.

En la sentencia recaída en el Exp. N.º 017-2003-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de unidad de la función jurisdiccional: “(...) se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial(...)”.

- 17.** 18. Ahora bien, el principio de unidad no obsta que el legislador pueda establecer, al interior del Poder Judicial, juzgados especializados; siempre que dichos órganos intrajurisdiccionales aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

- 18.** 19. En ese orden de ideas, Justicia Viva [Manual del Sistema Peruano de Justicia. Lima: Instituto de Defensa Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú y Jueces para la Justicia y Democracia, 2003, págs. 22-23] expresa que: “(...) el principio de unidad jurisdiccional conlleva que todos los jueces han de sujetarse a un estatuto orgánico único, el que será de tal naturaleza y características que garantice la independencia. En última instancia, entonces, el principio de unidad jurisdiccional ha de entenderse como una garantía de la independencia judicial, lo que acarrea los

siguientes rasgos comunes a toda judicatura ordinaria : (i) estatuto personal único, (ii) jueces técnicos (letrados) y de carrera, (iii) formación de un cuerpo único (el Poder Judicial) y (iv) sujeción a los órganos de gobierno del Poder Judicial”.

19. 20. Por error de técnica, si bien en el artículo 139° de la Constitución se señala que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”, en puridad, como el propio texto fundamental lo reconoce, asistemática, pero expresamente, existen otras jurisdicciones especiales; a saber: la militar y la arbitral (inciso 1 del artículo 139°); la de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°); y la Constitucional (artículo 202°).

El principio de exclusividad

20. 21. Este principio está previsto por el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, que preceptúa que son principios y derechos de la función jurisdiccional la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.
21. 22. Conceptualmente, la exclusividad se concibe como la prohibición constitucional al legislador, de que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial.
22. 23. Justicia Viva [Ob. Cit. pág. 23] acota que el referido principio ostenta un doble sentido: positivo y negativo.

En el sentido positivo es el resultado de la confluencia de los principios de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución) y de tutela judicial efectiva (inciso 3 del artículo 139° de la Constitución).

En el sentido negativo, excluye a la potestad jurisdiccional de otros cometidos públicos distintos a la dirimencia de los conflictos jurídicos en sede judicial.

23. 24. Como antes se ha dicho, si bien el mencionado inciso 1 del artículo 139° de la Constitución ha considerado excepcionalmente a la jurisdicción militar como una jurisdicción independiente, ello no autoriza a que ésta diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el de la garantía de inamovilidad de los jueces.
24. 25. De igual modo, la jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal (...)”. [Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 24 de setiembre de 1999, Parágrafo 71].

§5. Los principios de independencia e imparcialidad, la garantía de inamovilidad y la jurisdicción militar

La independencia judicial

25. 26. El inciso 2 del artículo 139º de la Constitución consagra este principio en los siguientes términos: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámites, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.
26. 27. Como bien afirma Enrique Álvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional. Vol. II. Madrid. Tecnos, 2000, pág 243]: “La consagración de la independencia del Poder Judicial se entronca históricamente con la propia doctrina de la separación de poderes”.
- Añade que dicha proclamación [Ob. Cit pág., 244] (...) “debe ser considerada como un requisito indispensable para poder hablar de un auténtico Poder Judicial y de un verdadero Estado de Derecho”. De allí que la independencia se encarama como en el valor capital de la justicia.
1. 28. La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.
2. 29. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.
3. 30. Juan Cano B. [Derecho Constitucional. Volumen II. Obra Colectiva. Madrid: Tecnos, 1999, pág. 441] lo concibe como la ausencia de vínculos de sujeción o de imposición de directivas políticas por parte del Ejecutivo o el Legislativo, así como la imposibilidad de intromisión de los órganos intrainstitucionales superiormente jerárquicos tendientes a orientar o corregir la actuación jurisdiccional del juez competente de una causa, en tanto no se haya agotado la instancia o se haya presentado un recurso impugnativo.
4. 31. La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

El principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas; a saber:

- a) a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.

- b) b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.
 - c) c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce.
1. 32. Conforme a lo expuesto, ningún órgano estatal está autorizado para funcionar desvinculado de la Norma Suprema, toda vez que las denominadas “garantías judiciales”, consagradas tanto en nuestra Norma Fundamental como en la Convención Americana de Derechos Humanos, no sólo son de aplicación en sede del Poder Judicial, sino también en cualquier otro ámbito en el que se ejerza, formal o materialmente, funciones de naturaleza jurisdiccional, como es el caso de los órganos que integran la jurisdicción militar.
 2. 33. La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar [“es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa”]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación.

El principio de imparcialidad

3. 34. Mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad –estrechamente ligado al principio de independencia funcional– se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones:
 - a) a) *Imparcialidad subjetiva*, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso.
 - b) b) *Imparcialidad objetiva*, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Por consiguiente, no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad, pues tal como lo sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en criterio que este Colegiado comparte: “[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...) debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)” (Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984).

Debe tomarse en cuenta que si bien, *prima facie*, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, éstas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión.

La garantía de inamovilidad de los jueces

4. 35. Dicho principio se encuentra previsto en el inciso 2 del artículo 146° de la Constitución, que prescribe que: “el Estado garantiza a los Magistrados Judiciales [...]

2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento”.

Conceptualmente, tal como señala Francisco Fernández Segado: [El Sistema Constitucional Español. Madrid: Dyckinson, 1992, pág. 1065] la inamovilidad tiene como fin fortificar la de resistencia del Poder Judicial frente a los embates del Ejecutivo. Se establece como un valladar contra la remoción y el apartamiento de una causa, impuesta por la vía del traslado sin consentimiento, convirtiéndose, por ende, en un resguardo seguro para la permanencia en la sede y en el grado.

Juan A. Gonzales Calderón [Curso de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Depalma, 1984, pág. 548] comenta que: “(...) la inamovilidad de los jueces es una de las conquistas más notables de pueblos libres. Es la única garantía verdadera de independencia de los magistrados judiciales en el desempeño de sus cargos. Los pone a cubierto de reacciones extremas, ya provengan de otros poderes, ya de las personas que, gozando de las influencias oficiales, pretenden ejercer presión sobre sus conciencias”.

Para el Tribunal Constitucional, la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el *status* jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. Es por ello que, importa tomar en cuenta dos aspectos:

- a) a) Prohibición de separación de la carrera judicial, salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación judicial.
- b) b) Prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro.

Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo. Por ello no cabe aceptar la existencia de garantías “temporales” de inamovilidad, pues para preservar la real vigencia de la independencia judicial, a la cual se vincula, es necesario que se trate de una garantía permanente.

Además, debe considerarse que ejercer un puesto de manera interina acarrea la inseguridad jurídica y la inestabilidad profesional, afectando el correcto desempeño de las labores encomendadas.

1. 36. Esta garantía es constantemente invocada en el ámbito de la jurisdicción militar, dado que la realidad militar no permite su eficaz cumplimiento, pues, por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen a la vez de jueces–, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales.
2. 37. Consecuentemente, en el proceso de consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, cada vez es mayor la tendencia por adecuar la jurisdicción militar a las garantías propias del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, delimitándola como jurisdicción especializada y, en algunos casos, restringiéndola a tiempos de guerra. Las garantías procesales de las que gocen los acusados militares en tiempos de paz deben ser más favorables o, como mínimo, iguales a aquellas de las que gozan las personas protegidas por el derecho internacional humanitario en tiempos de guerra.

§6. Análisis de constitucionalidad de la configuración actual de la jurisdicción militar

1. 38. Previamente, es necesario mencionar, respecto del cuestionamiento de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, que incorporaba al Consejo Supremo de Justicia Militar como Unidad Ejecutora del referido Ministerio, que tal dispositivo fue derogado por el artículo 1º de la Ley N.º 28297, publicada el 22 de julio de 2004, por lo que, en este extremo, ha operado la sustracción de la materia.

Incompatibilidad entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la condición de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional

2. 39. La demandante impugna la constitucionalidad de los artículos 6º, 12º y 31º del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar (LOJM), que establecen lo siguiente:

“Artículo 6º.- El Consejo Supremo de Justicia Militar está integrado por diez Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad, ocho de los cuales son Vocales, tres de cuyos integrantes deberán ser del Cuerpo Jurídico Militar (...)”.

“Artículo 22º.- En cada una de las zonas judiciales habrá un Consejo de Guerra compuesto (...) de dos Vocales del grado de Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante FAP en situación de actividad, uno de los cuales deberá ser del Cuerpo Jurídico Militar (...)”

“Artículo 31º.- (...) Los jueces sustitutos suplirán a los Permanentes en caso de necesidad del servicio, cargos que serán desempeñados por oficiales del Cuerpo Jurídico (...) y a falta de éstos, por oficiales de armas de igual grado (...)”.

3. 40. A juicio de la demandante, tanto el artículo precitado como otros contenidos de la LOJM, autorizan a que oficiales sometidos al poder de mando y sujetos a la jerarquía castrense, puedan ejercer funciones jurisdiccionales, situación que manifiestamente contravendría el principio de independencia judicial, puesto que se trata de personas que ostentan una doble condición a la vez: la de jueces que deben estar sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley, y la de militares sometidos a la jerarquía y al mando militares.
4. 41. Por su parte, los demandados alegan que la composición mixta de los tribunales militares se justifica por la necesidad de combinar criterios técnico-militares y conocimientos jurídicos en el respectivo juzgamiento.
5. 42. El Tribunal Constitucional comparte los argumentos expuestos por la demandante, pues el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por “oficiales en actividad”, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales.
6. 43. Idéntico criterio, *mutatis mutandis*, ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi, a saber: “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador”. (Párrafo N.º 130).
7. 44. Tal criterio, si bien se efectuó a propósito del juzgamiento de civiles, por la comisión del delito de terrorismo, es también aplicable para el caso del juzgamiento de los profesionales de las armas, ya que si bien es legítimo que tales instituciones tutelares de la República puedan instituir instancias de sanción de faltas administrativas disciplinarias, no lo es si de lo que se trata es del juzgamiento de conductas que configuran delitos de función.

El juzgamiento de tales ilícitos, y la eventualidad de que allí se dicten resoluciones judiciales que priven temporalmente de la libertad, exige, pues, que éste sea realizado por jueces sobre los que no exista ninguna duda de sus condiciones de imparcialidad e independencia, ínsitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo.

8. 45. Aun en el supuesto de que los jueces militares pretendiesen actuar con independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es incuestionable que, objetivamente, la propia estructura de la jurisdicción militar imposibilita tal actuación, tal como se verá más adelante.

En consecuencia, los mencionados artículos 6°, 22° y 31° de la LOJM son inconstitucionales porque contravienen el principio de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el principio de separación de poderes.

9. 46. Por la misma razón, son inconstitucionales los artículos 62°, 63° y 65° de la LOJM por vulnerar el principio de independencia judicial, en tanto establecen que la incorporación y el ascenso en la función jurisdiccional, respecto de los abogados que integran el Cuerpo Jurídico Militar, se someta al sistema de grados de la jerarquía militar y policial. Asimismo, son inconstitucionales los artículos 66° y 69° de la LOJM, que establecen que la situación militar o policial de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar sea determinada por la Ley de Situación Militar de las Fuerzas Armadas y el Estatuto Policial, y por disponer que el reclutamiento y ascenso de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar se lleve a cabo en cada instituto de conformidad con la legislación pertinente. Y, por conexión, son inconstitucionales los artículos 38° y 67° del mismo Código de Justicia Militar.

Inconstitucionalidad de la “subordinación” o “dependencia” existente entre los órganos de la jurisdicción militar

10. 47. La demandante también cuestiona la constitucionalidad del artículo III del Título Preliminar y del artículo 15° de la LOJM, cuyos textos son los siguientes:

“Artículo III.- La Justicia Militar es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía”.

“Artículo 15°.- Los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia de las Fuerzas Policiales son Tribunales Permanentes jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar (...)”.

11. 48. Sostiene que estas normas son inconstitucionales porque establecen un sistema de subordinación entre los órganos de la jurisdicción militar; y porque la referencia a la autonomía de la justicia militar constituye una mera declaración, teniendo en cuenta la configuración institucional dispuesta por la LOJM. Por su parte, los demandados niegan tales argumentos y se limitan a sostener que la justicia militar es autónoma.
12. 49. Al respecto, este Colegiado debe precisar que el derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano *funcionalmente* superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquél, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.
13. 50. A tal efecto se han establecido distintos niveles jerárquicos en la Administración de Justicia, mediante los cuales se procura dar mayores garantías al procesado para ejercer su defensa. Este diseño del órgano jurisdiccional, desde luego, no supone ningún nivel de “subordinación” o “dependencia” de la instancia inferior respecto a las superiores, pues todos los jueces y tribunales son independientes en el ejercicio

de la función jurisdiccional, encontrándose sometidos únicamente al derecho, mediante la Constitución y la ley.

14. 51. La independencia del juez no sólo se debe protegerse en relación al Poder Ejecutivo sino, también, debe garantizarse al interior de la estructura misma de la cual el juez forma parte, e incluso respecto de los tribunales orgánicamente superiores (independencia funcional).
15. 52. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que tanto el artículo III del Título Preliminar de la LOJM, en el extremo que establece que la Justicia Militar: “(...) en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía”, como el artículo 15° de la mencionada ley, que establece que los Tribunales Permanentes se encuentran jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar, son inconstitucionales por vulnerar el principio de independencia de la función jurisdiccional.
16. 53. Asimismo, por idéntica razón, son inconstitucionales las facultades del Consejo Supremo de Justicia Militar consignadas en el artículo 12° de la LOJM, que a continuación se mencionan:
 - a) a) La revisión de las sentencias de los Consejos en los casos determinados por la Ley (inciso 1).
 - b) b) El traslado de los juicios militares de un Consejo a otro, en cualquier estado del procedimiento, a pedido de parte o de oficio, cuando a su juicio el interés general de la justicia así lo exija (inciso 6).
 - c) c) La orden de apertura de instrucción cuando encuentre mérito para ello (inciso 14).
 - d) d) La designación para el ejercicio de funciones judiciales al Oficial en actividad que estuviere legalmente apto en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de ausencia o impedimento de los titulares (inciso 15).
 - e) e) El ejercicio de la jurisdicción disciplinaria de carácter judicial sobre todos los funcionarios y empleados de la Justicia Militar (inciso 19).
 - f) f) La participación en la declaratoria de vacantes y ascensos de los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, que prestan servicio en la Rama Judicial (inciso 20).
17. 54. De igual modo, son inconstitucionales el artículo 8° y el inciso 2) del artículo 14° de la LOJM, por establecer, como una atribución del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, la composición de Sala; y los artículos 7° y 22° de la mencionada ley, por disponer que en la composición de un mismo tribunal militar puedan existir magistrados con diferente rango militar.

La inconstitucionalidad del nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo

18. 55. De otro lado, la demandante impugna los artículos 23°, 31° y 32° de la LOJM, en los siguientes extremos:

“Artículo 23°.- (...) El Presidente y los Vocales de los Consejos serán nombrados por Resolución Suprema refrendada por el Ministro del Sector Pertinente (...).

“Artículo 31°.- (...) El nombramiento de los Jueces Permanentes será hecho por el Poder ejecutivo, el de los Sustitutos por el Presidente del Consejo (...).”

“Artículo 32°.- (...) Habrá tantos Jueces Instructores Permanentes en cada Zona Judicial, cuando lo requieran las necesidades del servicio. Su número será fijado anualmente por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo Supremo de Justicia Militar (...).”

19. 56. Alega que el nombramiento de jueces militares por parte del Poder Ejecutivo evidencia su dependencia respecto de este último, afectándose el principio de independencia de la función jurisdiccional.
20. 57. Por su parte, los demandados sostienen que el artículo III del Título Preliminar de la LOJM establece que la justicia militar es autónoma en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, aducen que, siendo el Presidente de la República el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, es una consecuencia lógica que los nombramientos de los presidentes y vocales de la Justicia Militar sean expedidos mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Defensa.
21. 58. A juicio del Tribunal Constitucional, no está garantizada la independencia del juez militar frente al Poder Ejecutivo desde el momento en que éste nombra a quienes integran los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de la Policía Nacional y a los Jueces Instructores Permanentes, e incluso cuando tiene competencia para disponer el número de jueces que debe existir de acuerdo a las necesidades del servicio. La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad.
22. 59. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el Caso Castillo Petrucci, sostuvo que “(...) de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones a sus inferiores. Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares” (párrafo N.º 130).
23. 60. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que los respectivos extremos de los artículos 23°, 31° y 32° del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, son inconstitucionales por contravenir el principio de independencia de la función jurisdiccional.

La garantía de inamovilidad de los jueces militares

24. 61. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 23° de la LOJM, en cuanto establece, respecto del Presidente y los Vocales de los Consejos, que:

“Artículo 23°.- (...) permanecerán en el cargo no menos de dos años. Las fechas de cambio de empleo se escalonarán de modo que la renovación del personal de

los Consejos se haga por tercios. Sólo por razón de tal escalonamiento, o por necesidades urgentes del servicio, el tiempo de permanencia en el cargo podrá ser menor que la establecida en este artículo”.

25. 62. La demandante sostiene que en la jurisdicción militar el principio de inamovilidad de los jueces es vulnerado permanentemente, pues se somete a los jueces militares al régimen jurídico militar, en el cual la decisión sobre los cambios corresponde de manera exclusiva a los mandos militares, sin que tenga mayor relevancia la voluntad o consentimiento del juez transferido. Refiere, también, que esta situación es evidente en el caso de los jueces militares que no pertenecen al cuerpo jurídico militar, pues se encuentran sometidos directamente al poder de mando castrense, que implica deberes de obediencia y disciplina.

Los demandados, por su parte, aducen que la inamovilidad absoluta propugnada por la Defensoría del Pueblo es inaplicable en el ámbito de la jurisdicción militar, debido a las funciones que deben cumplir la Fuerzas Armadas.

En virtud de lo expresado en los Fundamentos N.ºs 35, 36 y 37 de esta sentencia, el Tribunal no comparte el criterio sostenido por los demandados. Sí entiende, en cambio, que la inamovilidad de los jueces es una garantía que fortalece su independencia e imparcialidad, y que, en cuanto tal inamovilidad, se ha configurado en forma semejante al régimen jurídico al cual se encuentran sometidos los profesionales de las armas, por lo que resulta inconstitucional.

En consecuencia, el artículo 23º de la LOJM es inconstitucional por vulnerar el principio de inamovilidad de los jueces.

El derecho de defensa de los efectivos militares y policiales

26. 63. La demandante aduce la inconstitucionalidad del artículo 81º de la LOJM, que dispone lo siguiente:

“Artículo 81º.- (...) Todo enjuiciado ante los Jueces y Tribunales Militares nombrará libremente a su Defensor, quien será abogado u Oficial. Al que rehusare o no pudiere hacerlo, la autoridad judicial le nombrará defensor de oficio. En este caso la defensa es acto del servicio y no podrá excusarse de ella ningún Oficial de graduación inferior a Coronel o Capitán de Navío, cualquiera que sea el Instituto a que pertenezca, salvo los casos previstos por Ley”.

27. 64. Sostiene que esta norma afecta el derecho de defensa por permitir que un oficial de armas, sin formación jurídica, lleve a cabo las funciones de defensor de oficio. Asimismo, alega que equiparar la defensa de oficio a un “acto de servicio”, prohibiendo que oficiales de determinada graduación puedan excusarse, desnaturaliza completamente la garantía de la defensa letrada, la misma que debe adecuarse a los intereses del imputado, y no al cumplimiento de obligaciones de naturaleza militar.

28. 65. Por su parte, los demandados, refieren que la Defensoría del Pueblo no ha tomado en cuenta que con esta disposición se ha querido respaldar el derecho de

defensa de los procesados, debido a que existen lugares aislados, fronteras, entre otros, donde la ausencia de abogados es notoria.

29. 66. El Tribunal Constitucional estima que no es válida ninguna situación de excepción que impida ejercer a una persona sometida a juicio su derecho de defensa, pues este es un elemento integrante del contenido esencial del derecho al debido proceso y, como tal, debe ser reconocido en toda circunstancia.
30. 67. En la medida que uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho de defensa consiste en la facultad de elegir, o no, a un defensor de su elección (inciso 14 del artículo 139° de la constitución), el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que en el impugnado artículo 81° del CJM se haya previsto que la autoridad judicial pueda nombrar a un defensor para el enjuiciado que se hubiere rehusado expresamente a contar con uno.
31. 68. Igualmente, es inconstitucional que en dicho precepto se haya autorizado que la posibilidad de elegir a un defensor pueda recaer en un oficial, so pretexto, como se ha expuesto en la contestación de la demanda, que en determinados lugares no existen letrados.
32. 69. La defensa técnica o letrada consiste en la asistencia de un profesional del Derecho en el proceso, y tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de armas y la efectiva realización de contradictorio, por lo que su ejercicio no puede ser encomendado a efectivos militares que carecen de formación jurídica. Por ello, en el caso de que un procesado no cuente con los recursos económicos que le permitan contar con un defensor de su elección, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de defensa mediante la incorporación de un defensor de oficio.
33. 70. Asimismo, es inconstitucional que en dicho artículo 81° se haya previsto que, cuando se nombre a un militar en situación de actividad como defensor, tal defensa constituya un “acto de servicio”, y que de ella no pueda excusarse el militar designado.

En primer lugar, debe precisarse que el ejercicio efectivo del derecho de defensa no puede estar en manos de un individuo que se encuentra sometido a una intensa relación de sujeción especial con la institución cuyos bienes jurídicos protegidos han sido transgredidos, y en el que sus miembros se encuentran sometidos también a una intensa sujeción a los principios de jerarquía y disciplina castrenses.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que la prestación de un servicio público como es la defensa judicial haya sido considerado como un “acto de servicio”, cuando se trata de una actividad absolutamente ajena a las asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Finalmente, el Tribunal considera que es también inconstitucional que sobre una actividad ajena a los objetivos y fines de la institución castrense a la que pertenece, un oficial no pueda excusarse de prestar el servicio de defensa ante un tribunal militar. Dado que tal defensa está fuera del ámbito del “acto de servicio”, el Tribunal Constitucional considera que es manifiestamente desproporcionada la

medida introducida por el legislador y, por tanto, violatoria del ordinal a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución.

Por todo ello, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 81° del CPM.

§7. La configuración inconstitucional del “Ministerio Público” en la jurisdicción militar

34. 71. Se aduce la inconstitucionalidad del artículo 75° de la LOJM, por disponer:

“Capítulo III: DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Artículo 75°.- El Ministerio Público promueve de oficio o a petición de parte la acción de Justicia Militar a fin de que haya pronta y oportuna sanción de los delitos militares; exige el cumplimiento a los fallos consentidos o ejecutoriados y defiende la competencia jurisdiccional militar (...).”

35. 72. La demandante sostiene que tanto esta norma como todas aquellas contenidas en el mencionado capítulo, atentan contra la autonomía institucional del Ministerio Público, reconocida por el artículo 158° de la Constitución, y desconocen la atribución de titularidad otorgada a dicha institución en el inciso 5) del artículo 159° de la Carta Magna.

Por su parte, los demandados alegan que si bien el “Ministerio Público” de la Justicia Militar no está integrado a aquel previsto en el artículo 158° de la Constitución, ello no implica que su configuración sea inconstitucional, debido a que pertenece a una jurisdicción independiente.

36. 73. Al respecto, cabe mencionar que el artículo 158° de la Constitución consagra la autonomía del Ministerio Público, estableciendo, en el artículo 159°, sus atribuciones, dentro las cuales se encuentran la de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho (inciso 1); la de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia (inciso 2); la de conducir desde su inicio la investigación de delito (inciso 4); la de ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte (inciso 5); y la de ejercer iniciativa en la formación de leyes (inciso 7), entre otras.

37. 74. A diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio se ha encomendado a diversos órganos [la “ordinaria” al Poder Judicial, la “constitucional” a este Tribunal, etc], la Constitución no ha previsto un tratamiento semejante para el Ministerio Público. Las atribuciones constitucionalmente conferidas a este órgano constitucional, por tanto, no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción.

38. 75. No obstante, el Capítulo III del cuestionado Decreto Ley N.° 23201, Ley Orgánica de la Justicia Militar, crea y regula el funcionamiento de un organismo denominado “Ministerio Público”, al que se le asignan funciones tales como

promover de oficio o a petición de parte la “acción de Justicia Militar” para la sanción de “delitos militares”; ser parte en el proceso penal; integrar los Tribunales con las mismas prerrogativas de sus demás miembros, pero sin intervenir en sus deliberaciones (artículo 75°); perseguir que se haga efectiva la reparación civil a favor del Estado y ejercer vigilancia sobre otros fiscales (artículo 78°, incisos 5 y 7, respectivamente), entre otras.

39. 76. Dado que está constitucionalmente vedado tal proceder, el Tribunal considera que es inconstitucional el organismo denominado “Ministerio Público” creado por el Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, ya que tal contraviene la autonomía del Ministerio Público consagrada por el artículo 158° y siguientes de la Constitución. En consecuencia, es inconstitucional, en su integridad, el Capítulo III del Decreto Ley N.º 23201, así como todo extremo de esta ley y del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar, en los casos que prevean la actuación de los “fiscales” de la jurisdicción militar.
40. 77. Por la misma razón, son inconstitucionales los siguientes dispositivos del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar: el segundo párrafo del artículo 374°, por admitir la posibilidad de que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales acudan directamente ante la autoridad judicial respectiva; el artículo 375°, por disponer que si los fiscales de los juzgados no ejercen la acción penal de hechos puestos en su conocimiento por los Consejos o el Juez Instructor, estos podrán abrir instrucción, decisión que deberá ser elevada en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar o al respectivo Consejo; el artículo 378°, por establecer que el proceso penal puede iniciarse por orden del Presidente de la República o del Consejo Supremo de Justicia Militar; y el artículo 387°, por otorgar discrecionalidad a las autoridades judiciales correspondientes para promover la acción penal ante denuncias realizadas por la prensa.

§8. Análisis de constitucionalidad del artículo II del Título Preliminar de la LOJM

41. 78. Mediante el presente proceso también se ha puesto en cuestión la constitucionalidad del artículo II del Título Preliminar de la LOJM, que establece lo siguiente:

“Artículo II.- Los tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la Ley. Su constitución y funcionamiento se rigen exclusivamente por las normas que contiene esta Ley y el Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones sólo serán modificadas por ley expresa y de igual naturaleza”.

42. 79. La Defensoría del Pueblo alega, entre otras cosas, que toda conducta que no cuente con relevancia o protección constitucional y no resulte socialmente dañosa, no merece tutela penal en virtud del principio de *última ratio* del Derecho Penal. Añade que la “moralidad” no puede ser objeto de tutela penal, pues el referente valorativo del Derecho Penal debe ser la Constitución. Asimismo, la “disciplina” y el “orden”, en principio, muestran la misma incongruencia, por tratarse de términos con contenido abstracto, salvo que la afectación de los mismos ponga en peligro o

afecte las capacidades orgánicas y funcionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para cumplir con los fines constitucionalmente asignados.

43. 80. Por su parte, los demandados alegan que la misión especial que les ha sido encomendada obliga al reconocimiento constitucional de las características *sui generis* de las leyes y reglamentos que regulan las funciones, organización y la disciplina militar en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; y que por ello valores como el honor, la moral, la disciplina y el orden, son fundamentales para la consecución de los objetivos institucionales.
44. 81. El Tribunal Constitucional comparte los criterios expuestos por la demandante. Si, como se ha sostenido, entre “jurisdicción” y “administración” militar no puede existir una relación de equivalencia, entonces, los fines constitucionales que se han dispuesto para optimizar los órganos de la justicia militar no pueden ser semejantes a aquellos que son inherentes a las Fuerzas Armadas.

Un sentido constitucionalmente adecuado para entender los fines que debe cumplir la jurisdicción militar no puede desvincularse del juzgamiento y eventual sanción de los denominados delitos de función; es decir, del juzgamiento de aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses.

45. 82. Lo anterior no quiere decir que el Tribunal Constitucional desconozca o menoscabe el valor y la trascendencia que tienen los principios de “orden” y “disciplina” como elementos básicos para la consecución de los fines institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Simplemente hace énfasis en que la preservación de tales principios no puede estar confiada a la justicia militar.

Por cierto, nada de lo que hasta ahora se ha sostenido impide que, en sede administrativo-militar, las leyes y reglamentos que regulan el funcionamiento y el *status* de los militares puedan establecer procedimientos e instancias que preserven lo que es propio de la administración militar, es decir, los principios de jerarquía, disciplina, orden, etc. Como este Tribunal ha sostenido con carácter general en la STC N.º 2051-2002-AA/TC, cualquiera que sea el régimen jurídico disciplinario que al amparo del artículo 168º de la Constitución se pueda establecer, éste debe sujetarse a los principios y derechos fundamentales que reconoce la Constitución.

46. 83. Que los órganos de la jurisdicción militar no puedan tener como fines esenciales e inmediatos “mantener (...) el orden y la disciplina”, tampoco quiere decir que, indirectamente, al juzgar y sancionar conductas que pongan en peligro determinados bienes jurídicos de las instituciones castrenses, no puedan contribuir con el logro de tales cometidos. En esos casos, tales cometidos no podrán sustentarse en una genérica, imprecisa y ambigua noción de “disciplina” y “orden” castrense, sino, concretamente, en consideraciones tales como el juzgamiento y sanción de tipos penales, con observancia de las exigencias mínimas que impone el principio de legalidad penal-militar.
47. 84. *Mutatis mutandis*, las mismas consideraciones son atinentes para el mantenimiento de la “moralidad” en el seno de los institutos armados.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional la fracción de disposición del artículo II del Título Preliminar del CJM, que establece que: “Los tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la Ley”.

§9. El artículo 269° del Código de Justicia Militar y el derecho fundamental a la no discriminación

48. 85. La Defensoría del Pueblo alega que el artículo 269° del Decreto Ley N.° 23214, Código de Justicia Militar, es inconstitucional por establecer que:

“Artículo 269°. El militar que practicare actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armados si fuese Oficial y con prisión si fuese individuo de tropa.

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

49. 86. Refiere que mediante esta norma se vulnera el principio de dignidad de la persona y la cláusula de igualdad, consagradas en el artículo 1° y en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución, respectivamente. Por su parte, los demandados sostienen que la homosexualidad es la expresión de una escala de valores que no resulta adecuada a las exigencias de la vida militar.

50. 87. Este Colegiado considera que el artículo 269° del CJM es inconstitucional por las razones siguientes:

a). En primer lugar, es inconstitucional el segundo párrafo del artículo 269°, en cuanto prevé que: “Si se ejerciere violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción para perpetrar el delito [contra la libertad sexual], será reprimido, además, si fuese oficial, con pena de prisión, aplicándose la pena de expulsión como accesoria. En los individuos de tropa se tendrá en circunstancia como atenuante”.

En la N.° STC 0017-2003-AI/TC, este Colegiado ha precisado que, de conformidad con el artículo 173° de la Constitución Política del Estado, el ámbito de la justicia militar está estrictamente restringido al juzgamiento de los denominados “delitos de función”. En efecto, allí enfatizó [F.J. N.ºs 110 y sgtes.] que lo que caracteriza al delito de función no es la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses. Evidentemente, el bien protegido en el segundo párrafo del artículo 269° de la Constitución no compromete ningún bien jurídico de dichos institutos castrenses sino, concretamente, la libertad sexual de quien padece contra su voluntad el acto sexual.

b). En segundo lugar, es inconstitucional que el juzgamiento y la sanción por la práctica de un “acto deshonesto” y “contra natura” se haya confiado a la justicia militar. Como se ha sostenido precedentemente, si entre las instituciones

“administración” y “justicia” militar no existe equiparidad, entonces la calificación y enjuiciamiento de conductas de esa naturaleza no puede estar confiada a un órgano al cual se ha encargado el juzgamiento y la sanción de los delitos de función.

c). En tercer lugar, es inconstitucional, por afectar el principio de igualdad, que sólo se haya previsto como una conducta antijurídica –no importa ahora si en el sentido de naturaleza disciplinaria o como figura delictiva- la práctica de un acto deshonesto contra una persona del mismo sexo, y no, por el contrario, con igual razón, la práctica deshonesto contra una persona de sexo diferente. Si lo antijurídico es la práctica de una conducta deshonesto, no existe razón objetiva ni base razonable, para que se sancione sólo las efectuadas entre personas del mismo sexo.

d). En cuarto lugar, es inconstitucional, por ser desproporcionado [además de no constituir un delito de función], que se haya previsto como *delito* la práctica de un acto deshonesto. Acto inconstitucional, además, por violar el principio de legalidad penal y, particularmente, la exigencia de *lex certa*, pues con la expresión “acto deshonesto” no se precisa la conducta considerada como prohibida.

e). En quinto lugar, es inconstitucional la fracción de disposición que señala que si el acto deshonesto es practicado por un miembro de la tropa, la sanción será la prisión. Inconstitucional porque, por un lado, frente a una conducta que no constituye un delito de función, se ha previsto la posibilidad de restringir la libertad individual de una persona; y, por otro, porque ella afecta el principio de legalidad de la pena, puesto que no contempla ni un mínimo ni un máximo de lapso temporal que pueda durar la prisión. *Mutatis mutandis*, este último criterio es extensivo al caso de la prisión que se pueda decretar cuando el sujeto activo sea un oficial de los institutos castrenses.

g). Y, finalmente, es inconstitucional, por afectar el principio de igualdad, que se haya previsto que los actos sexuales contra natura, realizados en sede militar, sean considerados como faltas disciplinarias y/o delitos (según se trate de un oficial o miembro de la tropa), y no se haya previsto en iguales términos –en rigor, como un supuesto de falta disciplinaria-, la práctica, en general, de cualquier relación sexual en sede militar, no destinada a esos fines.

§10. Efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad

51.88. El artículo 204° de la Constitución establece que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

52.89. Por su parte, la primera parte del artículo 40° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé dos excepciones a tal regla, al establecer que: “Las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, *salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103° (retroactividad*

benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74° de la Constitución” [cursivas nuestras].

Este Colegiado considera que la excepción consistente en que luego de la declaración de inconstitucionalidad de una ley se revivan procesos fenecidos si es que versan sobre materia penal, no limita la posibilidad de que este Tribunal pueda modular los efectos en el tiempo de su decisión [STC N.º 0010-2002-AI/TC].

Esto es que, en su condición de Intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae* por un lapso de 12 meses, contados a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual automáticamente los efectos de ésta se harán efectivos y, en consecuencia, permitirá que los procesos penales-militares en los cuales se hayan aplicado las normas consideradas inválidas, puedan ser revividos.

Dicho lapso permitirá que, en atención a la protección del derecho fundamental a la libertad personal, el legislador regule, en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de nuevos procesos penales militares para los sentenciados por la jurisdicción militar, por delitos de función, *siempre que actualmente se encuentren sufriendo penas privativas o restrictivas de la libertad.*

53.90. Dentro del supuesto referido en el párrafo precedente no se encuentran los efectivos militares que hubieren sido juzgados y sancionados por faltas administrativas disciplinarias, toda vez que, por un lado, la imposición de estas sanciones es una potestad propia de los órganos y tribunales administrativos; y, por otro, porque no se trata de una materia penal.

54.91. Asimismo, debe precisarse que están fuera del plazo de *vacatio sententiae* los procesos seguidos a militares por delitos contra los derechos humanos y, en general, todos aquellos que pueden considerarse como de lesa humanidad, toda vez que, por la materia, estos no son susceptibles de ser juzgados por los tribunales militares, cuya nueva organización justifica esa *vacatio sententiae*; y porque, como se ha señalado en la STC N.º 2488-2002-HC/TC, tienen la naturaleza de imprescriptibles.

55.92. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales de aquellos militares que hubiesen sido condenados por los órganos de la jurisdicción militar. Tampoco se deriva de sus efectos que dichos sentenciados no puedan ser juzgados nuevamente por los delitos de función.

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

HA RESUELTO

1. 1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia:

- a) a) Inconstitucional el artículo II del Título Preliminar del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, en el extremo que dispone que: “Los

tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la Ley”.

- b) b) Inconstitucional la frase: “y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía” del artículo III del Título Preliminar del Decreto Ley N.º 23201.
 - c) c) Inconstitucional todo el Capítulo III: El Ministerio Público, contenido en el Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, así como todo extremo tanto de la mencionada ley, como del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar, en cuanto prevea la actuación de los fiscales a que se refiere el mencionado capítulo.
 - d) d) Inconstitucionales los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto Ley N.º 23201, que regulan la composición del Consejo Supremo de Justicia Militar.
 - e) e) Inconstitucionales los incisos 1), 6), 14), 15), 19) y 20) del artículo 12º del Decreto Ley N.º 23201, que regulan determinadas atribuciones del Consejo Supremo de Justicia Militar.
 - f) f) Inconstitucionales el inciso 2) del artículo 14º, así como los artículos 15º, 22º, 23º y 31º del Decreto Ley N.º 23201.
 - g) g) Inconstitucionales el segundo párrafo del artículo 32º y el artículo 38º del Decreto Ley N.º 23201.
 - h) h) Inconstitucionales los artículos 62º, 63º 65º, 66º, 67º y 69º del Decreto Ley N.º 23201.
 - i) i) Inconstitucional la frase: “quien será abogado u Oficial. Al que rehusare o no pudiere hacerlo, la autoridad judicial le nombrará defensor de oficio. En este caso la defensa es acto del servicio y no podrá excusarse de ella ningún Oficial de graduación inferior
 - j) j) a Coronel o Capitán de Navío, cualquiera que sea el Instituto a que pertenezca, salvo los casos previstos por Ley”, del artículo 81º del Decreto Ley N.º 23201.
 - k) k) Inconstitucionales el segundo párrafo del artículo 374º, y los artículos 375º, 378º y 387º del Decreto Ley N.º. 23214, Código de Justicia Militar.
 - l) l) Inconstitucional el artículo 269º del Código de Justicia Militar.
2. 2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que impugna la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, por haberse sustraído la materia.

3. 3. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA