



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLENO JURISDICCIONAL  
Expediente 00022-2011-PI/TC

# SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 8 de julio de 2015

CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y PODER EJECUTIVO

## Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo único de la Ley 29548, diversos artículos del Decreto Legislativo N.º 1094 y diversos artículos del Decreto Legislativo N.º 1095

Magistrados firmantes:

SS.

URVIOLA HANI  
MIRANDA CANALES  
BLUME FORTINI  
RAMOS NÚÑEZ  
LEDESMA NARVÁEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de julio de 2015, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

### I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6430 ciudadanos, representados por Miguel Jugo Viera, contra el Artículo Único de la ley 29548, que otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial sobre el uso de la fuerza y normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados; contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo N.º 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar - Policial; y contra los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 y 27 del Decreto Legislativo N.º 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

### II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

#### A. DISPOSICIONES DE LA LEY N.º 29548

Han sido impugnadas las siguientes disposiciones:

##### Artículo Único.- Disposición autoritativa

Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias siguientes:

- La dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dentro de los parámetros constitucionales vigentes.
- La dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, dentro de los parámetros constitucionales vigentes.
- 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

La delegación a que se refiere el presente artículo es por sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

## B. DISPOSICIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1094

Han sido impugnadas las siguientes disposiciones:

### Artículo 60.- 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:

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.

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.

### Artículo 62.- Sedición

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.

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.

### Artículo 63.- Motín

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

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.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación.

### Artículo 64.- Negativa del militar o del policía a evitar rebelión, sedición o motín

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.

### Artículo 65.- Colaboración con organización ilegal

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

**Artículo 66.- Falsa alarma**

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.

**Artículo 67.- Derrotismo**

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 derrotistas, 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.

**Artículo 68.- 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.

**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 82.- 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.

**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, obligue 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

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.

**Artículo 87.- 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.

**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.
2. En los supuestos menos graves, la pena privativa será no menor de dos ni mayor de cinco años.
3. Como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa.
4. Obligue mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga, u
5. Obligue 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.

**Artículo 91.- 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 en que se agrupa a enfermos y heridos; ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

defendidos o zonas desmilitarizadas; así como establecimientos o instalaciones susceptibles de liberar cualquier clase de energía peligrosa.

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.
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.
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.
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.

#### Artículo 92.- Medios prohibidos en las hostilidades

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:

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.

#### Artículo 93.- Forma agravada

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.

#### Artículo 95.- Delitos contra operaciones humanitarias

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:

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
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.

#### Artículo 96.- Utilización indebida de los signos protectores

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.

#### Artículo 97.- Daños extensos y graves al medio ambiente natural

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

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.

**Artículo 130.- Exceso en el ejercicio del mando**

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. Si a consecuencia de los excesos se incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33, la 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. 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.

**Artículo 131.- Modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando**

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.

**Artículo 132.- Excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado**

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.

**Artículo 140.- Certificación falsa sobre asuntos del servicio**

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.

**Artículo 142.- Destrucción de documentación militar policial**

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.

**C. DISPOSICIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1095**

Han sido impugnadas las siguientes disposiciones:

**Artículo 3.- Definición de términos**

Para los efectos del presente Decreto Legislativo, se entiende por: [...]

- f. Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego, punzo cortantes o contundentes en cantidad; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.

**Artículo 4.- Finalidad de la intervención de las Fuerzas Armadas**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

La intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del Estado de Derecho y protección de la sociedad se realiza dentro del territorio nacional con la finalidad de: [...]

4.3 Prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera.

#### Artículo 5.- Determinación del marco jurídico aplicable

Cada una de las situaciones consideradas en el presente artículo, se rige por los principios señalados y definidos en el Título correspondiente del presente Decreto Legislativo.

5.1 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.

#### Artículo 7.- Principios

Los principios rectores que rigen antes, durante y después del empleo de la fuerza son los reconocidos por las normas del Derecho Internacional Humanitario, y son los siguientes:

- a. Humanidad.- Las personas puestas fuera de combate y aquellas que no participan directamente de las hostilidades son respetadas, protegidas y tratadas con humanidad. En el mismo sentido, las personas que participan directamente de las hostilidades no son objeto de sufrimientos innecesarios.
- b. Distinción.- Es la diferenciación que se debe realizar entre quienes participan y quienes no participan directamente de las hostilidades. La población civil no puede ser objeto de ataque. Debe distinguirse entre los objetivos militares y aquellos que no lo son. Sólo los objetivos militares pueden ser objeto de ataque.
- c. Limitación.- Los medios y métodos de empleo de la fuerza en el enfrentamiento no son ilimitados, El Derecho Internacional Humanitario prohíbe el empleo de aquellos que pudiesen causar daños o sufrimientos innecesarios.
- d. Necesidad militar.- Es aquella que justifica el empleo de la fuerza y que permite obtener la legítima y concreta ventaja militar esperada. Este principio no constituye excusa para conducta alguna que esté prohibida por el Derecho Internacional Humanitario.
- e. Proporcionalidad.- Autoriza una operación militar cuando sea previsible que no causará daños incidentales entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y prevista.

#### Artículo 8.- Carácter vinculante

8.1 Los miembros de las Fuerzas Armadas que intervienen en las operaciones militares desde su planeación, decisión, conducción, y con posterioridad a ellas, en las situaciones previstas en el artículo 5.1 del presente Decreto Legislativo, se sujetan a las normas del Derecho Internacional Humanitario y a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sean aplicables.

#### Artículo 9.-

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no surte efectos sobre el estatuto jurídico de quienes intervienen en las hostilidades.

#### Artículo 13.- Reglas de enfrentamiento

[...]

13.2 El empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas contra un grupo hostil durante el Estado de Emergencia se sujeta a las reglas de enfrentamiento, ejecutándose las operaciones de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

**Artículo 27.- Competencia del Fuero Militar Policial**

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, de conformidad al artículo 173 de la Constitución Política”.

**III. ANTECEDENTES**

**I. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA**

Con fecha 22 de diciembre de 2011, seis mil cuatrocientos treinta ciudadanos, representados por Miguel Jugo Viera, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo Único de la ley 29548, que otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial, en relación con el uso de la fuerza y sobre normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados; contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo N.º 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar - Policial; y contra los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 y 27 del Decreto Legislativo 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

- Alegan, en primer lugar, que la Ley N.º 29548 resulta inconstitucional por la forma y por el fondo ya que carece de motivación, contradice la naturaleza excepcional de la delegación de facultades y delega materias que no son susceptibles de ser delegadas, además de violar derechos como el debido proceso, la tutela procesal efectiva, a la verdad y a la protección judicial de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.
- Sostienen los demandantes que los Decretos Legislativos N.º 1094 y N.º 1095 violan las garantías judiciales de la cosa juzgada, el juez natural, la prohibición del avocamiento y la independencia e imparcialidad de los jueces, desnaturalizan los delitos de función y autorizan que jueces militares conozcan sobre ilícitos penales de carácter común.
- Por último refieren que el Decreto Legislativo N.º 1095 viola el carácter excepcional y restrictivo de la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno, crea nuevos supuestos de intervención y colisiona además con los artículos 45, 51, 138 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

**2. ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL APODERADO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Con fecha 10 de septiembre de 2012, el Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que sea declarada infundada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

- Sostiene que la Ley N.º 29548 delega facultades en ejercicio de una potestad a la que considera discrecional y toda vez que consigna claramente la materia específica (que no resulta indelegable, según concluye) y el plazo determinado, resulta claramente conforme con la Constitución.
- Aduce que en el proceso de inconstitucionalidad no se puede examinar la conveniencia u oportunidad de las medidas legislativas que se cuestionan porque el control es jurisdiccional y no político, ámbito este último donde el legislador no requiere desarrollar motivación para la validez del acto legislativo.
- En relación con la inconstitucionalidad por el fondo de la misma ley, precisa que no vulnera el derecho a la verdad porque lo delegado no impide la investigación o sanción del personal militar o policial que incurra en delitos y tampoco promueve la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos.
- Por último, afirma que en anteriores oportunidades el Congreso de la República ha delegado facultades respecto de normas procesales (Ley N.º 29009) y de normas penitenciarias (Ley N.º 27913) sin que se haya objetado su procedencia. Agrega que en la STC 00024-2010-AI el Tribunal Constitucional examinó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1097 (aprobado a tenor de la delegación de facultades prevista en la misma norma impugnada y cuestionada en autos), y expidió un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin haber objetado en esa oportunidad la materia de la delegación.

### **3. ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL PROCURADOR PÚBLICO ESPECIALIZADO EN MATERIA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA**

Con fecha 10 de septiembre de 2012, el Procurador Público Especializado en materia constitucional, en representación del Poder Ejecutivo, contesta la demanda, solicitando que la sea declarada infundada.

- Alega que las disposiciones cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 1094 deben ser divididas en dos grupos: a) aquellas respecto de las que el demandante plantea que afectan el derecho a la cosa juzgada dado que reiterarían el contenido de normas declaradas inconstitucionales en el expediente 00012-2006-PI/TC; y b) aquellas otras respecto de las que se alega que resultarían contrarias al artículo 173 de la Constitución, sobre la definición del delito de función como competencia de la justicia militar.
- Respecto de lo primero sostiene que la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional resulta predicable de las sentencias



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

desestimatorias y no de las estimatorias, y que por no configurarse debería declararse infundada la demanda. Sin perjuicio de ello arguye que el parámetro que debe tomarse en cuenta es el artículo 173 de la Constitución, que reconoce a la justicia militar como parte del sistema constitucional de administración de justicia.

- En relación con lo segundo sostiene que el delito de función ha sido definido como aquél que tiene tres elementos concurrentes y que determinan la competencia del fuero militar. Estos son: a) el sujeto que realiza la acción que debe ser un militar o policía en actividad, b) la conducta realizada que debe haber sido llevada a cabo con ocasión del servicio militar o policial y c) los bienes jurídicos afectados, que deben ser bienes jurídicos castrenses o policiales, que son aquellos esenciales para el cumplimiento de las funciones y competencias encomendadas por los artículos 165, 166, 169 y 171 de la Constitución.
- Por último expone que la demanda también debe ser rechazada en el extremo que cuestiona el Decreto Legislativo N.º 1095, en primer lugar porque no indica la norma constitucional afectada, y en segundo lugar porque presenta una interpretación errónea de las disposiciones cuestionadas que resultan conformes con la Constitución.

#### 4. ARGUMENTOS DEL INFORME ESCRITO PRESENTADO POR EL PARTICIPE

Con fecha 24 de septiembre de 2012, el contralmirante AP (r) Carlos Enrique Mesa Angosto, en representación del Fuero Militar Policial, incorporado como partícipe por resolución del 20 de julio del 2012, presenta informe escrito, en el que insta a que la demanda sea declarada infundada.

- Sostiene que es innegable que la sanción del delito de función en el Fuero Militar Policial es fundamental para la preservación del orden y la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, de defensa y seguridad de la República, lo que a su vez asegura la preservación del orden constitucional.
- Alega que resulta claro que en el presente caso no se vulnera la cosa juzgada constitucional, toda vez que el parámetro de juzgamiento a utilizar en el presente caso es diferente al que se empleó en pronunciamientos anteriores y que la disposición objeto de control no es la misma.
- Afirma que en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se ha optado por acoger la tesis funcional del delito de función, que admite en la construcción del tipo penal castrense la referencia de un elemento (objeto, sujeto, acción o resultado) previsto también en un tipo penal común, siempre que la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

finalidad del ilícito castrense sea la tutela de bienes jurídicos vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas y Policiales.

- Luego de analizar cada uno de los tipos impugnados concluye que resultan plenamente constitucionales porque tutelan bienes jurídicos vinculados a las funciones de las fuerzas del orden y guardan plena concordancia con la tesis funcional del delito de función, plasmada en la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Radilla Pacheco vs. México.
- Por último, aduce que el vigente Código Penal Militar Policial contiene suficientes garantías constitucionales jurisdiccionales, procesales y penales que aseguran un juicio independiente, imparcial y respetuoso de los Derechos Humanos, en sintonía con la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### IV. FUNDAMENTOS

1. De distinta entidad son los cuestionamientos que se han formulado con la demanda. Por ello, con el objeto de ordenar del mejor modo el pronunciamiento de este Tribunal, se ha considerado absolver las réplicas de constitucionalidad del siguiente modo:

- (i) En primer lugar, se considerarán las objeciones planteadas a la Ley N° 29548, publicada el 03 de julio de 2010 en el Diario Oficial El Peruano, mediante la cual se otorgó facultades al Poder Ejecutivo para legislar, en materia militar-policial, el uso de la fuerza y dictar normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados por violación de derechos humanos.
- (ii) En segundo lugar, se evaluará si los diferentes tipos penales que contiene el Decreto Legislativo N.º 1094, publicado el 01 de setiembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano, son (o no) compatibles con la Ley Fundamental;
- (iii) En tercer lugar, se juzgará si las diversas disposiciones que forman parte del Decreto Legislativo N° 1095, publicado el 01 de setiembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, son conformes con la Ley Fundamental.
- (iv) Finalmente, se precisará los efectos de la presente sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

2. Un escrutinio de esta naturaleza ha de realizarse, evidentemente, a partir del modelo de jurisdicción militar que contiene la Constitución. Y puesto que diversos cuestionamientos tienen como fundamento la afectación de derechos constitucionales, tal control también ha de realizarse conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado, sin perder de vista la jurisprudencia que sobre ellos hubiesen emitido los tribunales internacionales, que son sus intérpretes especializados. Esta es una exigencia que se deriva de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

**A. LA LEY N.º 29548 Y LA DELEGACIÓN DE FACULTADES AL PODER EJECUTIVO**

3. La primera cuestión que se ha planteado tiene que ver con la objeción realizada contra el artículo único de la Ley N.º 29548, mediante el cual se confirió al Poder Ejecutivo competencia para legislar delegadamente en diversas materias asociadas –unas más, otras menos– al derecho penal militar.
4. El artículo único de la Ley N.º 29548 establece lo siguiente:

Artículo Único.- Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias siguientes: a) La dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. b) La dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. 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. La delegación a que se refiere el presente artículo es por sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

5. El artículo 104 de la Constitución expresa que

[...] el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

6. Se ha objetado que al expedirse la ley autoritativa, ésta no respetó los límites que la Constitución le impone: ¿Está sujeta a límites la potestad de delegar en el Poder Ejecutivo la competencia de legislar mediante decretos legislativos? En la demanda se ha afirmado que sí, y que la primera de ellas sería su carácter excepcional. Ello sería así puesto que la Constitución ha conferido la titularidad de su ejercicio al Congreso de la República. En su opinión, tal configuración obedecería al hecho de que la aprobación parlamentaria de la ley está sujeta a principios y condiciones que no existen cuando esta se realiza por el Poder Ejecutivo; a saber, el carácter público del proceso legislativo, el respeto del pluralismo político, como consecuencia de que en él se encuentran representados



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

todos los sectores de la sociedad; la deliberación y el debate democrático así como la promoción del consenso.

7. A diferencia suya, el apoderado del Congreso ha sostenido que tal excepcionalidad no está asociada al hecho de que pueda delegarse facultades legislativas sobre materias que “no pueden ser abordadas y legisladas por el Congreso”, o sobre “materias complejas que escapan al entendimiento del legislador”, sino únicamente a que el Poder Ejecutivo puede legislar aquellas materias que de manera específica se le ha delegado, y dentro del plazo que se le ha instituido para hacerlo.
8. El Tribunal es de la opinión que las objeciones planteadas carecen de relevancia constitucional. La legislación ejecutiva delegada se encuentra institucionalizada en el artículo 104 de la Constitución. Su dictado es consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias que corresponden, a su vez, a dos poderes del Estado distintos. Por un lado, del titular de la política legislativa del Estado —el Congreso—, al cual se ha investido de la competencia constitucional, de ejercicio discrecional, para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular, mediante decretos legislativos, temas que se encuentran dentro de su ámbito de competencia. Y por otro, del Poder Ejecutivo, al cual se ha investido de la competencia normativa de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la correspondiente autorización del Parlamento para expedirlos.
9. La legislación ejecutiva delegada es el resultado institucional del ejercicio de la competencia de ejercer función legislativa con que la Constitución ha investido al Poder Ejecutivo. En ese sentido, los decretos legislativos son fuentes del derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y plazos que establezca la ley de habilitación. Durante el lapso en el que el Parlamento delega al Ejecutivo la potestad de dictar legislación delegada, el primero no pierde la competencia para ejercer la función legislativa.
10. La delegación de facultades legislativas que contiene la ley autoritativa no comprende la *potestas*. No solo porque la habilitación para expedir legislación delegada está circunscrita a determinadas materias fijadas en la ley autoritativa, sino porque en un modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, edificado bajo el principio de separación de poderes y distribución de funciones, es inadmisibles que un poder del Estado, o alguno de sus órganos constitucionales, pueda transferir a otro una competencia que la Ley Fundamental le ha asignado.
11. Puesto que detrás de la legislación ejecutiva delegada subyacen 2 competencias constitucionales distintas son diversos, igualmente, los límites que al ejercicio de cada uno de ellas impone el artículo 104 de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

12. Por lo que se refiere a las exigencias que han de observarse en la *habilitación* para dictarse decretos legislativos delegados, el Tribunal recuerda que ésta:

- (a) Solo puede tener como destinatario al Poder Ejecutivo, de modo que queda excluida la posibilidad de que tal *habilitación* pueda realizarse a favor de otros poderes del Estado u órganos constitucionales;
- (b) tiene que ser aprobada por una ley en sentido formal, es decir, a través de una ley ordinaria, aprobada y sancionada por el Parlamento o, en su caso, por su Comisión Permanente;
- (c) requiere de una ley que fije o determine la materia específica que se autoriza legislar, de manera que no es admisible las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; y, a su vez, que ella identifique con exactitud el plazo dentro del cual podrá dictarse la legislación ejecutiva delegada; y
- (d) no comprende lo que atañe a la reforma constitucional, la aprobación de tratados que requieran de *habilitación* legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República.

13. Por otro lado, el artículo 104 de la Constitución precisa los límites que, a su vez, el Poder Ejecutivo está en la necesidad de observar con ocasión de la expedición de la legislación ejecutiva delegada. Estos límites, además de los que vienen impuestos explícita o implícitamente por la Constitución, esencialmente están constituidos por aquellos fijados en la ley *habilitante*. Se tratan, a saber, de:

- (a) Límites temporales, de modo que la legislación delegada habrá de dictarse dentro del plazo con que se cuenta con *habilitación* para legislar; y
- (b) límites materiales, por lo que la legislación delegada habrá de desarrollar cumplidamente las materias identificadas en la ley *autoritativa*.

14. En el caso de la Ley N° 29548, se ha objetado que esta no haya observado el carácter excepcional que tiene la autorización para legislarse delegadamente. Según se ha afirmado, la función legislativa

[...] solo bajo determinados supuestos y condiciones puede ser delegada al Poder Ejecutivo [...]. No tiene sentido que la Constitución le haya reconocido la misma función y facultad a dos poderes del Estado. Eso es un absurdo, en consecuencia, la diferencia entre las facultades legislativas del Congreso y del Poder Ejecutivo está en que esta última tiene carácter excepcional y es derivada, es decir, no originaria [...]. La consecuencia [de todo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

ello] es evidente, si no existe este carácter excepcional, la delegación de facultades y los decretos legislativos de un lado y los decretos de urgencia de otro, tendrán un problema de validez, es decir, tendrán un vicio de nulidad, pues han sido utilizados, en supuestos distintos a lo establecido en la Constitución [...].

15. Aunque no se ha precisado cuáles serían esos “supuestos y condiciones” en los que sí cabría autorizarse a dictar decretos legislativos, se ha dejado entrever que esta situación se presentaría en aquellos casos en los que existan razones por las que

[...] estas materias no pueden ser abordadas y legisladas por el Congreso. No se ha sustentado cuáles han sido los problemas y/o dificultades del Congreso para afrontar esta agenda de temas. Es más, se está delegando facultades que deberían ser discutidas por el Congreso en virtud de su carácter político y controversial.

Es decir, en opinión de la demandante, dos de los “supuestos” en los que cabría considerar legítima la delegación de facultades legislativas, son: a) que se trate de materias complejas, cuya regulación no pueda ser realizada por el Parlamento, ya sea por desconocimiento de la materia o ya por presentar problemas o dificultades técnicas? su regulación; o, b) que se trate de medidas políticamente controversiales.

16. El Tribunal, desde luego, no comparte este criterio. No es lo complejo o políticamente controvertible que pueda tener el tratamiento legislativo de una materia lo que permite [o impide] que el Parlamento autorice se legisle mediante decretos legislativos, sino los límites constitucionales a los que está sujeto la delegación misma. Esos límites están básicamente representados por aquellas materias que, de acuerdo con la Ley Fundamental, se encuentran sujetas a una reserva de ley absoluta. Es decir, aquellos ámbitos materiales en los que, por una u otra razón la Constitución ha impuesto, por un lado, que estas se discutan, traten y regulen en forma exclusiva y directamente por el Parlamento, en cuanto órgano de representación política de todos los intereses de la sociedad; y, por otro, que tal regulación se apruebe mediante una fuente del derecho de origen parlamentario.

17. El Tribunal recuerda, en ese sentido, que la reserva de ley comporta una obligación y un mandato. La obligación del Parlamento de afrontar la deliberación y debate de la materia sujeta a reserva. Y el mandato de que la materia objeto de la reserva sea regulada exclusivamente por una ley parlamentaria. En aquellas materias sobre las que existe una reserva de ley absoluta no cabe la colaboración legislativa de ningún otro órgano dotado de competencias normativas, siendo tarea exclusiva del Congreso de la República afrontar su debate y desarrollo legislativo [v. gr. en materia de tratamiento tributario especial (artículo 79 *in fine* de la Constitución), regulación de materias reservadas a la ley orgánica (artículo 106) o las leyes de reforma constitucional (artículo 206)].





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

18. No es, pues, técnicamente correcto afirmar que el ejercicio de la potestad legislativa delegada sea excepcional porque su empleo esté sujeto a la presencia de ciertos supuestos y condiciones de índole material. Sí es cierto, en cambio, que la potestad de legislar delegadamente no constituye el ejercicio *ordinario* de una competencia jurídico-estatal, pues su ejercicio no depende de consideraciones propias, de oportunidad o conveniencia que el Poder Ejecutivo pueda tener, sino de la existencia de una autorización previa del Parlamento y, por tanto, de una circunstancia contingente y, además, cuyo desarrollo ha de circunscribirse a los límites materiales especificados en la ley autoritativa.
19. Por ello, el Tribunal considera que más que plantear la objeción de constitucionalidad en términos de excepcionalidad, como se ha hecho, el escrutinio de la ley autoritativa ha de centrarse en términos de límites. Ha de indagarse, entonces, si la delegación de facultades legislativas se concedió dentro los límites que la Constitución establece.
20. Dentro de estos límites se encuentra la obligación de especificar la materia sobre la cual recae la delegación. Una infracción a esta exigencia se presenta no solo cuando existe una delegación 'en blanco', sino también cuando se concretan delegaciones legislativas generales, indefinidas o imprecisas. El Tribunal no pretende que el legislador identifique los detalles de aquello que se delega [una situación que comportaría que el legislador desarrolle en sí misma la materia que se pretende delegar y torne con ello innecesaria la delegación misma], pero sí considera necesario, desde el punto de vista del artículo 104 de la Constitución, que se delimite con suficiente claridad los confines de la materia sobre la que se autoriza legislar al Ejecutivo, y que aquello que se ha delegado no caiga dentro de las materias sobre las cuales existe una reserva absoluta de ley.
21. En el caso de la Ley N.º 29548, el Tribunal observa que esta delegó facultades para legislar en tres materias: la promulgación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial; la regulación del empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas y, finalmente, el establecimiento 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.
22. El Tribunal aprecia que se ha precisado con la suficiente claridad los linderos propios de la materia cuya regulación legislativa se ha delegado y que ninguna de estas materias se encuentra sujeta a reserva absoluta de ley. No comparte, por ello, el argumento expresado en la demanda, según el cual la aprobación del Código Penal Militar-Policial estaría sujeto a reserva absoluta de ley. Las reservas de ley son siempre expresas y nunca tácitas o presuntas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

23. Una materia -derecho o instituto constitucionalmente garantizado- está sujeta a reserva legislativa en los casos en los que la Ley Fundamental expresamente ha dispuesto que su contenido, sus alcances, límites o excepciones deba realizarla el legislador mediante una fuente formal del derecho de origen parlamentario. Y no lo está cuando la Ley Fundamental no contiene una remisión expresa al legislador para que haga cualquiera de aquellas actividades.
24. De otro lado, se ha cuestionado que la ley autoritativa no contiene una explicación acerca de las razones por las cuales el Congreso no estaría en condiciones de legislar estas materias, lo que entienden “[...] ha violado la obligación de motivación del Congreso de explicar las razones de la delegación de facultades, lo cual a su vez acarrea la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad”.
25. El apoderado del Congreso de la República, por su parte, ha replicado sugiriendo que, por su propia naturaleza, las leyes no requieren de motivación para su validez, y que el proceso de inconstitucionalidad “[...] no tiene la finalidad de efectuar un análisis de las razones que justificaron la aprobación de las disposiciones impugnadas”. En su opinión, si bien puede tenerse en cuenta cuales son las razones que motivaron la aprobación de una ley, estas no resultan determinantes para establecer la constitucionalidad (o no) de la norma impugnada.
26. La objeción, en estos términos, también carece de sustento constitucional. El proceso de producción normativa al que está sometido la aprobación de la ley parlamentaria no es equiparable al que es propio del proceso judicial y, por tanto, no rige para aquel los derechos y principios aplicables en este último. La ley es esencialmente un acto de autoridad, a diferencia de una resolución judicial, que es un acto de la razón y, como tal, sujeto a criterios de justificación distintos.
27. Mientras que la ley es producto del ejercicio de una función representativa, en la que sus acuerdos y decisiones se fundan en la voluntad política de las mayorías, de modo que su legitimidad descansa en la relación con la representación del cuerpo electoral; las decisiones judiciales, en cambio, se fundan en la deliberación y son, en ese sentido, el resultado del ejercicio de una función esencialmente cultural. Y en el ámbito de la cultura jurídica, como en cualquier otra manifestación cultural, las decisiones que se toman no se justifican sobre la base del principio mayoritario, sino sobre el correcto raciocinio, mediante ese instrumento que se llama “razonamiento jurídico”, que impone sujeción y respecto a ciertas reglas que disciplinan la estructura racional del proceso de interpretación y aplicación de normas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

28. Por ello, si en el ámbito de las resoluciones judiciales, el no motivar o no argumentar (o hacerlo deficientemente) invalida la decisión adoptada, en el caso de las leyes, en cambio, su validez no depende de la existencia o inexistencia de la motivación. Por ello, la exposición de motivos con que algunas de ellas vienen acompañadas no tiene en sí misma ninguna obligatoriedad, y en las democracias pluralistas su empleo en el proceso de asignación o adscripción de significados a las disposiciones legales solo puede tener un carácter ilustrativo y referencial, acerca de las diferentes razones que habrían tenido sus autores al momento de aprobarla.
29. De modo, pues, que la ausencia de exposición de motivos es un asunto irrelevante desde el punto de vista de la validez constitucional de la ley. Por lo demás, el Tribunal hace notar que el Proyecto de Ley N.º 3908/2009-PE, presentado por el Presidente de la República, mediante el Oficio N.º 057-2010-PR, de fecha 12 de marzo del 2010, y cuya aprobación dio origen a la Ley N.º 29548, contiene su exposición de motivos.
30. Finalmente, también se ha cuestionado que la Ley N.º 29548 autorizó al Poder Ejecutivo la “posibilidad de amnistiar al personal militar, policial o paramilitar, responsable de crímenes contra los derechos humanos”, cuando, a su juicio,

No está permitido al gobierno a través de delegación facultades [sic] ni a través de ninguna norma, declarar la prescripción de violaciones de derechos humanos. Se trata de un límite “no disponible” por el gobierno a la hora de legislar a través de los decretos legislativos.

Por otro lado, también se ha cuestionado que mediante la tercera materia delegada, se habría autorizado al Poder Ejecutivo a declarar la “prescripción de responsabilidad penal de responsables de graves crímenes contra los derechos humanos”, lo que sería “incompatible con el derecho a la verdad y con la obligación de no promover la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos”.

31. El Tribunal observa que las últimas objeciones que se ha efectuado contra la Ley N.º 29548 no se fundan en lo que su artículo único establece, sino a lo que a su amparo, presumiblemente, el Poder Ejecutivo podría haber regulado. Encontrarse autorizado para “declarar la prescripción de violaciones de derechos humanos” o establecer medidas que supongan la “prescripción de [la] responsabilidad penal de [los] responsables de graves crímenes contra los derechos humanos”, cuando el artículo único autoriza a legislar en

La dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. b) La dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. c) La dación de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos. La delegación a que se refiere el presente artículo es por sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley,

No es sino formular conjeturas o suposiciones acerca del contenido futuro de las posibles disposiciones que el Poder Ejecutivo pueda aprobar.

32. No es ese, desde luego, el objeto del control de constitucionalidad. Como en innumerables veces se ha recordado, éste recae sobre las disposiciones que forman parte de una fuente formal del derecho que tiene en el ordenamiento rango de ley, lo que incluye sus respectivas normas. Se trata de un control sobre disposiciones y normas existentes; es decir, que forman parte del ordenamiento porque han sido incorporadas conforme a las normas que regulan el proceso de producción jurídica que contiene la Constitución.

33. Dicho control no incluye a las disposiciones o normas hipotéticas o imaginarias. Desde la perspectiva de la justicia constitucional, una disposición que no haya sido introducida al sistema jurídico siguiendo las metanormas que regulan el proceso de elaboración de las fuentes es inexistente. Y sobre estas sucede que no solo no se puede fundar una declaración de invalidez sino, incluso, la posibilidad de su control. Por tanto, también este extremo de la pretensión debe desestimarse.

## **B. EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1094 Y LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DE DIVERSOS DELITOS DE FUNCIÓN**

### **B.1 CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**

34. Se ha denunciado la inconstitucionalidad de los artículos 60, 62, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Código de Justicia Militar, argumentándose la afectación del principio de cosa juzgada. Y que los artículos 81, 83, 84, 85 y 86 del mismo Código son inconstitucionales porque no constituyen delitos de función. Por último, se solicita también la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 93, aunque no se desarrollan los argumentos o las razones de la impugnación que sostienen la pretensión de inconstitucionalidad de dichos dispositivos.

35. Según los demandantes, se afecta la garantía de la cosa juzgada constitucional y la naturaleza de los delitos de función. En primer lugar, se

[...] viola la garantía de la cosa juzgada constitucional, al volver a incorporar y tipificar en ella supuestos de delito de función que en el año 2006, fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, [todo ello en vista que] el Gobierno ha atentado contra el orden constitucional al promulgar una normativa que ya había tenido un análisis de constitucionalidad por parte del TC, y que este había encontrado vicios de inconstitucionalidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Asimismo, afirman que el Decreto Legislativo N.º 1094 impugnado desconoce y desnaturaliza la jurisprudencia constitucional en materia de delito de función, pues el Tribunal ha acogido una definición en las STC 0017-2003-AI/TC y 0012-2006-PI/TC, en virtud de la cual existirá delito de función cuando la conducta de un militar o policía en actividad afecte bienes jurídicos de las FFAA o de la PNP relacionados con el cumplimiento de sus fines constitucionales.

36. Desde la perspectiva del demandado, la cosa juzgada prevista en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional se aplica a las sentencias desestimatorias mientras que en el presente caso ha existido una sentencia fundada, por lo que

La identificación de este errado parámetro de control planteado por la parte demandante sería suficiente para declarar infundada la demanda. Sin embargo, [es] necesario que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, para que de esta forma se despeje toda duda sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.

37. De otro lado, estima que el delito de función debe ser analizado a la luz de lo resuelto en la STC 0001-2009-PI/TC, donde se expresa que comprende la tutela de bienes jurídicos como la seguridad del Estado, el orden constitucional y la disciplina, tres elementos concurrentes que determinan la competencia del fuero militar. Alega que si bien en una primera etapa, para el Tribunal Constitucional, el delito de función sólo podía estar referido a la defensa nacional (STC 0017-2003-PI/TC y STC 0012-2006-PI/TC), en una segunda, a partir de la STC 0001-2009-PI/TC, se amplía el ámbito del delito de función a la protección del orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses, razón por la cual la concurrencia de un delito común y otro de función no viola el principio *ne bis in idem* (Vid. STC 1294-2007-PHC/TC)

38. En tanto participe del proceso, el representante del Fuero Militar Policial informa que no existe vulneración de la cosa juzgada, toda vez que el parámetro de juicio sobre el cual se dictó la anterior sentencia de inconstitucionalidad ha variado, por lo que los delitos impugnados del Código Penal Militar Policial deben ser sometidos a un nuevo control, toda vez que ha operado una mutación del contexto fáctico y jurídico tras la entrada en vigencia de un nuevo modelo de jurisdicción castrense con la Ley N.º 29182; y que el parámetro de control debe estar constituido por los artículos 165, 166, 169 y 171 de la Constitución y por la jurisprudencia de la Corte IDH, que plasma un nuevo concepto de delito de función.

39. De otro lado, a su entender, existen dos posturas para determinar la competencia de la justicia militar: la restrictiva, que excluye del tipo penal castrense toda referencia al previsto en un tipo penal común, aun si existiese vínculos con la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

función militar; y la funcional, que admite en la construcción del tipo penal castrense elementos del tipo penal común, siempre que el fin del ilícito castrense sea la tutela de bienes jurídicos vinculados con las funciones castrenses.

40. En tal línea, sostuvo que la sumisión a la tesis funcional del delito de función por el Tribunal Constitucional, a partir de la STC 0001-2009-PI/TC, se debe a la compatibilización de lo delimitado por la Corte Interamericana, en casos como Radilla Pacheco vs. México, en el que se opta por dicha tesis y se determina que es factible que conductas punibles con origen en el fuero común sean ventiladas en la jurisdicción militar, siempre que tengan relación directa y próxima con la función y bienes jurídicos castrenses, posición asumida por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-878/00, el Tribunal Constitucional Español en el Auto 440/2006 y la Corte Suprema de Canadá, en el caso Generéux c. la Reina.
41. Antes de proceder al análisis de constitucionalidad de cada uno de los delitos materia de cuestionamiento, es preciso determinar qué implican los dos extremos de la Constitución o del bloque de constitucionalidad que podrían verse afectados o vulnerados a partir de la regulación establecida en el Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 1094), como son la cosa juzgada y el delito de función.
42. Dado que varios de los tipos penales establecidos en las disposiciones impugnadas han sido materia de análisis por parte de este Tribunal Constitucional al evaluarse la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 961 (básicamente en la STC 0012-2006-PI/TC), corresponde determinar, en primer lugar, si existe sustracción de la materia justiciable por cosa juzgada, lo cual tornaría en improcedente la presente demanda.
43. El derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada posibilita que se garanticen los derechos de todo justiciable en un doble sentido: a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (fundamento 38 de la STC 4587-2004-AA/TC, seguido en el fundamento 43 de la STC 0005-2007-PI/TC). Se persigue, entonces, que una cuestión litigiosa que haya sido decidida por el órgano jurisdiccional no pueda volver a serlo, en garantía de la seguridad jurídica y la finalidad pacificadora del derecho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

44. A partir de ello, debe diferenciarse la cosa juzgada formal, referida al carácter irrecurrible de la sentencia y a una proyección de sus efectos sobre el mismo proceso sentenciado, de la cosa juzgada material, que alcanza al fallo y a la *ratio decidendi*; que impide un nuevo pronunciamiento sobre el fondo e impone al órgano un *stare decisis* interno, lo que afecta el pronunciamiento que vaya a recaer en futuros procesos.

#### **B.1.a. cosa juzgada en las sentencias de inconstitucionalidad**

45. El primer párrafo del artículo 82 del Código Procesal Constitucional establece que
- [...] las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad [...] 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.

En el mismo sentido, el artículo 104.2 del citado Código señala expresamente que la demanda será declarada improcedente “Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo”.

46. A diferencia de lo que sucede en otros órdenes procesales, la determinación del efecto de la cosa juzgada material en el seno del control constitucional de una norma con rango de ley, no admite una formulación sobre la base de límites subjetivos, esto es, con relación a los sujetos que participaron en el proceso, en la medida en que se trata de un proceso objetivo, con efectos *erga omnes*, pero cuyo acceso (legitimación activa) está restringido, *ope constitutionis*, a determinados sujetos procesales (Fundamento 4 de la RTC 0003-2005-PI/TC).

47. En los procesos de inconstitucionalidad, el atributo de *res iudicata* corresponde tanto a las sentencias estimatorias como desestimatorias, entendiendo por estas a toda decisión final que se pronuncie sobre el fondo de la controversia. Y por ello, este Tribunal considera indispensable realizar algunas precisiones en tomo a efectos de la cosa juzgada en uno y otro caso.

#### **B.1.b. Cosa juzgada respecto de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad**

48. Respecto de la cosa juzgada en las resoluciones desestimatorias recaídas en procesos de inconstitucionalidad, debe partirse de que el inciso 2 del artículo 104 del Código Procesal Constitucional establece que

[...] el Tribunal declarará improcedente la demanda cuando concurre alguno de los siguientes supuestos: [...] 2) Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

49. Este Tribunal en la resolución de admisibilidad de fecha 28 de octubre de 2005, recaída en el expediente 00025-2005-AI/TC sostuvo que

[...] debe tratarse de la desestimatoria de una demanda 'sustancialmente igual' a la controversia constitucional resuelta en la sentencia desestimatoria y que ahora se plantea en la nueva demanda. A *contrario sensu*, cuando la nueva demanda no plantee una controversia constitucional 'sustancialmente igual' a la resuelta en la preexistente sentencia desestimatoria, la causal de improcedencia no será de aplicación (Fundamento 5).

50. Esta identidad sustancial se presentaría cuando se impugne la misma disposición, por idénticos motivos, partiendo del mismo sentido interpretativo y sin que se demuestren supuestos concretos que impongan una solución diferente por exigencia de otros bienes constitucionales que operen en sentido contrario.

51. En consecuencia, la inmutabilidad que impone la existencia de cosa juzgada supone la prohibición de que los órganos jurisdiccionales, incluido este Tribunal Constitucional, puedan entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de pronunciamiento.

#### **B.1.c. Cosa juzgada en las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad**

52. Desde el punto de vista formal, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una disposición no puede ser impugnada por imperativo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional, en cuanto establece que "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna".

53. La problemática surge cuando se examina la dimensión material de la cosa juzgada, y ello por dos razones. La primera porque la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición con rango de ley supone la expulsión de la misma del ordenamiento y parecería, *prima facie*, imposible que pueda volver a plantearse una controversia a su respecto. Y la segunda porque la declaración de inconstitucionalidad tiene eficacia negativa en el sentido de que aquella interpretación proscrita por el Tribunal Constitucional no puede volver a repetirse.

54. Respecto de lo dicho en primer término, debe tenerse presente que si bien la disposición no subsiste a la emisión de la sentencia estimatoria, ello no implica que en ningún caso pueda plantearse una nueva demanda a su respecto, si es que fue declarada inconstitucional por razones de forma. De hecho, el último párrafo del artículo 82 establece que "la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código".





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

55. Por otro lado, un segundo planteo de inconstitucionalidad de la disposición previamente declarada inconstitucional, pero esta vez por el fondo, tendría sentido en materia penal o tributaria en la que los efectos pueden ser retroactivos. Si por el contrario, se hubiese declarado la inconstitucionalidad de la disposición por razones de fondo, el primer párrafo del mismo artículo 82 del Código proscribía la posibilidad que pueda volver a plantearse la cuestión, por lo menos para cuestionar el mismo sentido interpretativo expulsado.
56. En opinión de este Tribunal Constitucional existe, entonces, la cosa juzgada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad; por cierto, sujeta a las particulares condiciones que se acaban de describir.
57. Cabría preguntarse qué sucede en caso de que el legislador volviera a adoptar la misma disposición que fue declarada inconstitucional en la sentencia estimatoria. Una primera interpretación posible sería aquella que asuma que en el caso de la sentencia estimatoria no existiría cosa juzgada, ya que no se trata de la misma disposición porque la primera fue expulsada del ordenamiento jurídico.
58. Una interpretación de esta naturaleza debe ser descartada de plano porque supondría impedir el control y conservar en el ordenamiento una disposición o norma presumiblemente inconstitucional. Por el contrario, la dimensión material de la cosa juzgada exigiría reiterar el pronunciamiento e incluso remitirse a los fundamentos de la decisión previa.
59. La más caracterizada doctrina tiene desarrollado que
- [...] la existencia de una decisión estimatoria previa no puede operar entonces como un impedimento para el pronunciamiento sobre el fondo, tanto porque el tiempo transcurrido y, sobre todo, el nuevo marco normativo en el que el precepto se inserta pueden traducirse en una no identidad de las situaciones, porque con ello se estaría precisamente cerrando la puerta a una posible expulsión de una norma inconstitucional.<sup>1</sup>
60. La sentencia estimatoria que expide este órgano de control de la Constitución fija una interpretación definitiva que, salvo que en el futuro pudiera ser variada por él mismo de un modo razonado, impide que el Parlamento pueda reproducir la misma fórmula legal.
61. En este sentido, la cosa juzgada material de la sentencia estimatoria, frente a una nueva disposición de contenido igual que sea aprobada por el legislador, posee unos perfiles particulares ya que no es únicamente relevante el texto de la disposición sino que cuentan también el sentido en el que fue enjuiciada, el bloque

<sup>1</sup> Gómez Montoro, Ángel. "Comentario al Artículo 38", en Requejo Pagés, Juan Luis. *Comentario a la ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ed. Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 563.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

de constitucionalidad que se hubiese conformado para decidir el caso previo y el contexto histórico en el que se hubiese expedido la resolución, entre otras razones que podrían exigir un reexamen de la cuestión.

62. El efecto de cosa juzgada material alcanza, en principio, sólo al fallo, y no a los fundamentos jurídicos de la sentencia, salvo que en la parte resolutive se haya hecho una remisión específica a algunos de ellos. Sin embargo, esto no quiere decir que la *ratio decidendi* no proyecte sus efectos a todo el sistema, y en particular al Parlamento, ya que las sentencias estimatorias, por mandato del Código Procesal Constitucional, no solo poseen efecto de cosa juzgada sino que además “vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales” (Artículo 82).
63. Sobre la base de lo expuesto, el legislador democrático, en ejercicio de sus atribuciones, podría expedir disposiciones que regulen el mismo aspecto cuando:
- Desarrolle una disposición diferente;
  - desarrolle la disposición con un contenido similar al anterior pero del que puedan deducirse sentidos interpretativos diversos del que fue declarado inconstitucional; o cuando
  - tras el tiempo transcurrido desde la expedición de la sentencia estimatoria hubiesen operado cambios en el marco normativo o social que justifican diferentes interpretaciones partiendo de una disposición sustancialmente idéntica.
64. En todo caso, este Tribunal Constitucional podría examinar la disposición, y si se mantienen las razones que exigieron que se declarara la inconstitucionalidad de la ley anterior entonces debería volver a hacerlo.
65. Un problema jurídico de tal índole es el que se presenta a partir de lo alegado en la demanda de inconstitucionalidad *sub judice* respecto de las normas impugnadas del Decreto Legislativo N.º 1094 y su relación con los efectos de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC. Así, lo que deberá distinguirse es si existe o no una controversia constitucional “sustancialmente igual” entre la nueva demanda y la resuelta con anterioridad, es decir, si la nueva pretensión plantea un asunto que ya constituye la denominada “cosa juzgada constitucional” (fundamento 5 de la RTC 0025-2005-PI/TC y otro). Para este fin, en la sección B.3 *infra* se efectuará un análisis en diversos niveles respecto de cada disposición legal impugnada; sin embargo, como paso previo se desarrollará algunas consideraciones sobre la norma constitucional parámetro de control y la variación o no de sus respectivos contenidos normativos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

## B.2 JUSTICIA MILITAR POLICIAL Y DELITO DE FUNCIÓN: UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

### B.2.a. Justicia militar policial

66. El artículo 173 de la Constitución establece que

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

67. Siguiendo la línea del Informe Defensorial N.º 66 corresponde descartar que la justicia castrense pueda ser concebida como un “fuero personal” acordado a militares y policías atendiendo a su condición de tales (pp. 37 y ss.). El Código Penal Militar-Policial solo resultará aplicable a quienes tengan la condición de militares o policías en actividad.

68. Corresponde descartar asimismo criterios como los de ocasionalidad, causalidad o lugar de comisión del hecho para determinar la competencia del fuero castrense. Efectivamente, para que se configure el delito de función no basta con que el ilícito se presente cuando el agente realiza un acto de servicio, que el resultado se produzca como consecuencia del mismo o que el hecho se produzca en la zona de conflicto.

69. Debe tenerse presente también que la Corte IDH ha decidido que la condición de militar en actividad es condición necesaria pero no suficiente para ser sometido al fuero castrense, pues se requiere además que el bien jurídico afectado se relacione con “[...] la disciplina o la misión castrense” (Caso Fernández Ortega c. México, fundamento 177).

70. Al respecto la Corte IDH tiene decidido que

[...] si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla Pacheco contra México, Fundamento 284).

71. Resultará indispensable, en este contexto, analizar la finalidad de las FFAA y la PNP. En el artículo 165 de la Constitución se sostiene que las primeras “Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución”. Respecto de la Policía Nacional del Perú el artículo 166 agrega que ésta “[...] tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno”.

72. En buena cuenta, los institutos armados persiguen garantizar la defensa nacional entendida como salvaguarda de la estructura política y social de la comunidad que se expresa en el Estado constitucional y democrático de Derecho.
73. Naturalmente que la intervención del fuero militar será extraordinaria y limitada al juzgamiento de los delitos de función. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que

En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla c. México, Fundamento 272).

74. En tal contexto, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial aprobado por Decreto Legislativo N.º 1094, disposición cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio, dispone que “El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional”.

Esta disposición resulta conforme con la definición que brinda el Informe Defensorial N.º 66 mencionado *supra*. En dicho documento se señala que

[...] estaremos frente a un delito de función, cuando la conducta de un militar o policía en actividad, afecte o ponga en riesgo la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales. Ciertamente que además de ello, el delito debe estar expresamente tipificado en el Código de Justicia Militar, tal como lo exige el artículo 173º de la Constitución.

76. En la STC 00002-2008-AI/TC este Tribunal agregó que se entenderá por delitos de función los tipos penales que cumplan con los siguientes elementos objetivos del tipo penal militar:
  - a. Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

- b. que, como circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, es decir, con ocasión de él; y
- c. que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional: objeto material (Fundamento 86).

Así, la configuración del delito de función -que habilita el ámbito competencial de la jurisdicción militar- requiere la satisfacción de manera concurrente de los tres elementos que se explican a continuación.

### B.2.b. Elementos del delito de función

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

#### B.2.b.1 Elemento subjetivo

78. El elemento subjetivo está referido a la determinación del grupo de sujetos a quienes se le puede válidamente imputar la comisión de un delito de función a título de autores o partícipes. De acuerdo a la Constitución, están sujetos al fuero castrense los miembros de las FFAA y de la PNP. .
79. La competencia *ratione personae* del fuero privativo militar policial se halla limitada a personal de fuerzas de seguridad<sup>2</sup>. El sujeto activo del ilícito penal -militar o policía- debe encontrarse en situación de actividad<sup>3</sup>; puesto que, si la jurisdicción militar se estableció con el fin de mantener el orden y la disciplina<sup>4</sup>, no corresponde que el personal en retiro sea juzgado por tribunales castrenses<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Así lo ha reconocido la STC 0017-2003-AI/TC y al igual que ella la Corte Europea de Derechos Humanos (como muestras, Sentencia de 4 de mayo de 2006, Caso Ergin c. Turquía; Sentencia de 10 de mayo de 2001, Caso Chipre c. Turquía; y, Sentencia de 21 de septiembre 2006, Caso Maszni c. Rumania) y la Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos (Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, del 15 de noviembre de 1999; Decisión de 15 de noviembre de 1999, Comunicación 151/96 (Nigeria); Decisión de 7 de mayo de 2001, Comunicación 218/98 (Nigeria); entre otras).

<sup>3</sup> Fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC y fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC. De esta forma está estipulado el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, línea seguida por la Corte IDH (fundamento 272 de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco), y también el Comité de Derechos Humanos de NNUU (párrafo 15 de las Observaciones y Recomendaciones a Uzbekistán, CCPR/CO/71/UZB, de 26 abril de 2001, reiterando comentarios precedentes a Polonia, a Camerún, a Chile, a Marruecos, a Siria, a Kuwait, a Federación de Rusia y a Eslovaquia).

<sup>4</sup> Párrafo 112 de la Sentencia de la Corte IDH del 18 de agosto de 2000 (Fondo), Caso Cantoral Benavides c. Perú, C-69; y, párrafo 128 del Caso Castillo Petrucci.

<sup>5</sup> Párrafo 111 de la Sentencia en el Caso Usón Ramírez.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

80. Sobre el enjuiciamiento de personas distintas a personal castrense, la Corte IDH ha establecido que “la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter”<sup>6</sup>.

### B.2.b.2 Elemento funcional

81. La conducta típica debe originarse en un acto del servicio o con ocasión de él, infracción que debe revestir cierta gravedad y justificar el empleo de una conminación y una sanción penal<sup>7</sup>. Los tribunales militares solo están habilitados, *ergo*, para juzgar de los asuntos constitutivos de infracciones cometidas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones<sup>8</sup>. Se requerirá que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP
82. Asimismo, es preciso que exista una relación normativa entre la actividad del policía o militar -función encomendada- y la comisión del delito. Con esto se quiere decir que el delito de función debe ser entendido como el quebrantamiento de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad. Así, para que un delito sea de competencia penal militar policial debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio; esto es, el hecho punible debe surgir como un abuso de poder -o una extralimitación- ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.
83. La inexistencia de este nexo funcional para la habilitación de la jurisdicción penal militar policial implicaría que la garantía de los bienes jurídicos más relevantes para la vida social en el Estado constitucional y democrático de Derecho no encontrarían tutela efectiva en la justicia ordinaria<sup>9</sup>.
84. En el caso nacional, se requiere que el sujeto activo infrinja un deber que le corresponde en virtud de su estatus de militar o policía. 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

<sup>6</sup> Párrafo 128 de la Sentencia en el Caso Castillo Petrucci.

<sup>7</sup> Fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC, fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC; también igual en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

<sup>8</sup> Párrafo 9 de las Observaciones y Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de NNUU a Egipto, CCPR/C/79/Add.23, de 9 de agosto de 1993.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004, Expediente 2004-08469-17-RAC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

de un interés considerado como altamente valioso por el legislador para la vigencia de la institución a la cual se halla vinculado<sup>10</sup>.

85. En la legislación interna, se considera que la función militar policial, abarca aquel “conjunto de tareas que se realizan en tiempo de paz, o durante el régimen de excepción o conflicto armado, en cumplimiento de la Constitución Política del Perú, las leyes y los reglamentos correspondientes”, precisándose además que “el ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar”<sup>11</sup>. Esto quiere decir que dentro de dicho concepto debe incluirse

[...] el ejercicio regular en aquellas tareas, actividades, acciones u operaciones que les corresponde realizar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en acto, consecuencia o con ocasión del servicio, en razón a las finalidades que la Constitución y la ley dispone para estas instituciones<sup>12</sup>.

### B.2.b.3 Elemento objetivo

86. Este último elemento descansa en el bien jurídico tutelado por cada uno de los tipos penales de delito de función.

#### *Bien jurídico castrense*

87. El Tribunal Constitucional considera que, desde una perspectiva político-criminal compatible con la Constitución, deben entenderse como bienes jurídico-penales a todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad<sup>13</sup>. Razón por la cual la tutela especializada de bienes jurídicos propios de las FFAA y la PNP no puede ser contraria a tal premisa básica, esto es, la protección, a través del derecho penal común, de las circunstancias y finalidades indispensables para el desarrollo de la persona humana en la sociedad.
88. En coherencia con los elementales principios de lesividad y *última ratio*, consustanciales al derecho penal del Estado constitucional y democrático de Derecho, por tanto, aplicables también al derecho penal militar policial, el delito de función debe implicar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico

<sup>10</sup> Tal como fue fijado en el fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, seguido en fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC.

<sup>11</sup> Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 29182.

<sup>12</sup> Artículo 11 de la Resolución Administrativa 126-2011-FMP/TSM/SG.

<sup>13</sup> Roxin, Claus. “El concepto de bien-jurídico como elemento de crítica legislativa sometido a examen”. *RECPC* 15-01 (2013) - <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

institucional<sup>14</sup> y exigir un vínculo directo con las funciones constitucionales asignadas a la fuerza pública<sup>15</sup>. Debe ser, entonces, un ilícito cuya magnitud suponga un grave atentado contra un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses<sup>16</sup>.

89. La centralidad del bien jurídico, en el concepto del delito de función, se sustenta en que aquel es el criterio de legitimación material sobre el cual se autorizan las competencias especializadas de los tribunales castrenses. Así, los parámetros indicados en las STC 00454-2006-HC/TC, 00002-2008-AI/TC y 00001-2009-AI/TC delimitaron los alcances del delito de función y afirmaron que, enunciativamente, este tipo de delitos se refiere a atentados contra bienes jurídicos que afecten o pongan en riesgo:

- a. La existencia de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- b. la organización de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- c. la operatividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- d. las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- e. la actuación de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- f. la seguridad del estado; y
- g. la disciplina de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

*Principios castrenses: sustrato de los bienes jurídicos castrenses*

90. El Comité de Derechos Humanos ha recomendado limitar “la competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina y asuntos análogos” (párrafo 18 de las Observaciones y Recomendaciones a Colombia, de 5 de mayo de 1997 (reiteró lo requerido en 1992, CCPR/C/79/Add.2). Cuestiones internas de tal índole, a juicio del Tribunal Constitucional, son la unidad, la jerarquía, la subordinación, el orden, la disciplina, la acción u operación militar, entre otros, al encontrarse vinculados a concretos bienes jurídicos castrenses<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Comp. 15/22-2003, Consejo Supremo de Justicia Militar, 2º Juzgado Penal, Puno, del 27 de agosto de 2003.

<sup>15</sup> Sentencia C-878/00 de la Corte Constitucional colombiana.

<sup>16</sup> Fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC, fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC.

<sup>17</sup> Fundamento 83 de la STC 0023-2003-AI/TC.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

91. Resulta, entonces, válida la inclusión de la disciplina en el Código Militar Policial como un principio castrense, puesto que esta es entendida como el conjunto de deberes que imponen al militar y al policía su permanencia en el servicio, el acatamiento y observancia fiel del orden establecido y preceptos que la reglamentan<sup>18</sup>. Sobre ella deben sustentarse gran parte de los bienes jurídicos que sean protegidos a través de los delitos de función.
92. Otros principios esenciales para la actuación de los efectivos militares y policiales, cuya vulneración puede fundamentar la tipificación de un delito de función, están válidamente reconocidos por el Código Penal Militar Policial. Tal estatuto corresponde a la subordinación; entendida, esta última, como el ejercicio de autoridad del superior sobre el inferior en grado, en el marco de la estructura orgánica de las FFAA y la PNP, a partir de la cual se configura el respeto, obediencia, acatamiento y colaboración relativo a cada grado militar o policial<sup>19</sup>. Asimismo, está el mando, entendido como el privilegio y la obligación de dar órdenes, ligado al ejercicio de la autoridad sobre los subordinados<sup>20</sup>.
93. El Decreto Legislativo N.º 1094 ha reconocido también a la defensa nacional como un principio esencial militar<sup>21</sup> sobre el cual la Constitución ha consagrado lo siguiente:

El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo [...]<sup>22</sup>.

94. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional ha establecido que el fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>23</sup> velar por la preservación de un orden político y legitimara los poderes públicos a través de los principios democráticos<sup>24</sup>.

Asimismo se ha reafirmado que la defensa nacional es integral y permanente, características que según la STC 0017-2003-AI/TC involucran un conjunto de acciones que permiten la subsistencia del Estado. Aquí se incluyen su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno, y libre de subordinación

<sup>18</sup> Artículo XIV.a del Título Preliminar.  
<sup>19</sup> Artículo XIV.b del Título Preliminar.  
<sup>20</sup> Artículo XIV.c del Título Preliminar.  
<sup>21</sup> Artículo XIV.d del Título Preliminar del Código Penal Militar.  
<sup>22</sup> Artículo 163.  
<sup>23</sup> Reiterado en fundamento 14 de la STC 0002-2008-PI/TC.  
<sup>24</sup> Fundamento 2 de la STC 0005-2001-AI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

en lo externo, así como la posibilidad que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones.

95. Ahora bien, se debe precisar que la defensa nacional no es únicamente un principio militar policial; puesto que de ella participan todos los miembros de la Nación. Si bien entre ellos las FFAA y la PNP juegan un rol trascendental, esto no significa que dicho sistema se circunscriba a las decisiones estatales relacionadas con prácticas castrenses; siendo, entonces, el desempeño militar o policial solo una de sus facetas<sup>25</sup>. En tal sentido, la defensa nacional, como principio castrense, debe ser interpretada como un valor que exige la protección de intereses especializados y limitados a las funciones que la Constitución y las leyes asignan a las FFAA y la PNP<sup>26,27,28</sup>.
96. Por razones similares a las ya expuestas respecto a la defensa nacional, tampoco resulta precisa la interpretación que hace el artículo XIV.e del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1094 del así denominado “principio de subordinación al poder constitucional”; puesto que el deber de respetar el orden constitucional es un deber general que corresponde a toda persona en calidad de ciudadano del Estado constitucional y democrático de Derecho. En tal sentido, cuando el precitado dispositivo legal expresa que “el delito de función previene y sanciona todo acto de un militar o policía que atente contra el orden constitucional”, tal afirmación debe entenderse como limitada a los ilícitos que reúnan las características del delito de función.
97. En consecuencia, en lo que aquí importa, para la interpretación del los tipos de delitos de función se deberá tener en cuenta la vinculación de la conducta prohibida con los principios castrenses de disciplina, subordinación, mando, obediencia, defensa y seguridad, incorporados en el Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1094. Se requiere, en general, que la conducta prohibida en el tipo de delito de función suponga preponderantemente una afectación a la función asignada a las FFAA y a la PNP.
98. Son dos los grupos en los que se dividen los ilícitos que válidamente configuran delitos de función. El primero es el de los delitos de función *stricto sensu*, que protege exclusivamente bienes jurídicos del ámbito militar o policial. El segundo agrupa a los delitos de función *lato sensu*, referido a tipos pluriofensivos -

<sup>25</sup> Fundamento 31.

<sup>26</sup> Párrafo 51 de la Sentencia de la Corte IDH del 6 de diciembre de 2001 (Fondo), Caso Las Palmeras c. Colombia, C-90.

<sup>27</sup> Artículo 165 de la Constitución.

<sup>28</sup> Artículo 166 de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

supuestos delictivos que implican la lesión simultánea de más de un bien jurídico-que atentan contra bienes jurídico-penales castrenses y comunes.

99. Frente al segundo grupo de ilícitos, una correcta técnica de tipificación por parte del legislador determina un tipo de delito de función siempre y cuando el bien jurídico afectado sea uno castrense. Entonces, no todo delito a causa de su de naturaleza pluriofensiva debe ser excluido de la condición de delito de función<sup>29</sup>. No obstante, resultará ilegítima la sanción a través del delito de función de conductas cuyo injusto reside en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales comunes<sup>30</sup>. Ello supone, además, no favorecer casos de *non bis in ídem*.
100. Por tanto, de la naturaleza restrictiva y excepcional de la justicia castrense, se deriva también que en los supuestos de duda sobre la tipificación o la aplicación de los delitos de función, tal dilema debe resolverse a favor de consagrar la conducta en la legislación penal ordinaria<sup>31</sup>. Es decir, como enfatiza la Defensoría del Pueblo, se legitima el hecho de que la justicia ordinaria sea siempre la atrayente respecto de la justicia castrense<sup>32</sup>.
101. Corresponde, entonces, en caso de ambigüedad sobre la relación funcional entre el hecho punible y la actividad que cumplía el miembro de las FFAA o la PNP, a la justicia ordinaria, la investigación y juzgamiento de los delitos comunes en que se hubiese incurrido<sup>33</sup>. Es así que tiene sentido que sea la Corte Suprema de Justicia quien se encargue de dirimir una contienda de competencia entre la jurisdicción militar policial y la jurisdicción común<sup>34</sup>.
102. Por ello, resulta claro que el parámetro de control a utilizarse para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas en el presente proceso es el

<sup>29</sup> Fundamento 4 de la STC 1154-2002-HC/TC.

<sup>30</sup> Fundamento 5 de la STC 1294-2007-PHC/TC.

<sup>31</sup> Fundamento 38.a de la STC 0012-2006-PI/TC.

<sup>32</sup> Informe Defensorial 66, de 2003.

<sup>33</sup> Sentencia C-878/00 de la Corte Constitucional colombiana.

<sup>34</sup> Artículo 180 del Código Penal Militar Policial.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

establecido en el artículo 173 de la Constitución, interpretado según la jurisprudencia de este Tribunal.

103. Como se ha adelantado, los cuestionamientos por vicios de inconstitucionalidad sobre el Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 1094) están referidos a la incorporación de determinados tipos penales que en el fondo – alegan los demandantes- no calificarían como delitos de función. Existe, pues, respecto de un grupo de ellos ya una sentencia de inconstitucionalidad estimativa.
104. Sobre la base de los elementos teóricos hasta aquí desarrollados, corresponde, en lo que sigue, examinar la constitucionalidad de cada uno de los dispositivos penales denunciados por los accionantes.

### B.3 EXAMEN DE LOS DELITOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

105. En adelante el Tribunal Constitucional se avocará a examinar las impugnaciones dirigidas contra el catálogo de tipos penales del Decreto Legislativo N.º 1094, Código Penal Militar Policial. Esta labor se desarrollará en estricta aplicación de los elementos teóricos respecto a los efectos de la cosa juzgada (Sección B.1) y al concepto del delito de función (Sección B.2) desarrollados *supra*.
106. Se podrá apreciar que la constitucionalidad de los tipos delictivos de la ley penal privativa ha sido cuestionada en función de la existencia de un pronunciamiento estimativo previo de este Tribunal (STC 0012-2006-PI/TC) sobre la inconstitucionalidad de parte del Decreto Legislativo N.º 961, cuyo contenido normativo, se ha alegado, resultaría ser similar al del Decreto Legislativo N.º 1094. Situación de la que se seguiría la configuración de un supuesto de cosa juzgada.
107. Este Tribunal debe anotar que, si bien es cierto que los tipos penales ahora impugnados ostentan un *nomen iuris* idéntico al que precedía a las normas penales expulsadas del ordenamiento jurídico en virtud de la sentencia precitada, en todos los casos la redacción de las disposiciones penales en el Decreto Legislativo N.º 1094 ha sido variada. Ello implica para los tipos penales en cuestión no solo una nueva descripción de la conducta prohibida sino, fundamentalmente, la posibilidad de una renovada semántica normativa, que deberá ser analizada caso por caso.
108. Sin perjuicio de lo anterior, conviene hacer la siguiente observación general, válida para la redacción de la mayoría de tipos penales: ahora se establece que estos delitos se configuran en el contexto de los “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, mientras que los declarados inconstitucionales exigían la existencia de “un conflicto armado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

internacional o no internacional". Tal variación resulta, sin embargo, irrelevante; puesto que, todos estos son supuestos legítimos de actuación de las FFAA y la PNP y porque, además, el estado de excepción puede coincidir con un CAI o un CANI (*Vid. Sección C.2 infra*).

109. A lo anterior debe sumarse que, a juicio de este Tribunal, las razones que sustentarán la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los dispositivos impugnados deben extraerse del análisis de la conducta prohibida y de su relación con el bien jurídico tutelado en cada caso. Entonces, a continuación, se analizará cada una de las normas impugnadas. Para tal fin se respetará el orden de exposición siguiente: a. Delitos contra la Seguridad Interna; b. Delitos de Inconducta Funcional durante Conflictos Armados; c. Delitos contra las Personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario; d. Delitos de Empleo de Métodos y Medios Prohibidos en la Conducción de Hostilidades; e. Delitos contra Operaciones Humanitarias y Emblemas; f. Delitos de Violación al Deber Militar Policial: Ejercicio de Grado, Mando o Posición en el Servicio Militar Policial; y g. Delitos contra la Fidelidad a la Función Militar Policial.

#### **B.3.a. Delitos contra la Seguridad Interna**

110. Este es el primer grupo de delitos del Código Penal Militar Policial. Incluye ocho tipos penales impugnados, incorporados en el capítulo II del Título I: rebelión militar policial (artículo 60), sedición (artículo 62), motín (artículo 63), negativa del militar o del policía a evitar rebelión, sedición o motín (artículo 64), colaboración con organización ilegal (artículo 65), falsa alarma (artículo 66), derrotismo (artículo 67) y conspiración del personal militar policial (artículo 68).

##### **B.3.a.1 Rebelión**

111. El artículo 60 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>35</sup> a la letra señala lo siguiente:

Artículo 60.- 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: 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. 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.

<sup>35</sup> Tenor similar al de los delitos de rebelión en tiempo de guerra (artículo 79 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español) y de rebelión militar (artículo 218 del Código de Justicia Militar mexicano).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

112. Se ha alegado la violación de la cosa juzgada porque el artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>36</sup> fue declarado inconstitucional<sup>37</sup>. Es preciso, entonces, contrastar los contenidos normativos de ambos dispositivos legales entre sí.

113. Ambos artículos coinciden explícitamente en uno de los supuestos previstos (“Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado”). No obstante, cambia de “personal militar policial” a “el militar o el policía”, de “en forma colectiva” a “en grupo”, de “se alza en armas” a “se levante en armas”, de “alterar o suprimir el régimen constitucional” a “alterar o afectar el régimen constitucional”, de “separar una parte del territorio de la República” a “aislar una parte del territorio de la República”, de “sustraer a la obediencia del Gobierno” a “sustraer de la obediencia del orden constitucional” y de “a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional” a “a un grupo o parte de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional”.

La disposición enjuiciada incluye una modalidad agravante -la realización de las conductas mediante empleo de las armas que la nación le confió para su defensa- que no se encontraba con anterioridad y se ha variado la escala de penas aplicable. Más allá de las diferencias en la redacción de los supuestos que definen la conducta prohibida en las normas mencionadas, ninguna es relevante para la conceptualización del bien jurídico tutelado.

114. Este Tribunal recuerda que declaró la existencia de vicio de inconstitucionalidad toda vez que el elemento base del delito de rebelión, como es el alzamiento o levantamiento armado por parte de militares o policías, busca tutelar el régimen constitucional, y se mantiene en ambos dispositivos. En tal sentido, se persigue garantizar el orden constitucional y la integridad del Estado democrático, reprimiendo los alzamientos armados que pueden ser llevados a cabo individual o colectivamente, por civiles o militares, y siempre que persigan “variar la forma de gobierno”, “deponer al gobierno legalmente constituido” o “suprimir o modificar el régimen constitucional”.

115. Si bien se alegó que la *ratio* del artículo 60 del Código Penal Militar Policial solo persigue la represión de la conducta de aquellos funcionarios públicos a quienes el Estado encomendó su defensa y acaban volviéndose contra él, tal argumento resulta inaceptable; puesto que el deber de fidelidad al orden constitucional legítimo, es un deber fundamental que vincula a todo ciudadano frente al Estado

<sup>36</sup> “Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para: 1. Alterar o suprimir el régimen constitucional; 2. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado; 3. Separar una parte del territorio de la República; 4. Sustraer a la obediencia del Gobierno a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. Será reprimido con pena privativa de libertad de cinco a quince años, con la pena accesoria de inhabilitación”.

<sup>37</sup> Fundamentos 56 a 58 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

constitucional y democrático de Derecho, independientemente de si cumple o no la función de militar o policial.

116. Ahora bien, es cierto que los miembros de las FFAA tienen el deber de garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial, mientras que los servidores de la PNP, por su parte, deben mantener, garantizar y restablecer el orden interno<sup>38</sup>. Sin embargo, la subordinación de todo militar o policía, no solo respecto de sus superiores, sino del poder constitucional en su conjunto resulta un deber general inexcusable<sup>39</sup>.
117. De otro lado, se ha argumentado que el carácter particular del injusto de la rebelión militar policial reside en que "solo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra"<sup>40</sup>. Sin embargo, pese a esta posición privilegiada, al igual que el resto de los ciudadanos, las FFAA y la PNP ejercen funciones bajo límites que la Constitución ha consagrado, según los cuales "el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición"<sup>41</sup>.
118. Por ello, reconocer un delito de rebelión para policías y militares, distinto del aplicable al resto de ciudadanos, implicaría afirmar que policías y militares tienen un deber de diferente intensidad respecto de la fidelidad al orden constitucional; cuando en realidad la Constitución consagra tal deber como uno que corresponde a todo ciudadano en pie de igualdad. Sostener la tesis contraria lesionaría el principio de igualdad<sup>42</sup>.
119. De hecho, a juicio de este Tribunal, el bien jurídico establecido en el artículo 60 del Decreto Legislativo N.º 1094 no puede considerarse como propio de las fuerzas castrenses, sino que su protección corresponde a la legislación penal común. Tarea de la cual se encarga el artículo 346 del Código Penal, recogido en el título referido a los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Artículos 165 y 166 de la Constitución.

<sup>39</sup> Artículo 169 de la Constitución.

<sup>40</sup> Artículo 175 de la Constitución.

<sup>41</sup> Artículo 45.

<sup>42</sup> Artículo 2.2 de la Constitución.

<sup>43</sup> "El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

120. Además, el tipo penal cuestionado incorpora como agravante el hecho de que el sujeto activo realice la acción, empleando las armas “que la Nación le confió para su defensa”. Sobre el particular basta afirmar que el sentido normativo de la agravante se completa con cualquiera de los supuestos del tipo base. Y esto es así porque lo que se sanciona no es el uso indebido de las armas, sino la rebelión. Razón por la cual resulta innecesario abonar más razones para pronunciarse sobre su constitucionalidad.
121. Con pleno respeto de la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional declara que el artículo 60 del Decreto Legislativo N.º 1094 que sanciona el delito de rebelión militar policial es inconstitucional.

### B.3.a.2 Sedición

122. El artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>44</sup> presenta el siguiente tenor literal:

Artículo 62.- 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. 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.

123. Dado que el artículo 70 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>45</sup> que regulaba el antiguo delito de rebelión fue declarado inconstitucional en parte<sup>46</sup> también se ha alegado la violación de la cosa juzgada, siendo necesaria la comparación de los dos dispositivos involucrados.
124. Si bien varía la escala de penas aplicable, ambos coinciden en algunos de los supuestos previstos (“impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción; incumplir una orden del servicio; o participar en algún acto de alteración del orden público”). Por otro lado, se ha reprimido la conducta del militar o policía que, en grupo “se levante en armas”, y se ha establecido que se configura el delito cuando se “tomen las armas, en forma colectiva”.

<sup>44</sup> Tal como se establece en el país también está reconocidos, en derecho comparado, a través de los tipos penales de *seditionous offences* (apartado 82 del Código de Servicio de Disciplina canadiense), de sedición militar (artículo 91 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español y artículo 224 del Código de Justicia Militar mexicano) y de *attività sediziosa* (artículo 182 del Código Penal Militar de Paz italiano).

<sup>45</sup> “Comete delito de sedición el militar o policía que tome las armas, en forma colectiva, para: 1) Impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción; 2) Incumplir una orden del servicio; 3) Deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren o impedir el ejercicio de sus funciones; 4) Participar en algún acto de alteración del orden público. Será reprimido con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la pena accesoria de inhabilitación”.

<sup>46</sup> Fundamento 58 de la STC 0012-2006-PI/TC.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Para el artículo impugnado el levantamiento en armas que resulta punible ya no será, como en el caso anterior, el de un mero "colectivo" sino el de un "grupo". La disposición cuestionada señala como uno de los actos constitutivos de sedición el de "deponer a la autoridad legítima", figura diferente a la presentada con anterioridad, que no requería que la autoridad concernida resultara "legítima".

La disposición enjuiciada incluye también una modalidad agravante -la realización de las conductas empleando las armas que la nación le confió para su defensa-, que no se encontraba regulada en el pasado. Los cambios no son relevantes como para que este Tribunal los entienda como sustancialmente diferentes.

125. Ante todo, cabe precisar que la descripción típica contenida en el delito de sedición presenta cinco supuestos diferenciados:

- (i) Levantarse en armas para impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción;
- (ii) levantarse en armas para incumplir una orden del servicio;
- (iii) levantarse en armas para deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren;
- (iv) levantarse en armas para impedir el ejercicio de las funciones a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren;
- (v) levantarse en armas para participar en algún acto de alteración del orden público.

126. Respecto del supuesto (i), cabe recordar que, en su momento, este Tribunal estableció que el artículo 70.1 del Decreto Legislativo N.º 961, referido a "impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción", tutelaba el régimen constitucional; y, por tanto, incurría en vicio de inconstitucionalidad al no calificar como delito de función. Inclusive, sanciona la misma conducta que ya se hallaba prohibida por la legislación penal común, a través del artículo 347 del Código Penal<sup>47</sup>. Tales razones siguen hoy siendo válidas para que el Tribunal Constitucional reafirme la inconstitucionalidad del texto que ahora se ha reproducido en el artículo 62 de Código Penal Militar.

<sup>47</sup> "El que, sin desconocer al gobierno legalmente constituido, se alza en armas para impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones o para evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

127. Sobre el supuesto (ii), este Tribunal confirmó la constitucionalidad solo de un extremo del artículo 70.2 del Decreto Legislativo N.º 961. Se juzgó que tal inciso, referido a “incumplir una orden del servicio”, protegía bienes jurídicos estrictamente castrenses, como de hecho lo son el orden y la disciplina en el accionar de las FFAA y PNP. Razón por la cual se consideró que tal extremo no resultaba inconstitucional “siempre y cuando se entienda, conforme al artículo 173 de la Constitución, que quien dicta la orden sea una autoridad militar”<sup>48</sup>.
128. Ahora bien, en vista de que un extremo del artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1094 reproduce el mismo contenido normativo, basta reiterar lo expuesto *supra* en el sentido de que, si bien se trataría de dos disposiciones legales distintas, hay una misma norma que no perdió vigencia. Dado que el parámetro de constitucionalidad del delito de función no ha variado<sup>49</sup>, han concurrido los tres requisitos de la cosa juzgada; y, en consecuencia, ha operado la sustracción de la materia. Por ello, el Tribunal Constitucional declara la improcedente la demanda en el extremo referido a la sedición contra una “orden de servicio”.
129. En relación con los supuestos (iii) y (iv), cabe precisar que este Tribunal no se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 70.3 del Decreto Legislativo N.º 961, que reprimía el “deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren” o “impedir el ejercicio de sus funciones”, enunciados normativos reiterados en el artículo 62 ahora impugnado -permutada la expresión “autoridad” por “autoridad legítima”-.
130. Al respecto, este Tribunal considera que las autoridades a las que se hace referencia incluyen a miembros del Poder Ejecutivo, como el Presidente de la República -siempre que no se busque deponer su autoridad- y los ministros de Defensa y del Interior, así como los mandos militares y policiales de niveles alto y medio. En este sentido, las dos modalidades del tipo de sedición protegen preponderantemente el orden constitucional y la estructura funcional de los órganos del Estado, y las relaciones entre estos y los ciudadanos, bien jurídico no propio de las FFAA o la PNP. Entonces, por razones similares a las ya expuestas con relación al delito de rebelión, este extremo del delito de sedición no puede ser calificado como delito de función<sup>50</sup>.
131. Respecto al supuesto (v), este Tribunal considera que se encuentra obligado a pronunciarse sobre el fondo; puesto que, el similar contenido del artículo 70 del Decreto Legislativo N.º 961 fue declarado inconstitucional. Más allá de la generalidad con que se halla redactada la parte en cuestión del artículo 62, resulta

<sup>48</sup> Fundamento 59 de la STC 0012-2006-PI/TC.

<sup>49</sup> Es exactamente igual al utilizado en la STC 0017-2003-AI/TC, reiterado en la STC 0012-2006-PI/TC.

<sup>50</sup> Fundamento 58 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

evidente que la acción típica de “levantarse en armas” para “participar en algún acto de alteración del orden público” lesiona un bien jurídico común como la seguridad pública, y se podría afectar la propiedad privada, medios de transporte, vías de comunicación, servicios públicos, etc. Por ello, este extremo del delito de sedición no puede ser calificado como delito de función

132. Finalmente, y al igual que en el delito de rebelión, se advierte que el enunciado normativo que contiene el delito de sedición también incorpora como agravante el hecho de que los actos descritos se lleven a cabo empleando las armas “que la Nación le confió [a militares y policías] para su defensa”. En ese sentido, a juicio de este Tribunal, esta agravante resulta constitucionalmente válida; puesto que no sanciona el recurso a las armas, ya constitutiva de la sedición, sino únicamente el mayor injusto que supone el uso de armas que han sido confiadas por el Estado. Como es lógico, tal agravante resulta aplicable solo respecto del supuesto (ii) referido a la sedición para “incumplir una orden de servicio”

133. Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la expresión “deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones”; y con respeto de la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, reafirma la inconstitucionalidad de la expresión “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción” y “o participar en algún acto de alteración del orden público”. En consecuencia, subsiste el artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1094 de la siguiente forma:

Artículo 62.- El militar o el policía que en grupo se levante en armas para incumplir una orden del servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. 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.

### B.3.a.3 Motín

134. El impugnado artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>51</sup> literalmente preceptúa que:

Artículo 63.- Comete delito de motín el militar o el policía, que en grupo: 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. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación.

<sup>51</sup> Regulado de forma similar a los tipos de *ammutinamento* (artículo 175 del Código Penal Militar de Paz italiano), de *mutiny* (apartado 79 del Código de Servicio de Disciplina canadiense), y de *motim* (artículo 149 del Código Penal Militar brasileño).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

135. En vista que el artículo 71 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>52</sup>, que también regulaba el delito de motín, fue confirmado en su constitucionalidad a través de la STC 0012-2006-PI/TC<sup>53</sup>, se ha alegado la violación de la cosa juzgada, siendo necesario comparar ambos dispositivos.

136. El cambio más importante radica en que el artículo cuestionado establece que el delito de motín se configura mediante la realización de actos “en grupo”, mientras que el anterior establecía que el delito se configuraba “en forma tumultuaria”. Además, se ha variado el marco punitivo aplicable e incluido la pena accesoria de inhabilitación. Salta a la vista que el artículo 63, cuya constitucionalidad ha sido cuestionada, presenta un contenido bastante similar al del antiguo artículo 71.

En efecto, si bien se establece que el comportamiento ilícito se debe producir “en grupo” y no como anteriormente se establecía “en forma tumultuaria”, tal hecho no lo convierte en sustancialmente diferente, pues las dos disposiciones legales se refieren a un comportamiento colectivo de incumplir una orden de servicio o realizar determinadas reclamaciones.

137. Conviene comenzar el análisis por los incisos 1 y 3. Sobre el inciso 1 resultan válidos los argumentos que se han expresado *supra* respecto a la constitucionalidad del delito de sedición cuando se ejecuta contra una orden de servicio. También en el tipo de motín la “orden de servicio” circunscribe el interés lesionado al ámbito de militar o policial. Respecto del inciso 3, la referencia a una “orden superior o de la disciplina” cumple sin duda el mismo papel. Si a lo anterior se suma que para la configuración del delito se exige que el sujeto activo realice la acción como parte de un grupo, resulta razonable afirmar que el delito de motín sanciona un atentado contra bienes jurídicos de naturaleza castrense como son la subordinación y disciplina.

138. Con relación al inciso 2, se debe afirmar que este sanciona el acto de “exigir” la “entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectúa cualquier reclamación”. Si bien la amplitud con que se halla descrita la conducta típica, que hace abstracción de la legitimidad de tales demandas, pudiera resultar indebida, una norma como esta debe ser entendida en coherencia con el artículo 42 de la Constitución, que no reconoce el derecho de huelga a las FFAA y la PNP. Lo anterior permite observar que la norma sanciona el quebrantamiento de la disciplina implícito en el mero hecho de participar de reclamaciones grupales.

<sup>52</sup> “Comete delito de motín el militar o policía, que en forma tumultuaria: 1. Se resiste o se niega a cumplir una orden de servicio. 2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectuar cualquier reclamación. 3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina. Será reprimido con pena privativa de libertad de uno a cinco años”.

<sup>53</sup> A través de los fundamentos 60 y 61 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Por las razones expuestas, la disposición penal impugnada presenta las características básicas del delito de función.

139. Ahora bien, de lo anterior, se advierte que la disposición legal ahora impugnada que prevé el delito de motín reproduce la misma norma del artículo 71 del Decreto Legislativo 961 que fuera controlada por este Tribunal. Se reitera, entonces, lo expuesto *supra*, en el sentido que la norma -a diferencia del dispositivo- nunca ha dejado de tener vigencia.
140. Configurado el supuesto de sustracción de la materia por existir cosa juzgada, este Tribunal reafirma lo establecido en la STC 0012-2006-PI/TC y declara la improcedencia de la demanda en este extremo; puesto que la disposición impugnada permanece vigente en el ordenamiento jurídico.

#### **B.3.a.4 Negativa a evitar rebelión, sedición o motín**

141. Se ha cuestionado también el artículo 64 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>54</sup>, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 64.- 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.

142. En vista que el artículo 72 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>55</sup> fue confirmado en su constitucionalidad mediante la STC 0012-2006-PI/TC<sup>56</sup>. Frente a la denunciada violación de la cosa juzgada respecto al artículo 64 del Decreto Legislativo N.º 1094, es necesario comparar ambas disposiciones penales.

143. Las dos disposiciones legales se refieren a un comportamiento que consisten en no evitar la comisión de determinados hechos ilícitos. Así, el artículo cuya constitucionalidad se cuestiona establece que este delito se configura cuando “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”. Mientras que antes se establecía que el delito se configuraba con el “no evitar la perpetración de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo”.

<sup>54</sup> Previsto de forma similar en los artículos 83 y 96 del Código Penal Militar español.

<sup>55</sup> “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”.

<sup>56</sup> A través de los fundamentos 60 y 61.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

144. De lo anterior, se advierte que la disposición legal ahora impugnada (artículo 64 del Decreto Legislativo N.º 1094) reproduce la misma norma que estableció el artículo confirmado en su constitucionalidad por este Tribunal. Por ello, cabe reiterar lo expuesto *supra* en el sentido de que si bien se tratarían de dos disposiciones legales distintas, también lo es, que hay una única norma, que nunca ha dejado de tener vigencia.

145. Cuando se sometió a control el artículo 72 del Decreto Legislativo N.º 961, este Tribunal afirmó que mediante esta norma penal se sanciona la conducta que atenta contra bienes jurídicos que contienen un componente estrictamente castrense y que comprometen las funciones constitucionales de las FFAA y de la PNP, consagradas en los artículos 163, 165 y 166<sup>57</sup>. Por ello, se juzgó que la disposición penal impugnada presentaba las características básicas del delito de función y no contravenía el artículo 173 de la Constitución. Se confirmó, entonces, la constitucionalidad del delito.

146. Este Tribunal reafirma ahora, respecto al impugnado artículo 64, que la “negativa a evitar rebelión, sedición o motín” no castiga los levantamientos armados contra el orden constitucional y legal, en defensa de bienes jurídicos comunes. Tarea que corresponde a los tipos penales de rebelión y sedición, vigentes en la ley penal común. Por el contrario, el tipo penal bajo análisis penaliza el quebrantamiento de un deber solamente atribuible a militares y policías, esto es, el uso de fuerza para la defensa del orden constitucional y legal, así como de la seguridad pública y el orden interno. En tal sentido, la norma impugnada sanciona la violación de funciones típicamente castrenses, vinculadas a los principios de disciplina y defensa nacional.

147. Reiterando lo establecido en la STC 0012-2006-PI/TC, y habiéndose configurado el supuesto de sustracción de la materia por existir cosa juzgada, corresponde que el Tribunal Constitucional declare improcedente la demanda en este extremo, porque la disposición analizada continúa vigente en el ordenamiento jurídico.

#### **B.3.a.5 Colaboración con organización ilegal**

148. Además se ha objetado la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 65.- 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.

<sup>57</sup> Según los artículos 163, 165 y 166 de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

149. Se ha alegado la violación de la cosa juzgada bajo el sustento de que la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 73 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>58</sup> fue desestimada<sup>59</sup>. Al respecto, se puede observar que el artículo impugnado agrega que uno de los supuestos del delito se configura cuando el militar “colabora con ellos de cualquier manera”, mientras que la anterior redacción establecía que para la configuración del delito bastaba con que el militar “colabore con ellos”, además de haberse agregado la pena accesoria de inhabilitación. Como se aprecia, no hay cambios significativos entre una disposición y otra.

150. Así las cosas, correspondería declarar la improcedencia de la demanda al haber operado la sustracción de la materia por cosa juzgada, pues tampoco han variado el sentido de los cuestionamientos a su constitucionalidad ni el parámetro constitucional de análisis.

151. Sin embargo, este Tribunal advierte que el referido artículo 65 incorpora como uno de los supuestos de colaboración con organización ilegal el que el sujeto activo “colabore con ellos de cualquier manera”. Si bien tal fórmula indeterminada podría lesionar el principio de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución); puesto que, esta norma, en su garantía de *lex certa*, supone la interdicción de las “cláusulas legales indeterminadas”<sup>60</sup>. Una interpretación de esta índole debe ser descartada.

No escapa pues a este Tribunal que en el derecho penal del Estado constitucional y democrático de Derecho no solo los tipos de autoría, sino también los tipos de participación deben resultar cuando menos “determinables”. Razón por la cual solo pueden resultar punibles actos de “colaboración” cuando por sí mismos sean elevados a tipos de autoría –como sucede en el presente caso- o cuando puedan ser tenidos por formas de participación en otros delitos plenamente “determinados”.

152. Con relación a la frase “colabora con ellos de cualquier manera”, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar su contenido típico por dos aspectos. En primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a la “instrucción” o al suministro de “material bélico”. Y, en segundo lugar, tal colaboración debe ejecutarse “aprovechando su función militar policial”. En ese

<sup>58</sup> “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”.

<sup>59</sup> Fundamento 61 de la STC 0012-2006-PI/TC.

<sup>60</sup> Fundamento 6 de la STC 01469-2011-11C.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

sentido, el Tribunal Constitucional juzga que, a partir de una interpretación contextual de la expresión en cuestión, su significado resulta plenamente determinable.

Siendo así, el Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1094.

### B.3.a.6 Falsa alarma

153. El impugnado artículo 66 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>61</sup> establece lo siguiente:

Artículo 66.- 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.

154. Se considera que ha existido violación de la cosa juzgada en vista de que el artículo 74 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>62</sup>, sometido a control constitucional, fue confirmado en su constitucionalidad,<sup>63</sup> por considerar que protegía un bien jurídico castrense. Se hace necesario comparar el contenido normativo de ambos dispositivos.

155. En efecto, el artículo hoy impugnado prescribe que el delito se configura cuando se causa "falsa alarma". Mientras que el derogado establecía que ello sucedía cuando se causa "falsa alarma en conflicto armado". Se cambió también "grave daño o afectar la operación militar policial", poniéndose "atentar contra la operación militar o policial". Además se ha agregado la pena accesoria de inhabilitación.

156. Este Tribunal observa que ambas disposiciones persiguen sancionar a aquel militar o policía que cause falsa alarma, confusión o desorden entre sus pares o entre la población, siempre que tal conducta atente contra la operación militar o policial. Se advierte, entonces, que la norma penal castiga un grave atentado contra el principio de disciplina que compromete la operatividad de las FFAA o la PNP; por tanto, el ilícito en cuestión constituye un delito de función.

<sup>61</sup> Al igual que lo regulan el artículo 129 de la Ley 1407, Código Penal Militar colombiano y el artículo 282 del Código de Justicia Militar mexicano

<sup>62</sup> "El militar o policía que cause falsa alarma en conflicto armado, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, que cause grave daño o afecte la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años".

<sup>63</sup> En el fundamento 60 de la STC 0012-2006-PI/TC.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

157. Como la disposición legal impugnada reproduce el mismo contenido normativo que estableció el artículo cuya constitucionalidad fue confirmada por este Tribunal, cabe reiterar lo expuesto *supra* en el sentido de que si bien se tratan de dos disposiciones legales distintas, también lo es que hay una única norma que nunca dejó de tener vigencia.

158. En consecuencia, puesto que se ha comprobado la existencia de cosa juzgada, la demanda debe ser declarada improcedente en este extremo por haber operado la sustracción de la materia. Así las cosas, el Tribunal Constitucional reafirma la constitucionalidad del artículo 66 del Decreto legislativo N.º 1094.

### B.3.a.7 Derrotismo

159. El impugnado artículo 67 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>64</sup> sanciona lo siguiente:

Artículo 67.- 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 derrotistas, 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.

160. Argumentan los accionantes que con su dación se ha violado la cosa juzgada, toda vez que el artículo 75 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>65</sup>, sometido a control constitucional, fue confirmado en su constitucionalidad, por considerar que protegía un bien jurídico castrense<sup>66</sup>. Como se ha venido haciendo hasta aquí, es preciso comparar el contenido de los dos dispositivos señalados.

161. El artículo 67 en cuestión señala que el delito se configura cuando en el contexto de un conflicto armado internacional se “realice actos, profiera palabras o haga declaraciones derrotistas, cuestione públicamente las operaciones bélicas que se llevan a cabo o la capacidad de las Fuerzas Armadas o Policiales peruanas”; mientras que el antiguo artículo 75 exigía que en el contexto de “guerra” y con el fin de “denigrarla” se “realice públicamente actos o profiera palabras de desprecio contra la misma, su condición o las operaciones bélicas o bien contra las fuerzas armadas peruanas”. Además, ahora se ha agregado la pena accesoria de inhabilitación y ya no se recoge el extremo que fue declarado inconstitucional del

<sup>64</sup> Regulado de manera similar a lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español.

<sup>65</sup> “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”.

<sup>66</sup> Fundamentos 60 y 61 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Decreto Legislativo N.º 961 que establecía “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”.

162. A juicio de este Tribunal, las conductas descritas en el tipo penal impugnado implican un atentado contra el principio de disciplina y ponen en peligro la operatividad de las FFAA y la PNP y las funciones de defensa nacional, todos ellos bienes jurídicos castrenses, únicamente cuando se realizan públicamente

El carácter “público” de las conductas sancionadas supone que sean realizadas ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, o a través de los medios de comunicación. Además, tales acciones deben ser idóneas para producir grave desorden entre los efectivos de las FFAA o PNP. Solo así la norma penal impugnada resulta válida como delito de función.

163. Como la disposición legal ahora impugnada reproduce parte de la misma norma que estableció el aludido artículo 75, corresponde afirmar que, si bien se trata de disposiciones legales distintas, hay una única norma, que mantiene un *continuum*, por lo que son de aplicación los efectos de la cosa juzgada.

164. En consecuencia, ha operado el supuesto de sustracción de la materia; puesto que la disposición analizada se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico. Corresponde, entonces, declarar la improcedencia de la demanda en este extremo. Siendo así, el Tribunal Constitucional reafirma la constitucionalidad del artículo 67 del Decreto legislativo N.º 1094 referido al delito de derrocamiento.

#### B.3.a.8 Conspiración

165. El artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>67</sup> que es tachado de inconstitucional presenta el siguiente texto:

Artículo 68.- 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.

166. Para analizar si existe violación de la cosa juzgada es preciso revisar tanto este dispositivo como el artículo 76 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>68</sup>, que tras ser

<sup>67</sup> Regulado también en los artículos 81 y 94 del Código Penal Militar español y los artículos 223 y 227 del Código de Justicia Militar mexicano.

<sup>68</sup> “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”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

sometido a control de constitucionalidad, fue confirmado en su constitucionalidad, por considerar que protegía un bien jurídico castrense<sup>69</sup>.

167. El artículo cuya constitucionalidad se cuestiona presenta un contenido similar al del derogado, y la única diferencia es que mientras el primero en la parte de la pena utiliza la expresión “señalada”, el segundo en la misma parte utilizada la expresión “prevista”. De lo anterior se colige que la disposición legal impugnada establece el mismo contenido normativo que estableció el artículo 76 del Decreto Legislativo N.º 961, razón por la cual la norma –no el dispositivo– nunca dejó de tener vigencia.
168. No escapa a este Tribunal que cuando se habla de conspiración de lo que se trata es de un concierto de voluntades y de la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues en ese caso estaríamos ante una tentativa. Así, todo delito de conspiración supone el adelantamiento de las barreras de punibilidad hasta estadios previos a la lesión del bien jurídico. La conspiración resulta, pues, un delito de peligro, cuya criminalización, en el Estado constitucional y democrático de Derecho, resulta justificada en función de la protección de bienes jurídicos de particular entidad.
169. Se debe precisar que, si bien el artículo 68 no lo expresa literalmente, se entiende que los delitos de rebelión, sedición y motín a los que se refiere son los sancionados por los artículos 60, 62 y 63 del Código Penal Militar Policial y no los castigados en el Código Penal.
170. Conviene comenzar el análisis del tipo penal cuestionado por el supuesto referido a la conspiración para cometer motín. En este caso, el peligro recae sobre la disciplina y la subordinación que, al confirmarse *supra* la constitucionalidad del artículo 63, fueron calificadas como bienes jurídicos castrenses. Por ello, respecto de este extremo del artículo 68 se configura la sustracción de la materia por existir cosa juzgada, correspondiendo declarar la improcedencia de la demanda en este punto.
171. Respecto de la conspiración para cometer delitos de rebelión o sedición, este Tribunal considera que, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a las normas penales previamente controladas, el dispositivo penal ahora cuestionado, resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control. Asimismo, el parámetro de control se muestra en algún sentido alterado; toda vez que, como fue establecido *supra*, el artículo 60 y parte

<sup>69</sup> A través de los fundamentos 60 y 61 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

del artículo 62 no protegen bienes jurídicos de naturaleza castrense, por lo que merecen un examen diferenciado.

172. En el caso de la rebelión del artículo 60, tal como se afirmó *supra*, se protege, entre otros bienes, el régimen constitucional, la integridad y el orden constitucional; por lo que resulta inconstitucional, por esta misma razón, la previsión legal que busca sancionar con la legislación penal militar la conspiración para cometer rebelión.
173. Siguiendo el mismo razonamiento, en función de lo expuesto *supra* respecto del artículo 62 el caso de la conspiración para cometer sedición también resulta inconstitucional; puesto que tutela el orden constitucional y la estructura funcional de los órganos del Estado. No obstante, el delito de conspiración resulta constitucional cuando se halla referido al supuesto de sedición del artículo 62 que atenta contra bienes jurídicos castrenses. Este es el dirigido a “incumplir una orden del servicio” dictada por una autoridad militar.
174. Por todas las razones expuestas, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda en este extremo; y, en consecuencia, inconstitucional la palabra “rebelión”, del artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 1094, quedando subsistente el texto de la disposición de la siguiente manera:

Artículo 68.- El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de 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.

Asimismo, se precisa que la palabra “sedición” solo se interpretará en el sentido de “levantamiento en armas de militares o policías para incumplir una orden del servicio dictada por una autoridad militar”.

### **B.3.b. Delitos de Inconducta Funcional durante Conflictos Armados**

175. Dentro de este grupo de delitos del Código Penal Militar Policial, deben analizarse 7 tipos impugnados, pertenecientes al Capítulo II del Título II: devastación (artículo 81), saqueo, apropiación y destrucción (artículo 82), confiscación arbitraria (artículo 83), confiscación con omisión de formalidades (artículo 84), exacción (artículo 85), contribuciones ilegales (artículo 87) y abolición de derechos y acciones (artículo 87).

#### **B.3.b.1 Devastación**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

176. El artículo 81 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>70</sup> que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 81.- 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.

177. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino que más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio particular, cultural, religioso, entre otros. De la redacción del texto se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de devastación o destrucción "sin justa causa".

178. Por ello, la devastación no puede ser considerada un delito de función. En este sentido, las acciones descritas en la disposición impugnada deben ser sancionadas a través de la legislación penal común.

179. Resulta innecesario abonar más razones para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la agravante referida al resultado de muerte, contenida en el mismo artículo 81.

180. Por las razones antes expuestas, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 81 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de devastación como delito de función.

### B.3.b.2 Saqueo, apropiación y destrucción

181. El artículo 82 del Decreto Legislativo<sup>71</sup> N.º 1094 presenta el siguiente tenor:

Artículo 82.- 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.

<sup>70</sup> De forma similar, el artículo 155 de la Ley 1407, Código Penal Militar colombiano, y el artículo 209 del Código de Justicia Militar mexicano.

<sup>71</sup> Así como el artículo 156 de la Ley 1407, Código Penal Militar colombiano, el artículo 73 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español, y el artículo 209 del Código de Justicia Militar mexicano.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

182. Se ha alegado sobre este artículo la violación de la cosa juzgada, toda vez que el Tribunal Constitucional, en su oportunidad, señaló que el artículo 97 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>72</sup> era inconstitucional<sup>73</sup>. Como se ha venido haciendo, se procederá aquí también a realizar un examen comparativo entre las dos normas.

183. Si bien ambos dispositivos coinciden en algunos extremos (“saquee o, de manera no justificada por las necesidades”), también presentan variaciones, más allá de la diferente escala de las penas aplicables. Se reitera la variación de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno” en reemplazo de “un conflicto armado internacional o no internacional”.

Además, el artículo hoy impugnado ya no se refiere a “las necesidades del conflicto armado” sino a “las necesidades de la operación o misión militar o policial”. Tampoco se dice “bienes de la parte adversa” sino “bienes” en general. Por último, con el artículo 97 bastaba el mero apoderamiento, mientras que el dispositivo cuestionado exige la apropiación. Es cierto que existen algunas variaciones en el texto pero estas no pueden ser consideradas relevantes.

184. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de apropiación, destrucción o confiscación de “manera no justificada”.

185. Por ello, tales ilícitos no pueden ser considerados un delito de función. En este sentido, las acciones descritas en la disposición impugnada deben ser sancionadas a través de la legislación penal común.

186. Resulta innecesario abonar más razones para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la agravante referida al resultado de muerte, contenida en el mismo artículo 82.

187. Por las razones antes expuestas y respetando los efectos de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, este Tribunal Constitucional considera que debe declararse inconstitucional el artículo 82 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé como delito de función al así denominado “saqueo, apropiación y destrucción”.

### B.3.b.3 Confiscación arbitraria

<sup>72</sup> “El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, saquee o, de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, destruya, se apodere o confisque bienes de la parte adversa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años”.

<sup>73</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

188. El artículo 83 del Decreto Legislativo N.º 1094 que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 83.- 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.

189. El delito de confiscación arbitraria ofrece una lógica muy similar al de saqueo, apropiación y destrucción, que acaba de ser analizado. Ambos supuestos típicos se refieren a la conducta ilícita de un militar o policía que, en estados de excepción, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar, confisca bienes. Inclusive el artículo 82 también castigaba la confiscación no justificada. Por este motivo el razonamiento para el análisis de la así denominada "confiscación arbitraria" del artículo 83 debe ser el mismo.

190. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de confiscación de "manera no justificada".

191. Por ello, tal ilícito no pueden ser considerado un delito de función, por lo que la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.

192. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse inconstitucional el artículo 83 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé como delito de función la confiscación.

#### **B.3.b.4 Confiscación con omisión de formalidades**

193. Los demandantes cuestionan también la constitucionalidad del artículo 84 del Decreto Legislativo N.º 1094, que a la letra dice:

Artículo 84.- 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.

194. Este Tribunal entiende que esta disposición penal –al contemplar el delito de confiscación con omisión de formalidades–, al igual que los delitos antes examinados en su constitucionalidad, no persigue proteger el orden y la disciplina



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

propia del accionar de las FFAA y PNP, en vista que está referido al acto de incautar bienes sin compensación.

195. El delito de confiscación con omisión de formalidades presenta una lógica similar al de confiscación arbitraria, que acaba de ser estudiado en su constitucionalidad. Ambos supuestos típicos se refieren a la conducta ilícita de un militar o policía que, en estados de excepción, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar, confisca bienes.
196. Esto es así porque, si bien el artículo 84 tiene por *nomen iuris* “confiscación con omisión de formalidades”, lo que sanciona en realidad no es únicamente que el sujeto activo no adopte el procedimiento establecido para confiscar, sino que el tipo penal exige que el acto confiscatorio se realice “sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello”. En tal sentido, a juicio de este Tribunal, de lo que se trata es de castigar una forma más de confiscación no justificada, con lo cual el injusto de la acción reside fundamentalmente en la lesión del derecho de propiedad o, en términos jurídico-penales, del patrimonio como bien jurídico.
197. Interpretar que para la consumación del delito basta con la omisión de formalidades conduciría a una ilegítima ampliación del ámbito de punibilidad. Por tales motivos, el razonamiento para el análisis de la así denominada “confiscación con omisión de formalidades” debe ser el mismo que el que se aplicó a la “confiscación arbitraria” del artículo 83.
198. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de confiscación “sin cumplir con las formalidades legales y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello”.
199. Por ello, tal ilícito no puede ser considerado un delito de función. Así, la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.
200. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 84 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé como delito de función la así denominada “confiscación con omisión de formalidades”.

#### B.3.b.5 Exacción







TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

201. Se ha impugnado la validez constitucional del artículo 85 del Decreto Legislativo N.º 1094, que a la letra dice:

Artículo 85.- 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, obligue 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.

202. Del texto de la disposición impugnada no se advierte que se haya circunscrito de manera adecuada la acción típica cuya sanción se encomienda al fuero militar policial, incluyendo referencias genéricas como "cualquier clase de bien" o "documentos capaces de producir efectos jurídicos". Esta indeterminación torna difícil aceptar que el tipo penal bajo análisis proteja bienes jurídicos de naturaleza militar policial; por el contrario, se advierte que se hallan involucrados bienes jurídicos comunes, tales como el patrimonio o la libertad individual.

203. Además, tal como se halla sancionado el delito de exacción, no incorpora referencias directas a principios tales como el orden y la disciplina o la actuación y funciones de las FFAA o PNP.

204. Por ello, tal ilícito no puede ser considerado un delito de función. Así, la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.

205. Por las razones antes expuestas, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse inconstitucional el artículo 85 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de exacción como delito de función.

#### **B.3.b.6 Contribuciones ilegales**

206. El artículo 86 del Decreto Legislativo N.º 1094 que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 86.- 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.

207. Este Tribunal observa que esta disposición penal no sanciona la lesión de un bien jurídico castrense, como la disciplina, sino que más bien protege bienes jurídicos comunes, incluyendo el patrimonio y el buen funcionamiento de la administración pública, frente a la conducta del militar o policía (en actividad) que, en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él) durante los estados de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

excepción, exija o establezca contribuciones sin tener “facultad legal” ni “justa causa”.

208. Puesto que no se trata de un delito de función, los bienes jurídicos involucrados en el artículo cuestionado deben ser protegidos mediante la legislación penal común.
209. Por las razones antes expuestas, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 86 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de contribuciones ilegales.

### B.3.b.7 Abolición de derechos y acciones

210. También se objeta la constitucionalidad del artículo 87 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 87.- 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.

211. Sobre este artículo se ha alegado la violación de la cosa juzgada dado que el artículo 98 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>74</sup> fue sometido años atrás a control de constitucionalidad, siendo declarado inconstitucional<sup>75</sup>. Siguiendo la misma lógica argumentativa que se ha venido empleando, al comparar el contenido textual de los dispositivos involucrados, se observa que únicamente se ha variado “un conflicto armado internacional o no internacional” por “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”. Tal cambio, como se ha estudiado *supra*, no implica por sí mismo un contenido sustancialmente diferente para las normas cuestionadas.
212. En esta parte del examen de constitucionalidad se hace necesaria la delimitación del bien jurídico protegido. Cabe observar que lo que el tipo penal sanciona es el acto de “disponer” que “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”.

Así las cosas, para este Tribunal resulta evidente que los derechos cuya disposición se sanciona, no son los que admiten ser suspendidos en el estado de

<sup>74</sup> “El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, 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”.

<sup>75</sup> fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

excepción, sino fundamentalmente aquellos cuya lesión implicaría un atentado contra los derechos humanos, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la nacionalidad, a un recurso sencillo y rápido, etc.

213. De esta forma, el delito de abolición de derechos y acciones no protege bienes jurídicos castrenses, sino más bien la vigencia de ciertos derechos fundamentales de los adversarios, cuya lesión a manos de militares y policías, podría ser considerada inclusive como una violación de derechos humanos.
214. Por ello, este ilícito no puede ser considerado un delito de función, por lo que la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.
215. De acuerdo al respeto de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 87 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé el delito de abolición de derechos y acciones.

### **B.3.c. Delitos contra las Personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario**

216. Este es el tercer grupo de delitos del Código Penal Militar Policial que se han impugnado. Incluye tres delitos del Capítulo III del Título II: (artículo 88) afectación a personas protegidas por el DIH, lesiones fuera de combate (artículo 89) y confinación ilegal (artículo 90).

#### **B.3.c.1 Afectación a personas protegidas por el DIH**

217. La demanda ha impugnado en primer término el tipo penal del artículo 88, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 88.- 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.

218. Su inconstitucionalidad se sustentaría, se ha alegado, en la violación de la cosa juzgada, toda vez que el artículo 90 del Decreto Legislativo 961<sup>76</sup> fue sometido en

<sup>76</sup> "El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional:(...) 2. Tome como rehén a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años. (...) 6. Deporte o traslade forzosamente a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, que se encuentra legítimamente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del Derecho Internacional Humanitario, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años (...)"



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

su momento a control de constitucionalidad. Ante todo es preciso determinar si la configuración normativa del tipo del artículo ahora impugnado es, en esencia, la misma que la del declarado inconstitucional, más allá de que la pena conminada sea diferente.

219. Además del cambio de “un conflicto armado internacional o no internacional” por “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, también se ha agregado la utilización de “menores de dieciocho años en las hostilidades”, pero ya no se exige que la persona objeto de deportación o traslado se encuentre “legítimamente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas”.

De lo visto, ambos artículos presentan un contenido similar. Los cambios advertidos no convierten al cuestionado artículo 88 en sustancialmente diferente al del Decreto Legislativo N.º 961.

220. Ahora bien, este Tribunal ha establecido *supra* que aún en el contexto de un CAI o un CANI, derechos como la vida, la integridad física, la libertad sexual, la libertad de tránsito, la propiedad, la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, no son bienes directamente relacionados con las funciones de las FFAA o la PNP, por lo que requieren ser protegidos mediante la legislación penal común. Por esta razón se declaró inconstitucional el delito contra personas protegidas por el DIH, previsto en el artículo 90 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>77</sup>.

221. Este Tribunal mantiene lo dicho sobre el bien jurídico relevante en el delito contra personas protegidas por el DIH. Se entiende que esta disposición penal –al contemplar el delito contra personas protegidas por el DIH– no persigue proteger el orden y a la disciplina propia del accionar de las FFAA y la PNP, propias del delito de función.

La disposición analizada protege más bien, bienes jurídicos comunes, entre otros, la libertad individual y la integridad física –que no se suspenden inclusive durante los estados de excepción–, frente a la conducta del militar o policía (en actividad) que, en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él), realice deportaciones, traslados forzosos o tome como rehenes a personas protegidas por el DIH.

222. Los mismos argumentos resultan aplicables al extremo en que se sanciona “la utilización de personas menores de edad en las hostilidades”; puesto que protege los bienes jurídicos de libertad personal e integridad física de los menores de

<sup>77</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

edad, cuya lesión constituye el delito de exposición a peligro de menores de edad<sup>78</sup>.

223. Como el contenido normativo del dispositivo fue declarado inconstitucional opera la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, y esta obliga al Tribunal Constitucional a emitir un pronunciamiento sobre el fondo. A partir de las consideraciones expuestas, debe declararse inconstitucional el artículo 88 del Decreto Legislativo 1094, que prevé el delito contra personas protegidas por el DIH como uno de función.

### B.3.c.2 Lesiones fuera de combate

224. El siguiente tipo penal impugnado se halla contenido en el artículo 89 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>79</sup>:

Artículo 89.- 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.

225. Los ciudadanos demandantes argumentaron la violación de la cosa juzgada sustentada en la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 92 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>80,81</sup>. Corresponde, por tanto, cotejar las dos normas penales (la expulsada y la actual) para concluir si, a pesar de una diferente escala penal, existe un tratamiento sustancialmente igual de la conducta prohibida.

226. Así como en el caso de afectación a personas protegidas por el DIH, se vuelve a variar el contexto de “un conflicto armado internacional o no internacional” por el de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”; pues tal como fuese explicado *supra*, en un CAI o en CANI resultan aplicables las normas del DIH. Asimismo, hace referencia a la lesión “a un miembro de las fuerzas adversarias”, y ya no “a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa”, términos no iguales pero compatibles. De la confrontación entre ambos textos se observa un contenido normativo similar.

<sup>78</sup> Artículo 125 del Código Penal.

<sup>79</sup> Un tipo penal similar está previsto en el artículo 69 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español.

<sup>80</sup> “El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, lesione a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa después de que el mismo se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años”.

<sup>81</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

227. Ahora bien, a partir del análisis de la descripción de la conducta sancionada por la norma penal cuestionada, este Tribunal considera que esta reprime de manera directa atentados contra bienes jurídico-penales comunes: integridad y salud. Sin duda, en lo esencial, la acción típica prohibida está referida a la comisión de lesiones dolosas contra una persona que ya no está participando de las hostilidades (miembro de las fuerzas adversarias rendido o fuera de combate). Por esta razón la norma en cuestión no puede ser entendida como delito de función.

228. En suma, dado que el referido dispositivo fue declarado inconstitucional operan los efectos de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, estando obligado el Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Por ello, se declara inconstitucional el artículo 89 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de lesiones fuera de combate como delito de función.

### **B.3.c.3 Confinación ilegal**

229. El último tipo penal referido a personas protegidas por el DIH, es el del artículo 90 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 90.- 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. Obligue 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. Obligue 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.

230. En lo tocante a este supuesto también se alega la violación de la cosa juzgada sobre la base del artículo 93 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>82</sup>, que fue declarado inconstitucional<sup>83</sup>. El examen de tal alegación, requiere, como paso previo, establecer si la descripción de la conducta prohibida –no la pena conminada– es sustancialmente la misma. Entonces, es preciso centrarse en los cambios del texto legal.

<sup>82</sup> “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 15 años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional: 1. Mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida o demore injustificadamente su repatriación. En los supuestos menos graves, la pena privativa será no menor de 2 ni mayor de 5 años. 2. Como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa. 3. Obligue 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. Obligue 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”.

<sup>83</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

231. Vuelve a registrarse el cambio de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, por “un conflicto armado internacional o no internacional”. Además, en una de las modalidades del delito se prevé mediante la confinación ilegal “a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario”, mientras que antes únicamente se establecía “a una persona protegida”. De hecho, las variaciones no pueden considerarse relevantes y no convierte a una en sustancialmente diferente respecto de la otra.
232. De la disposición penal que contempla la prohibición penal de confinación ilegal se desprende que esta sanciona violaciones contra la libertad individual –bien jurídico-penal común–, que se configuran cuando el militar mantiene en confinamiento ilegal, demora la repatriación, dispone traslados, obliga a prestar servicio en las FFAA enemigas u a tomar parte en las operaciones bélicas. Tales actos ilícitos contravienen, además, directamente las obligaciones derivadas del DIH, pudiendo tratarse incluso de crímenes de guerra.
233. Ahora bien, como el referido dispositivo y su contenido normativo fueron declarados inconstitucionales, ha operado la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC y el Tribunal Constitucional debe volver a pronunciarse sobre el fondo del asunto. De esta manera, siguiendo la jurisprudencia existente sobre la materia, considera que debe declararse inconstitucional el artículo 90 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de confinación ilegal como delito de función, y por tanto, debe declararse fundada la demanda en este extremo.

#### **B.3.d. Delitos de Empleo de Métodos y Medios Prohibidos en la Conducción de Hostilidades**

234. Un tercer grupo de delitos que merece ser examinado incluye a los reconocidos en los Capítulos IV y V del Título II del Código Penal Militar Policial. De entre estos, han sido impugnados los delitos referidos a la actuación frente a hostilidades, tanto con relación a los métodos (artículo 91), así como a los medios (artículo 92) y la forma agravada de esos ilícitos (artículo 93).

##### **B.3.d.1 Métodos prohibidos en las hostilidades**

235. El tenor literal del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 91.- 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 objetivos 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

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. 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. 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. 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. 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.

236. No varía la justificación de pedido de inconstitucionalidad, en tanto también se sustenta en la violación de la cosa juzgada, pues el artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>84</sup> fue sometido a control de constitucionalidad, habiendo sido declarado inconstitucional<sup>85</sup>, en virtud de lo cual debemos realizar un examen para determinar si existe pronunciamiento sustancialmente igual sobre el fondo entre la norma actual y la antigua.
237. Se hace el mismo cambio ya identificado, remplazando los “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, por “un conflicto armado internacional o no internacional”. El artículo 95.7 sancionaba al que “mate o lesione a traición”, mientras que el artículo 91.7 se refiere al que “ataque a traición [...] con el resultado de los incisos 16) o 17) del artículo 33”, referido a muerte o lesiones. De la revisión de ambos textos se concluye que la redacción del dispositivo es sustancialmente la misma.
238. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a las normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta

<sup>84</sup> “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 edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas; así como establecimientos o instalaciones susceptibles de liberar cualquier clase de energía peligrosa; 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; 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; 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; 6) Como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel; o 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”.

<sup>85</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.

239. Para este Tribunal resulta evidente que las seis disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, sino la corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad, limita los métodos y medios utilizados por las FFAA y la PNP cuando operan en cumplimiento de sus funciones.

240. En este sentido, los incisos 1, 2 y 3 del cuestionado artículo 91 se hallan circunscritos a la prohibición penal de “atacar”, constituyendo tipos penales de mera actividad que, por su propia redacción, no exigen para su consumación el resultado de muerte o lesiones que pudiera hacer inferir la tutela de bienes jurídico-penales comunes. Consecuencias de tal índole deberán dar origen a un proceso penal en la jurisdicción penal común. Tal razonamiento resulta aplicable también al inciso 6, cuya prohibición se limita a las acciones de “ordenar” o “amenazar” con que “no se dará cuartel” y no exige la producción de resultados lesivos concretos. Por ello, este Tribunal debe confirmar la constitucionalidad de los incisos 1, 2, 3 y 6 del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094.

241. Por otro lado, las disposiciones de los incisos 4 y 5 que prohíben “utilizar” como “escudos a personas protegidas” y “provocar o mantener la inanimación de civiles como método de conducción de hostilidades [...]”, respectivamente, se hallan también directamente vinculadas a la tutela de la corrección en el uso de la fuerza.

Tal bien jurídico se incorpora como propio del desempeño de las funciones de las FFAA y la PNP desde que estas instituciones estatales se hallan sujetas al DIH y obliga a que la utilización de métodos indebidos de combate -que implican la instrumentalización de personas que no participan del enfrentamiento armado- sea entendida como una lesión de un deber institucional. Sin embargo, la responsabilidad de esta índole será independiente de la que pueda sobrevenir por la lesión de bienes jurídico-penales comunes (vida, integridad, libertad, salud pública, etc.). Por ello, este Tribunal debe confirmar la constitucionalidad los incisos 4 y 5 del artículo 91 del Decreto Legislativo 1094.

242. Finalmente, se debe analizar el inciso 7 que contiene la prohibición penal de “atacar a traición” a un miembro de las fuerzas enemigas -participe directo de las hostilidades- causándole lesiones o la muerte. Un análisis preciso de esta norma implica distinguir que no se halla destinada a evitar las lesiones o la muerte en las fuerzas enemigas; puesto que resultados intencionales de tal índole son impunes en acciones de combate, sino, únicamente, a sancionar su producción a través de un método incorrecto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Resultaría, pues, ingenuo sostener que la norma se halla orientada a tutelar la vida o la integridad física en contextos en que se está autorizado a lesionarlas. Esta interpretación resulta coherente con la desarrollada *supra* respecto del artículo 89 del mismo cuerpo legal. Por ello, este Tribunal debe confirmar del inciso 7 del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094.

243. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de todas las disposiciones del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094 referidas a métodos prohibidos de combate.

#### **B.3.d.2 Medios prohibidos en las hostilidades**

244. Con la denominación de “medios prohibidos en las hostilidades” el Decreto Legislativo N.º 1094 incorpora los artículos 92 y 93, tipos base y agravado, respectivamente, que contienen diversas disposiciones penales. Todas han sido impugnadas.

#### *Tipo común*

245. El artículo 92 del Decreto Legislativo N.º 1094 presenta el tenor literal siguiente:

Artículo 92.- 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: 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.

246. Se solicitó la inconstitucionalidad de este tipo penal en virtud de haber violado los efectos de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC que estimó la inconstitucionalidad del artículo 102 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>86</sup> que también versaba sobre el mismo delito<sup>87</sup>. En la misma línea argumentativa desarrollada es preciso comparar los dos tipos penales (el expulsado y el actual, impugnado).

247. Al igual que los casos anteriores, se cambia “un conflicto armado internacional o no internacional” por “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, cambio que -como se ha venido señalando- no implica una variación significativa del contenido normativo.

<sup>86</sup> “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1) Utilice veneno o armas venenosas; 2) Utilice armas biológicas o químicas; 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”.

<sup>87</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

248. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a las normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
249. Para este Tribunal resulta evidente que las 3 disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, la corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y humanidad, limita los medios utilizados por las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones.
250. En este sentido, los incisos 1, 2 y 3 del cuestionado artículo 92 se hallan circunscritos a la prohibición penal de “utilizar” medios de combate altamente dañinos o crueles, como son el uso de veneno, armas biológicas o balas que provoquen heridas especialmente graves. Estas prohibiciones constituyen tipos penales de mera actividad que, por su propia redacción, no exigen para su consumación el resultado de muerte o lesiones que pudiera hacer inferir la tutela de bienes jurídico-penales como la vida o la integridad física, cuya lesión supone el quebrantamiento de normas penales comunes.
251. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de todas las disposiciones del artículo 92 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé el delito de medios prohibidos en las hostilidades.

*Tipo agravado*

252. El texto del artículo 93 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 93.- 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.

253. También aquí se alegó la violación de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, que declaró la inconstitucionalidad<sup>88</sup> del artículo 103 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>89</sup>, referido igualmente a la utilización de medios prohibidos en las hostilidades con consecuencia de lesiones o muerte.

<sup>88</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

<sup>89</sup> “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. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de treinta años”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

254. Al respecto, además del ya mencionado de “estados de excepción” en reemplazo de CAI y CANI, a diferencia al artículo declarado inconstitucional, el texto vigente del artículo 93 ha incorporado las agravantes de lesiones y muerte a través de una técnica legislativa distinta, esto es, mediante referencias a los incisos 16 y 17 del artículo 33. Sin embargo, el tipo penal una vez completo, es en esencia el mismo.
255. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la norma penal previamente controlada; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa derivada de la que ha sido desarrollada *supra* para el artículo 92, que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
256. En este sentido, si bien el tipo base del artículo 92 se halla circunscrito a la prohibición penal de “utilizar” medios de combate altamente dañinos o crueles y, por tanto, constituye un delito de mera actividad, la introducción, a través del artículo 93, de sendas agravantes calificadas por el resultado, esto es, la causación de lesiones o la muerte, solo podría adoptar un sentido constitucionalmente válido si se las interpreta en coherencia con el principio constitucional de culpabilidad. Esto implicaría la exigencia de una relación subjetiva entre el sujeto activo del delito y el resultado lesivo.
257. Conviene que este Tribunal recuerde que la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, como consecuencia del principio constitucional de culpabilidad, exige que solo se sancionen conductas a título de dolo o imprudencia (cfr. STC 010-2002-AI/TC, fundamento 64). Sin embargo, en el caso bajo análisis, una interpretación dolosa del tipo penal agravado se halla fuera de lugar, toda vez que la conducta sancionada es la de “utilizar” una determinada arma prohibida con consecuencia causal de muerte o lesiones y no la de “matar” o “lesionar”. En tal sentido, la interpretación restante es la de un delito agravado mediante un resultado imprudente.
258. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal agravado es el quebrantamiento del deber de no utilizar un arma o medio de combate prohibido que conduce a la producción imprudente de un resultado de muerte. Tal interpretación obliga a precisar que esta norma resultaría únicamente aplicable a los casos en que la muerte o lesiones causadas sean penalmente reprochables (no justificadas), esto es, cuando puedan ser tenidas por delitos de lesiones u homicidio imprudentes, que, claro está, protegen bienes jurídicos comunes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

259. Esto obligaría a que la norma privativa deba ser aplicable solo cuando previamente la jurisdicción común ha encontrado responsable al sujeto activo del delito de lesiones u homicidio imprudentes; sin embargo, en tales casos resultaría inconstitucional agravar la pena de un delito en el fuero militar policial sobre la base de un injusto penal que ha motivado la aplicación de una pena en el fuero civil.
260. Por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 93 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé la forma agravada del delito de medios prohibidos en las hostilidades.

### **B.3.e. Delitos contra Operaciones Humanitarias y Emblemas**

261. Enseguida corresponde examinar el grupo de delitos pertenecientes al Capítulo VI del Título II del Código Penal Militar Policial: delito contra operaciones humanitarias (artículo 95), utilización indebida de signos protectores (artículo 96) y daños graves al medio ambiente (artículo 97).

#### **B.3.e.1 Impedimento a operaciones humanitarias**

262. El texto del artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 95.- 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: 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 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.

263. Se ha alegado la violación de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC que declaró la inconstitucionalidad del artículo 99 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>90</sup> que también castigaba el ataque contra operaciones humanitarias<sup>91</sup>. Cabe entonces confrontar los textos del artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 1094 y el referido artículo 99.

<sup>90</sup> "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: 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 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".

<sup>91</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

264. Además de realizar el cambio de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, por “un conflicto armado internacional o no internacional”, y de establecer un marco punitivo diferente, el artículo ahora impugnado establece que los vehículos estén “identificados”, mientras que antes se exigía los medios de transporte sanitarios estuvieran “señalados”. En esencia la disposición penal es la misma.
265. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa derivada de la que desarrollada *supra* para el artículo 92 que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
266. Para este Tribunal resulta evidente que las dos disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, sino disciplina y corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y distinción, debe regir el desempeño de las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones.
267. En este sentido, los incisos 1 y 2 del cuestionado artículo 95 se hallan circunscritos a la prohibición penal de “atacar” a personas, vehículos e instalaciones protegidas por el DIH, constituyendo tipos penales de mera actividad que, por su propia redacción, no exigen para su consumación el resultado de muerte, lesiones o daños que pudiera hacer inferir la tutela de bienes jurídico-penales comunes. Por el contrario, las prohibiciones bajo análisis se hallan también directamente vinculadas a la tutela de la disciplina y el correcto uso de la fuerza en las acciones militares y policiales.
268. Como ya se ha explicado *supra*, este último bien jurídico se incorpora como propio del desempeño de las funciones de las FFAA y la PNP desde que estas instituciones estatales se hallan sujetas al DIH y obliga a que la acción de atacar a operaciones humanitarias sea entendida como una lesión también de un deber institucional. Por lo que la responsabilidad de esta índole será independiente de la que pueda sobrevenir por la lesión de bienes jurídico-penales comunes (vida, integridad, propiedad, salud pública, etc.).
269. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de las 2 disposiciones del artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 1094 referidas al ataque contra operaciones humanitarias.

### B.3.e.2 Utilización indebida de los signos protectores





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

270. El cuestionado artículo 96 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>92</sup> presenta el tenor siguiente:

Artículo 96.- 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.

271. Se ha pretendido la inconstitucionalidad de este dispositivo por haber operado la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC que se pronunció a favor de la inconstitucionalidad del artículo 100 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>93,94</sup>. Al igual que los casos anteriores, corresponde comparar los artículos (el expulsado y el actual).

272. Aparte del cambio de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, por “un conflicto armado internacional o no internacional”, se presentan otras modificaciones.

El antiguo texto sancionaba al que “mate o lesione gravemente a una persona” utilizando indebidamente los signos protectores, mientras que artículo impugnado sanciona la conducta de utilizar tales signos “con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33”, referido a lesiones graves o muerte. También se eliminó la gravante referida la muerte de modo doloso.

Si bien la denominación del delito se ha mantenido, en vista que los cambios en la redacción de las disposiciones penales son considerables, resulta imposible considerar esta disposición como sustancialmente igual a la previamente derogada, por lo que corresponde proceder al análisis de su contenido normativo.

273. En principio, a pesar de la nueva redacción y de la denominación asignada de “utilización indebida de los signos protectores”, se debe comenzar por desestimar que el tipo penal en cuestión se oriente a garantizar el deber utilizar de manera correcta los distintivos regulados por el DIH. Esto es así porque requiere el resultado de lesiones o muerte para su aplicación.

<sup>92</sup> Igual está establecido en el artículo 75.1 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español.

<sup>93</sup> El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, mate o lesiones 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. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

<sup>94</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

274. En este sentido, si bien el tipo penal describe la acción prohibida con el verbo “utilizar” de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, también exige para su configuración la producción del resultado de lesiones o muerte. Sin embargo, tal exigencia solo podría adoptar un sentido constitucionalmente válido si se las interpreta en coherencia con el principio constitucional de culpabilidad. Esto implicaría la exigencia de una relación subjetiva entre el sujeto activo del delito y el resultado lesivo.
275. Como se ha desarrollado *supra*, la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, como consecuencia del principio constitucional de culpabilidad, exige que solo se sancionen conductas a título de dolo o imprudencia (cfr. STC 010-2002-AI/TC, Fundamento 64). Sin embargo, en el caso bajo análisis, una interpretación dolosa del tipo penal cae fuera del margen semántico de interpretación del término “utilizar”.
276. Esto es así porque la norma no prohíbe “matar” o “lesionar” valiéndose del uso indebido de los signos protectores de los Convenios de Ginebra; sino “utilizar” los signos protectores de los Convenios de Ginebra con el resultado de muerte o lesiones. En tal sentido, la interpretación restante es la que entiende al tipo penal en cuestión como uno imprudente.
277. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal es la infracción de un deber de cuidado cuya titularidad es exclusiva del militar o policía y que desencadena un resultado lesivo sobre la vida o integridad de una persona. Tal interpretación obliga a precisar que esta norma resultaría únicamente aplicable a los casos en que la muerte o lesiones causadas sean penalmente reprochables (no justificadas). Por ello, el tipo penal bajo análisis no sanciona formas concretas de lesiones u homicidio imprudentes, ilícitos que atentan contra bienes jurídicos comunes y que, por tanto, deberán ser juzgados bajo competencia de la justicia ordinaria.
278. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara constitucional el artículo 96 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el así denominado delito de “utilización indebida de los signos protectores” como delito de función.

### **B.3.e.3 Daños extensos y graves al medio ambiente natural**

279. Se ha objetado la constitucionalidad del artículo 97 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 97.- 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





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

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.

280. En vista de que el artículo 101 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>95</sup> fue sometido a control por parte de este Tribunal y fue declarado inconstitucional<sup>96</sup>, se ha alegado la violación de la cosa juzgada. A partir de una lectura básica de ambos dispositivos (contenidos en los Decretos Legislativos N.º 961 y N.º 1094, respectivamente) es momento de determinar si se puede distinguir los términos de variación de un dispositivo a otro.

281. Aparte del ya anotado cambio de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno” por “un conflicto armado internacional o no internacional”, se presentan otros más. La disposición objeto de control añade que el ataque sancionable debe resultar desproporcionado y además llevarse a cabo “sin justificación suficiente para la acción”, extremo no previsto con anterioridad.

Ahora se exige que el resultado dañoso pudiera haber sido previsto, sin requerir el nivel de “seguridad” que se establecía en la disposición expulsada del ordenamiento. Ya no se reprimen los “daños graves” al medio ambiente natural como lo hacía el antiguo artículo 101, sino que ahora se exige que estos sean “irreparables”.

Por último, ahora se reprime el ataque con medios militares que resulten desproporcionados con relación a la concreta y directa ventaja militar esperada que no exige que sea “global”. Es cierto que existen diversos tipos de cambios pero estos no convierten a la disposición del artículo 97 en uno sustancialmente diferente respecto del artículo 101.

282. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la norma penal previamente controlada; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa derivada de la que ha sido desarrollada *supra* para el artículo 92 que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.

283. Para este Tribunal no resulta evidente que la disposición penal cuestionada persiga sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes; puesto que una opción

<sup>95</sup> “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 reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

<sup>96</sup> Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

interpretativa se halla vinculada a tutela de la corrección en al uso proporcional de la fuerza por las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones. Tal interpretación será descartada a continuación.

284. Ahora bien, el artículo 97 se halla circunscrito a la prohibición penal de “atacar” haciendo uso de “medios militares desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar esperada y sin justificación suficiente para la acción”. Una lectura precisa de su texto implica distinguir que existen dos interpretaciones posibles. La primera solo exigiría que el sujeto activo estuviera en condiciones de “prever” la causación de “daños extensos, duraderos e irreparables al medio ambiente”. Mientras que la segunda requeriría para la consumación del delito que los daños previstos se hallan realmente producido.

285. Frente a las dos opciones de interpretación posibles, este Tribunal considera que, como consecuencia del principio de legalidad penal, se deberá optar por la más restrictiva posible, esto es, por aquella que no extienda el ámbito de criminalización ilegítimamente.

Entonces, al exigir la verificación de daños medioambientales para su configuración, la norma en cuestión enfatizaría la sanción por la afectación dolosa del medio ambiente y no por el quebrantamiento de un deber institucional relativo al uso proporcional de la fuerza. Así las cosas, la norma en cuestión no resulta legítima como delito de función, toda vez que se halla consagrada preponderantemente a la tutela de un bien jurídico común.

286. En consecuencia, el Tribunal Constitucional debe reafirmar la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC y declarar inconstitucional el artículo 97 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de daños extensos y graves al medio ambiente natural.

### **B.3.f. Delitos de Violación al Deber Militar Policial: Ejercicio de Grado, Mando o Posición en el Servicio Militar Policial**

287. Ahora es momento de analizar otro grupo de delitos del Código Penal Militar Policial impugnados. Tales ilícitos pertenecen al Capítulo II del Título VI y son los siguientes: exceso en el ejercicio del mando, tanto en su modalidad dolosa (artículo 130) y culposa (artículo 131); y exceso en el ejercicio del mando en agravio del subordinado (artículo 132).

#### **B.3.f.1 Excesos en el ejercicio del mando**

*Modalidad dolosa*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

288. El artículo del Decreto Legislativo N.º 1094 que va a ser examinado a continuación es el artículo 130, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 130.- 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. Si a consecuencia de los excesos se incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33, la 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. 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.

289. Los demandantes han invocado la violación de la cosa juzgada; puesto que el artículo 139 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>97</sup>, que también versaba sobre el delito de exceso en el ejercicio del mando, fue declarado inconstitucional en un determinado extremo de su contenido<sup>98</sup>. Por ello, es preciso analizar si el texto normativo se mantiene o ha variado sustancialmente.

290. El actual texto adiciona el exceso en la facultad de “empleo” a los excesos en la facultad de “mando o de la posición en el servicio” que eran los únicos supuestos previstos por el derogado. El exceso sancionable ya no será el que devenga “en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros” previsto en el dispositivo abolido, sino el que devenga “en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial” que es lo que establece la disposición actualmente bajo análisis.

Asimismo, el artículo impugnado establece una escala de penas diferente, reemplaza la inhabilitación por la separación absoluta, y adiciona la accesoria de multa. Finalmente, se ha suprimido la referencia a “los delitos de lesa humanidad”, que fue considerado como supuesto excluido para la aplicación de la norma prevista en el artículo derogado. De lo presentado, ambos dispositivos presentan un contenido bastante similar, toda vez que en ambos casos el elemento rector del tipo es el exceso de las facultades cometida en perjuicio de la función militar, del personal militar o policial.

<sup>97</sup> “El militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años. Si como consecuencia de los hechos que preceden, se causare: 1) Lesiones graves, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la accesoria de inhabilitación, 2) Muerte será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a veinte años, con la accesoria de inhabilitación. Los delitos de lesa humanidad están excluidos en la aplicación de este artículo”.

<sup>98</sup> Fundamento 90 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

291. Ante todo, cabe distinguir que la descripción típica contenida en el delito de exceso en el ejercicio del mando presenta cuatro supuestos:

- (i) Exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio o el ordenar cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial;
- (ii) exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial causando lesiones graves;
- (iii) exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial que se comete en enfrentamiento contra grupo hostil, en conflicto armado internacional, frente al adversario; y
- (iv) exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial causando la muerte.

292. Es conveniente comenzar el examen de constitucionalidad descartando la inconstitucionalidad de los supuestos (ii) y (iv)<sup>99</sup>. Al respecto, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la norma penal previamente controlada; este Tribunal considera que ambos supuestos del dispositivo penal ahora cuestionado resultan susceptibles de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.

293. Al respecto, debe ponerse de relieve que estas disposiciones penales persiguen sancionar el “exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio” que causa lesiones graves o muerte. No obstante, el resultado típico exigido supone también un “perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial”. Así pues, las lesiones o muertes deben ser valoradas fundamentalmente en relación con la operatividad de las FFAA y el cumplimiento de la misión militar o policial, esto es, no en cuanto a la lesión de bienes jurídicos individuales (derechos a la vida y a la integridad), sino en el impacto que la muerte y las lesiones graves suponen en la baja de la capacidad militar y/o policial. Esta lectura del tipo penal de delito de función resulta coherente con la posición privilegiada que ostenta quien se halla al mando sobre sus subordinados.

<sup>99</sup> Cuando alude a la agravante del artículo 33.17.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

294. Ahora bien, tal agravación del injusto penal por el resultado, atribuido al autor del delito, solo podría adoptar un sentido constitucionalmente válido si se las interpreta en coherencia con el principio constitucional de culpabilidad. Esto implicaría, como se ha afirmado *supra*, la exigencia de una relación subjetiva entre el sujeto activo del delito y el resultado lesivo.
295. Entonces, conviene que este Tribunal recuerde que la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, como consecuencia del principio constitucional de culpabilidad, exige que solo se sancionen conductas a título de dolo o imprudencia (cfr. STC 010-2002-AI/TC, fundamento 64). Sin embargo, en el caso bajo análisis, una interpretación dolosa de ambos supuestos agravados se halla fuera de lugar, toda vez que la conducta sancionada es la de “excederse” en el mando o la posición de servicio con consecuencia causal de muerte o lesiones y no la de “matar” o “lesionar”. En tal sentido, la interpretación restante es la de un delito agravado mediante un resultado imprudente.
296. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal agravado es el quebrantamiento del deber de utilizar de forma razonable el mando y la posición de servicio que conduce a un resultado de muerte o lesiones que, en cuanto bajas en el personal militar-policial, perjudica el desarrollo de la misión militar o policial. Por ello, tales supuestos típicos de delitos de función resultan constitucionalmente válidos.
297. Este mismo razonamiento no puede aplicarse al supuesto (i). Al respecto cabe señalar que en la STC 0012-2006-PI/TC, este Tribunal no analizó la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 139 del Decreto Legislativo N.º 961, de contenido similar al supuesto bajo análisis. Sobre dicha disposición, se debe entender que el excederse en la facultad de empleo, mando o posición o el ordenar cometer actos arbitrarios en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial constituyen delitos de función en la medida en que se trata de conductas ilícitas que afectan al orden y la disciplina en las FFAA y PNP, poniendo en grave riesgo la organización y funciones de estas instituciones castrenses. Por ello, corresponde confirmar su constitucionalidad.
298. Siguiendo la lógica expuesta en el párrafo anterior, se debe confirmar la constitucionalidad del supuesto (iii), referido a los excesos cometidos en enfrentamiento contra grupo hostil, en conflicto armado internacional, frente al adversario. Tal como está redactado el texto, el bien jurídico protegido es el mismo que se ha analizado en el supuesto (i), cuya lesión se castiga en un contexto de especial relevancia.
299. En cualquier caso, por las razones ya expuestas, cabe subrayar que el “perjuicio [...] del personal militar o policial” al que se refieren los supuestos (i) y (iii) de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

disposición en cuestión no puede en ningún caso interpretarse como la lesión de bienes jurídicos comunes, como son, entre otros, vida, integridad o patrimonio, en cuyo caso la acción no puede ser calificada como delito de función.

300. En consecuencia, con pleno respeto de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, este Tribunal considera que debe confirmarse la constitucionalidad del artículo 130 del Decreto Legislativo N.º 1094.

*Modalidad culposa*

301. El artículo 131 del Decreto Legislativo N.º 1094 presenta el tenor literal siguiente:

Artículo 131.- 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.

302. Sobre este dispositivo también se alega violación de la cosa juzgada sustentada en que el artículo 140 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>100</sup>, que contenía una prohibición similar, fue declarado inconstitucional<sup>101</sup>. Corresponde, entonces, examinar si el cambio de texto es relevante o no.

303. Así, el artículo bajo examen suprime el carácter “profesional” de la negligencia punible. También se modifica el contexto en el que se configuraría el delito, al no exigirse que la negligencia, imprudencia o impericia tuviese lugar “en acto de servicio”, sino “en el uso de las armas, medios defensivos u otro material”. De otro lado, se ha establecido una escala penal diferente y se ha adicionado la accesoria de inhabilitación.

En efecto, la supresión del carácter “profesional” de la negligencia o el cambio de la expresión “en acto de servicio” por la de “en el uso de las armas, medios defensivos u otro material”, no lo convierte en sustancialmente diferente una respecto de la otra, pues es claro que se refiere al ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él) del militar o policía. Si bien el tipo penal en cuestión ha recibido el *nomen iuris* de “modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando”, para este Tribunal, resulta evidente que la redacción del tipo penal se halla referida a una forma particular de lesiones o homicidio imprudente derivadas del inadecuado uso de “armas, medios defensivos u otro material”.

<sup>100</sup> “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”.

<sup>101</sup> Fundamentos 90 y 91 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

En tal sentido, los bienes jurídicos tutelados son la vida, integridad física y salud. Por lo demás, cabe resaltar que el tipo penal carece de cualquier referencia al “grado, jerarquía o mando” que permita argumentar la tutela adicional de algún bien jurídico castrense. Así las cosas, resulta imposible calificar la conducta descrita en el artículo 131 como un delito de función.

304. Por estas razones, el respeto a la decisión del Tribunal Constitucional en la STC 0012-2006-PI/TC y a la calidad de cosa juzgada que ostenta, impone que el artículo 131 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé la así denominada “modalidad culposa” del delito de “excesos en el ejercicio del mando” sea declarada inconstitucional.

### B.3.f.2 Excesos en agravio del subordinado

305. Se impugna también el artículo 132 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 132.- 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.

306. Se alega una vez más la violación de la cosa juzgada, puesto que el artículo 141 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>102</sup>, referido a excesos contra el subordinado, fue declarado inconstitucional<sup>103</sup>. Se debe examinar, por tanto, el contenido normativo de los dos artículos (el actual y el expulsado del ordenamiento). Pese a algunos cambios realizados, el contenido de ambos es sustancialmente similar. En efecto, si bien antes se establecía que este delito se configuraba en el contexto de un “acto de servicio militar o policial”, el ahora impugnado ya no se limita a tal supuesto.

307. Ante todo, cabe precisar que la descripción típica contenida en el delito de exceso en el ejercicio del mando presenta tres supuestos diferenciados:

- (i) Vejar o ultrajar gravemente al subordinado;
- (ii) impedir que el subordinado presente, continúe o retire recurso de queja o reclamación; y

<sup>102</sup> “El militar o policía que en acto de servicio militar o policial: 1) Veje o ultraje gravemente al subordinado; 2) Impida que el subordinado, presente, prosiga o retire recurso queja o reclamación; 3) Exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de acto propio de sus funciones. Será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años”.

<sup>103</sup> Fundamento 91 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

~~(iii) exigir al subordinado la ejecución indebida o la omisión de un acto propio de su función.~~

308. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
309. Respecto al supuesto (i), este Tribunal considera que la sanción de vejámenes o ultrajes castiga directamente el quebrantamiento de un deber de respeto hacia el subordinado, en ausencia del cual resultaría mellada la autoridad con la cual el superior jerárquico ejerce las facultades de mando sobre los subordinados. Asimismo, la sanción de tal conducta se halla estrechamente vinculada al mantenimiento del orden, el mando y la disciplina al interior de personal policial o militar. Por ello, corresponde confirmar la constitucionalidad de este extremo del dispositivo penal.
310. Con relación al supuesto (ii), este Tribunal considera que la prohibición de actos que impidan al subordinado presentar, continuar o retirar recurso de queja o reclamación, se halla orientada a castigar actos lesivos para el buen funcionamiento institucional de las FFAA y la PNP. Asimismo, la sanción de tal conducta se halla estrechamente vinculada al mantenimiento de orden y la disciplina al interior de personal policial o militar. Por lo tanto, corresponde confirmar la constitucionalidad de este extremo del dispositivo penal.
311. Cabe subrayar que en los casos en los que las conductas analizadas en los supuestos (i) y (ii) lesionen bienes jurídicos de naturaleza común, como los derechos al honor, a la igualdad y no discriminación, a la tutela procesal efectiva, entre otros, se constituirían ilícitos independientes cuya responsabilidad corresponde dilucidar a través de la ley penal común.
312. Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, respecto al supuesto (iii), conviene precisar que en la STC 0012-2006-PI/TC este Tribunal no controló la constitucionalidad del enunciado "exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de acto propio de sus funciones" previsto en el artículo 141.3 del Decreto Legislativo N.º 961.

Al respecto, este Tribunal entiende que el exigir al subordinado la ejecución indebida o la omisión de actos propios de la función militar o policial efectivamente constituyen delitos de función en la medida en que se trata de conductas ilícitas que afectan al orden y la disciplina en las FFAA y PNP,





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

poniendo en riesgo la organización y funciones de las mencionadas instituciones castrenses. Razón por la cual, corresponde confirmar su constitucionalidad.

313. En consecuencia, sin afectar la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, debe declararse constitucional el artículo 132 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado como delito de función.

### **B.3.g. Delitos contra la Fidelidad a la Función Militar Policial**

314. Finalmente, toca analizar el grupo de delitos correspondientes al Capítulo Único del Título VIII del Código Penal Militar Policial relacionados al quebramiento de los principios esenciales militares o policiales: certificación falsa sobre asuntos del servicio (artículo 140) y destrucción de documentación militar policial (artículo 142).

#### **B.3.g.1. Certificación falsa sobre asuntos del servicio**

315. El cuestionado artículo 140 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>104</sup> incorpora el siguiente texto:

Artículo 140.- 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.

316. Los ciudadanos accionantes han alegado la violación de la cosa juzgada en vista que el artículo 147 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>105</sup> fue declarado inconstitucional por este Tribunal<sup>106</sup>. A partir de una lectura de ambos dispositivos es momento de distinguir si los términos variados de un dispositivo a otro son relevantes o no.

317. El artículo hoy impugnado establece que la certificación falsa debe vincularse con los "asuntos del servicio", dejando de lado la frase "en razón de la función o profesión". También el sujeto beneficiado ha sido modificado, incluyendo exclusivamente a otro militar o policía, y ya no a cualquier persona: "terceros". Se añade también como conducta típica la expedición de certificaciones falsas para

<sup>104</sup> Tal como lo establecen los tipos penales previstos en el artículo 228.iv del Código de Justicia Militar mexicano y artículo 311 del Código Penal Militar brasileño.

<sup>105</sup> "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".

<sup>106</sup> Fundamento 100 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

eximir al militar o policía destinatario de un puesto o función, extremo que no se encontraba previsto con anterioridad. Finalmente, se determina una escala penal aplicable diferente.

318. En esta oportunidad los cambios en el dispositivo han circunscrito la adecuadamente la acción. Ahora la comisión del delito debe vincularse con los "asuntos del servicio" y no como se establecía "en razón de la función o profesión"; asimismo, la restricción a militares y policías de los sujetos beneficiados como consecuencia del delito le otorga un cariz institucional a la acción típica. Tales variaciones permiten afirmar que el bien jurídico protegido es propio de las FFAA y PNP.

319. A pesar de que la STC 0012-2006-PI/TC expresó que el bien jurídico tutelado era la fe pública, ello no obsta para que en la configuración actual del delito la prevalencia del injusto recaiga en la fidelidad a la función castrense. Razón por la cual debe considerarse que se trata de un delito de función *lato sensu*. El fin perseguido se encuentra en los asuntos del servicio que realiza el militar o policía en actividad, tiene como sujeto beneficiado a otro igual que él, e incluso permite eximir al oficial castrense de un puesto o función. Elementos objetivos del tipo que describen una afectación al principio de disciplina, el cual resulta fundamental para las funciones de las FFAA o PNP.

320. Es cierto que, como afirma la STC 0012-2006-PI/TC, también está en juego el bien jurídico fe pública. Sin embargo, el bien jurídico prevalente, dentro de este delito pluriofensivo, es particular de las FFAA o PNP, por estar en juego la disciplina castrense y las funciones de los cuerpos armados.

321. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que el artículo 140 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de certificación falsa sobre asuntos del servicio como delito de función, debe ser confirmado en su constitucionalidad.

### **B.3.g.2 Destrucción de documentación**

322. El artículo 142 del Decreto Legislativo N.º 1094<sup>107</sup> presenta el siguiente tenor:

Artículo 142.- 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.

323. En vista que el artículo 149 del Decreto Legislativo N.º 961<sup>108</sup>, que también versaba sobre el delito de destrucción de documentación militar policial, fue

<sup>107</sup> Tal como lo establece, entre otros, el artículo 85 del Código Penal Militar de Paz italiano.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

sometido a control de constitucionalidad, se ha alegado la violación de la cosa juzgada, máxime si dicho dispositivo fue declarado inconstitucional<sup>108</sup>. Se requiere realizar una lectura de los artículos mencionados.

324. El artículo impugnado modifica al sujeto beneficiado, exigiendo que se trate de otro militar o policía y se elimina la referencia a “terceros”. Además, suprime la exigencia de perjuicio respecto de terceros. También se modifica la acción típica, sancionando ahora la conducta de aquel que “pone en peligro el servicio o la operación militar o policial” y no como se establecía el hecho que atente contra la administración militar o policial o el servicio. La destrucción, supresión u ocultamiento recaerá sobre “documentación” sin que se requiera, a los efectos del delito previsto, que sea verdadera o que no se pudiere disponer de la misma como era establecida. Finalmente, se fija un nuevo marco punitivo.

325. La exigencia de que la acción ponga en peligro el servicio o la operación militar o policial, sumada a la precisión de la condición del sujeto beneficiado, a juicio de este Tribunal, son trascendentes para catalogar el bien jurídico tutelado como uno de naturaleza militar policial. En concreto, el tipo penal castiga la violación del principio de disciplina, el cual resulta fundamental para las funciones de las FFAA o PNP.

326. Es cierto que, como afirma la STC 0012-2006-PI/TC, también está en juego el bien jurídico fe pública. Sin embargo, el bien jurídico prevalente, dentro de este delito pluriofensivo, es particular de las FFAA o PNP, por estar en juego la disciplina castrense y las funciones de los cuerpos armados.

327. Por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 142 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé el delito de destrucción de documentación militar policial como delito de función, debe ser confirmado en su constitucionalidad.

#### **C. EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1095 Y LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DE DIVERSAS NORMAS SOBRE EL USO DE LA FUERZA POR LA FFAA**

##### **C.1 PAUTAS PARA EL USO DE LA FUERZA DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

<sup>108</sup> “El militar o policía que destruye, suprime 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”.

<sup>109</sup> Fundamentos 100 y 101 de la STC 0012-2006-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

328. Conforme se desprende de los artículos 1.1 y 2.4 de la Carta de las NNUU<sup>110</sup>, el derecho internacional proscrib[e] -en principio- el uso de la fuerza por parte de los Estados en sus relaciones internacionales, al disponer que

[l]os Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Ello no implica que el derecho internacional prohíba, en cualquier supuesto, que los Estados empleen la fuerza.

329. En efecto, la normativa internacional admite, de manera excepcional, el uso de la fuerza en situaciones de legítima defensa frente a un ataque armado<sup>111</sup> o cuando el propio Consejo de Seguridad decide su uso frente a una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión<sup>112</sup>. Bajo la misma lógica de excepcionalidad, a nivel interno de un Estado, será su propia legislación la encargada de regular aquellas situaciones de insurgencia que ameriten un uso legítimo de la fuerza, habilitándola -en nuestro caso para la “defensa del orden constitucional”<sup>113</sup>-, o prohibiéndola, como actos que afrentan la ley y el orden interno.

330. La regulación de la fuerza empleada por los Estados originó el reconocimiento de dos grandes ordenamientos a nivel internacional<sup>114</sup>.

De un lado, se encuentra el denominado *ius ad bellum*, consagrado en la Carta de las NNUU, o derecho que prohíbe la guerra o uso de la fuerza en las relaciones entre los Estados, salvo las excepciones referidas *supra* y que implica la plena vigencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

De otro, se presenta el denominado *ius in bello*, o derecho de la guerra y de los conflictos armados, que tiene su base en la aplicación del DIH, consagrado en los cuatro Convenios de Ginebra<sup>115</sup> y sus tres Protocolos Adicionales<sup>116</sup> que no prohíben tales conflictos, sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos. La aplicación del DIH a cada Estado es ineludible en virtud del carácter de normas de *ius cogens*.

<sup>110</sup> Ratificada por el Perú el 31 de octubre de 1945.

<sup>111</sup> Artículo 51.

<sup>112</sup> Capítulo VII.

<sup>113</sup> Como se advierte del artículo 46 de la Constitución.

<sup>114</sup> Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, noviembre-diciembre de 2011.

<sup>115</sup> Aprobados mediante Resolución Legislativa 12412, del 31 de octubre de 1955, y promulgada el 5 de noviembre de 1955.

<sup>116</sup> Los dos primeros aprobados mediante Resolución Legislativa 25029, del 31 de mayo de 1989, y promulgados el 1 de junio de 1989.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

331. Así, el DIH implica un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario que tienen como fin la solución de los problemas de carácter humanitario generados por los conflictos armados, a través del establecimiento de límites respecto de los métodos o medios de combate, protegiendo a las personas que no participan o que ya no participan en los combates, y actuando a través de la atención y cura de heridos, el trato digno a los prisioneros, la cautela de los bienes indispensables para la supervivencia, entre otras acciones.

Por ello, los principios, directrices y prohibiciones que establece deben ser respetados por los gobiernos, sus militares, así como por los grupos armados en oposición o por cualquier otra parte que se encuentre en situación de conflicto.

332. El DIH busca establecer una especie de núcleo de derechos fundamentales<sup>117</sup>, de tal forma que los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil resultan ilícitos para este derecho (principio de distinción), que proscribire, en ese sentido, cualquier ataque indiscriminado o desproporcionado. Las operaciones militares en principio son conducidas por las FFAA, sin embargo, también pueden participar en ellas las fuerzas policiales o de seguridad, las cuales mantienen la responsabilidad de garantizar el orden<sup>118</sup>.

333. De esta forma, si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH comparten un objetivo común, que es el de proteger la dignidad y la humanidad de la persona, existe un marcado consenso en afirmar que ambos cuerpos normativos son aplicables en situaciones de conflicto armado, aunque en tales contextos el segundo constituye la *lex specialis*.

334. En Conclusión, las normas del DIH conforman nuestro ordenamiento jurídico - como parte del bloque de constitucionalidad internacional-, convirtiéndose en parámetro normativo y de interpretación para el desarrollo del derecho interno y el control de los actos o decisiones que tienen lugar en las situaciones de conflicto y que afectan a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, así como en lo relativo a los medios y métodos de los enfrentamientos.

## C.2 ACERCA DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR PARA EXAMINAR CONDUCTAS ILÍCITAS

335. El artículo 27 del Decreto Legislativo N.º 1095 dispone lo siguiente

<sup>117</sup> Recogido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y a nivel regional en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>118</sup> Folleto Violencia y Uso de la Fuerza del Comité Internacional de la Cruz Roja, de septiembre de 2008.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Artículo 27.- 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, de conformidad al artículo 173 de la Constitución Política.

336. A juicio de los ciudadanos recurrentes, el dispositivo precitado atenta contra la naturaleza del delito de función, pues no toda conducta ilícita cometida por militares y policías atentaría bienes jurídicos castrenses, máxime si se trata de contravenciones a los derechos fundamentales, comprometiendo seriamente la independencia e imparcialidad del juzgamiento.
337. A criterio del *amicus curiae*, tal dispositivo contraviene los principios establecidos en diversos pronunciamientos de la Corte y Comisión IDH, así como de organismos de derechos humanos de las NN.UU, quienes han establecido claramente que las violaciones de derechos humanos no deben ser juzgadas en el sistema de justicia militar y que la aplicación de la jurisdicción militar debería ser excepcional y limitada.
338. El accionado, por su parte, solicita que la demanda sea declarada infundada, porque en el pasado el Tribunal Constitucional se pronunció sobre una norma de similar contenido a la impugnada, y corresponde seguir el razonamiento precedente<sup>119</sup>.
339. Según se ha dicho *supra*, la jurisdicción penal militar, por su alcance restrictivo y excepcional, sólo puede regular y conocer de aquello que pertenece al ámbito estrictamente castrense. En tal línea, la configuración del delito de función -que habilita la competencia de la jurisdicción militar- requiere el cumplimiento de manera concurrente de los tres requisitos desarrollados. Por tanto, no son susceptibles de protección mediante el Código Penal Militar Policial los bienes jurídicos comunes en general -y los derechos humanos en especial- cuando no están vinculados al ámbito castrense a través del sujeto activo y el ejercicio de la función militar-policial.
340. Conviene precisar que, en una anterior oportunidad, este Tribunal ha emitido pronunciamiento con relación al artículo 13 de la Ley N.º 29166, el cual regulaba el juzgamiento de las conductas ilícitas del personal militar por el Fuero Militar Policial, optando por ratificar su constitucionalidad siempre que se interprete de conformidad con la noción de delito de función. En efecto, se estableció que “la presunción de los delitos de función establecida en el artículo 13 de la Ley N.º 29166, originados por la aplicación de las disposiciones de esta norma será

<sup>119</sup> STC 0002-2008-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

constitucional en la medida que se interprete y aplique el concepto de delito de función<sup>120</sup>.

341. Sobre esta base, y teniendo en cuenta que el demandado aduce que el artículo 27 impugnado, al igual que la disposición anterior,<sup>121</sup> contempla una referencia al delito de función, este Tribunal debe reiterar el mismo criterio establecido a fin de evitar la expulsión de dicha disposición del ordenamiento jurídico. El artículo 13 establecía que todas las conductas ilícitas del militar en el ejercicio de su función (en el marco de dicha ley) que se presuman delito de función serán de competencia del fuero militar policial, razón por la cual fue convalidada en su constitucionalidad siempre que sea interpretada de conformidad con el delito de función.

342. Esta misma lógica debe aplicarse en el artículo 27, ahora impugnado. Sin perjuicio de de ello, y a fin de superar la supuesta indeterminación de su texto, este Tribunal considera necesario interpretar que las conductas ilícitas cometidas - por el personal militar o policial- con ocasión de las acciones realizadas en aplicación del Decreto Legislativo N.º 1095 o en ejercicio de sus funciones, a que hace referencia la disposición impugnada, solo resultan constitucionales en tanto busquen penalizar acciones que puedan ser calificadas como delito de función, de acuerdo con los requisitos señalados *supra*. Máxime si en el artículo 27 *in fine* se establece que dicho juzgamiento se realizará "de conformidad al artículo 173 de la Constitución Política".

343. En ese sentido, a juicio de este Tribunal corresponde mantener la constitucionalidad de dicho dispositivo legal, e interpretar 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" hacen referencia a delitos de función. Además, vale reiterar que los delitos que eventualmente cometan las FFAA en el marco del Decreto Legislativo N.º 1095 serán de competencia del fuero castrense que establece la ley respectiva.

### C.3 USO DE LA FUERZA Y CONTROL DEL ORDEN INTERNO

344. Los demandantes han alegado que los artículos 5.1, 7, 8.1, 9 y 13.2 del Decreto Legislativo N.º 1095 son inconstitucionales. Estas disposiciones establecen lo siguiente:

Artículo 5.- Cada una de las situaciones consideradas en el presente artículo, se rige por los principios señalados y definidos en el Título correspondiente del presente Decreto Legislativo. 5.1. Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se

<sup>120</sup> Fundamento 87 de la STC 0002-2008-PI/TC.

<sup>121</sup> Artículo 13 de la Ley 29166.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario [...].

Artículo 7.- Los principios rectores que rigen antes, durante y después del empleo de la fuerza son los reconocidos por las normas del Derecho Internacional Humanitario, y son los siguientes: a. Humanidad.- Las personas puestas fuera de combate y aquellas que no participan directamente de las hostilidades son respetadas, protegidas y tratadas con humanidad. En el mismo sentido, las personas que participan directamente de las hostilidades no son objeto de sufrimientos innecesarios. B. Distinción.- Es la diferenciación que se debe realizar entre quienes participan y quienes no participan directamente de las hostilidades. La población civil no puede ser objeto de ataque. Debe distinguirse entre los objetivos militares y aquellos que no lo son. Sólo los objetivos militares pueden ser objeto de ataque. c. Limitación.- Los medios y métodos de empleo de la fuerza en el enfrentamiento no son ilimitados, El Derecho Internacional Humanitario prohíbe el empleo de aquellos que pudiesen causar daños o sufrimientos innecesarios. d. Necesidad militar.- Es aquella que justifica el empleo de la fuerza y que permite obtener la legítima y concreta ventaja militar esperada. Este principio no constituye excusa para conducta alguna que esté prohibida por el Derecho Internacional Humanitario. e. Proporcionalidad.- Autoriza una operación militar cuando sea previsible que no causará daños incidentales entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y prevista.

Artículo 8.1.- Los miembros de las Fuerzas Armadas que intervienen en las operaciones militares desde su planeación, decisión, conducción, y con posterioridad a ellas, en las situaciones previstas en el artículo 5.1 del presente Decreto Legislativo, se sujetan a las normas del Derecho Internacional Humanitario y a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sean aplicables [...].

Artículo 9.- La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no surte efectos sobre el estatuto jurídico de quienes intervienen en las hostilidades.

Artículo 13.2.- El empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas contra un grupo hostil durante el Estado de Emergencia se sujeta a las reglas de enfrentamiento, ejecutándose las operaciones de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.

345. A criterio de los recurrentes, los artículos antes citados son inconstitucionales debido a que, de su lectura literal, se sugiere que, en caso que las fuerzas armadas asuman el control del orden interno, estará permitida la suspensión y la derogación parcial de la fuerza normativa de la Constitución, de los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como del ordenamiento jurídico.
346. Por su parte, a criterio de la parte recurrida, la demanda no busca la expulsión de las normas impugnadas del ordenamiento jurídico, sino la determinación de una interpretación acorde con el marco constitucional, y ello no debe ser objetado en el marco de un proceso de control abstracto de normas jurídicas.
347. Al respecto, el Tribunal advierte que los ciudadanos accionantes expresan su "temor" porque las disposiciones cuestionadas pudieran suponer una suspensión





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

global de los derechos o de la vigencia de la propia Constitución durante los supuestos de estados de excepción. En ese sentido, corresponde que este Tribunal determine si es que, como se sostiene en la demanda, las disposiciones impugnadas suspenden la vigencia normativa de la Constitución y de las demás disposiciones que sean aplicables.

348. Con relación a la suspensión del ejercicio de derechos, regulada en el artículo 137 de la Constitución, se ha sostenido que se trata de una atribución propia de una situación excepcional, según la cual “resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos”<sup>122</sup>.

Se estableció que tal suspensión de derechos no comporta la suspensión temporal del Estado de derecho o una autorización a los gobernantes a apartar su conducta a la que en todo momento deben ceñirse, toda vez que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”<sup>123</sup>. Esto se advierte en mayor medida considerando que el artículo 8.1, que hace referencia a la intervención de las fuerzas armadas en los operativos militares, hace explícita referencia al DIDH.

349. De este modo, y de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia de este Tribunal respecto del uso de la fuerza, las disposiciones cuestionadas no excluyen la interpretación y aplicación de la Constitución y, a partir de ella, del DIDH, ya que estos cuerpos normativos también resultan plenamente aplicables, según corresponda, a las situaciones en las que la ley autoriza a efectuar, en el contexto de operaciones militares en estado de emergencia, en contra de un grupo hostil. De hecho, en la contestación de la demanda también se ha precisado que la referencia al DIH “no significa que en tales supuestos no corresponda aplicar la Constitución o el derecho internacional de los derechos humanos”<sup>124</sup>.

350. Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal nota que los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no fueron elaborados específicamente para regular las situaciones de conflicto armado, por lo que no contienen normas específicas que rijan el uso de la fuerza y los medios y métodos de guerra en situaciones de conflicto armado. Por ello, el DIH puede servir como *lex specialis* a fin de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Fundamento 26 de la STC 0002-2008-PI/TC, siguiendo la doctrina fijada por la Corte IDH.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> Escrito de contestación de la demanda, página 33.

<sup>125</sup> Párrafo 61 del Informe de la Comisión IDH sobre Terrorismo y Derechos Humanos, del 22 de octubre del 2002.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

351. Por último, los principios rectores contenidos en el artículo 7 tampoco importan una exclusión de la aplicación de la Constitución, de su Cuarta Disposición Final y Transitoria, o de los tratados sobre derechos humanos. Es más, este Tribunal aludió anteriormente a la posibilidad de un control jurisdiccional en los estados de excepción.

Se precisó que un control de tal índole se halla expresado “en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del *iter* procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política”<sup>126</sup>.

352. En consecuencia, cualquier ciudadano presuntamente afectado de un modo desproporcionado en sus derechos por la declaración de alguno de los estados de excepción o por la decisión del presidente de la República de autorizar la actuación de las FFAA para el mantenimiento del control del orden interno, podría recurrir a la vía del proceso constitucional de amparo -o de hábeas corpus si existe conexión con la libertad individual- a fin de que se lleve a cabo el control de constitucionalidad pertinente.

Ello será viable en el contexto de un proceso de tutela de derechos que examine cada situación particular, pero no es algo que corresponda ser dilucidado en el contexto de un control abstracto de normas, como ocurre en un proceso de inconstitucionalidad.

Por los fundamentos expuestos, este extremo de la demanda debe ser declarado infundado.

#### C.4 USO DE LA FUERZA FRENTE A GRUPOS HOSTILES

353. Como una cuestión preliminar, el Tribunal aprecia que, aun cuando los demandantes cuestionan la validez constitucional de los artículos 5.1, 7, 8.1 y 13.2 del Decreto Legislativo N.º 1095, en realidad sólo impugnan el artículo 5.1, en relación con el 3.f, toda vez que las demás disposiciones sólo expresan un desarrollo de dichos dispositivos. En consecuencia, el examen de validez constitucional que efectuará este Tribunal se centrará en relación con el artículo 5.1 en conexión con el Decreto Legislativo N.º 1095.

354. El aludido inciso 1 del artículo 5 expresa que:

<sup>126</sup> Fundamento 18 de la STC 0017-2003-AI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

5.1. 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 este, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario [...].

El grupo hostil ha sido definido por el literal f del artículo 3, en los siguientes términos:

f. Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego, punzo cortantes o contundentes en cantidad; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.

355. Según la parte demandante, el DIH no se aplica a los disturbios y conflictos sociales, por lo que la imprecisión de la definición de 'grupo hostil' constituiría una amenaza cierta e inminente al ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza a la participación (artículos 2.17 y 31) y de libertad de reunión (artículo 2.12), pues permite que las FFAA puedan ser utilizadas para reprimir protestas sociales. Otorgarse supuestos de actuación como los que refiere dicho artículo respecto al apoyo de las FFAA a la PNP en otros casos constitucionalmente justificados trasgrediría y desnaturalizaría el carácter excepcional y necesario por el que se le otorga a las FFAA el uso de la fuerza en un CANI.

356. El accionado, por su parte, sostiene que la norma impugnada estaría siendo interpretada de forma aislada y fuera del contexto, toda vez que las reglas del DIH excluyen de su ámbito de aplicación los disturbios y tensiones internas.

357. El Tribunal aprecia que, con la finalidad de examinar la validez constitucional de las disposiciones impugnadas, resulta indispensable hacer referencia al ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

#### C.4.a. El Derecho Internacional Humanitario y sus supuestos de aplicación

358. El DIH constituye el marco jurídico que regula las cuestiones humanitarias en tiempo de conflicto armado. Su finalidad es proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y definir los derechos y obligaciones de todas las partes en un conflicto con respecto a la conducción de las hostilidades.

Esta rama del derecho implica un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario que tienen como fin la solución de los problemas de carácter humanitario generados por los conflictos armados, a través del establecimiento de límites respecto de los métodos o medios de combate, protegiendo a las personas que no participan o que ya no participan en los combates, y actuando a través de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

atención y cura de heridos, el trato digno a los prisioneros, la protección de los bienes indispensables para la supervivencia entre otras acciones.

Por ello, los principios, directrices y prohibiciones que establece deben ser respetados por los gobiernos, sus militares, así como por los grupos armados en oposición o por cualquier otra parte que se encuentre en situación de conflicto.

359. Teniendo en cuenta que la violencia dirigida contra los objetivos militares del adversario no está prohibida por el DIH, independientemente de que sea ocasionada por un Estado o una parte no estatal en un conflicto armado, el DIH busca establecer una especie de núcleo de derechos humanos<sup>127</sup>, de tal forma que los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil resultan ilícitos para este derecho (principio de distinción), que proscribe en ese sentido cualquier ataque indiscriminado o desproporcionado.

Las operaciones militares en principio son conducidas por las FFAA, sin embargo, también pueden participar en ellas las fuerzas policiales o de seguridad, las cuales mantienen la responsabilidad de garantizar el orden<sup>128</sup>.

360. Según lo ha establecido el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, un conflicto armado se configura cuando "se recurre a la fuerza armada entre Estados o se desarrolla un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el seno de un Estado"<sup>129</sup>. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II de 1977, reconocen la existencia de dos tipos de conflictos armados -en función de su carácter internacional o no internacional- en los que es posible recurrir a las FFAA para su enfrentamiento.

361. Un conflicto armado internacional (CAI) tendrá lugar cuando se recurre al uso de las fuerzas armadas: en el enfrentamiento entre dos o más Estados, en casos de ocupación total o parcial del territorio de una alta parte contratante<sup>130</sup>, o frente a la lucha de un pueblo contra la dominación colonial y/o la ocupación extranjera<sup>131</sup>. El marco jurídico aplicable en este contexto está integrado por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I, el artículo 3 común a los Convenios, los principios del DIH y las Reglas de la Haya sobre medios y métodos de combate.

362. Un conflicto armado no internacional (CANI) -que es el que interesa a la luz de los cuestionamientos de la parte accionante al Decreto Legislativo N.º 1095-, presupone un enfrentamiento entre grupos de un mismo Estado, sea que se trate de

<sup>127</sup> Recogido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y a nivel regional en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

luchas entre las propias FFAA (por rebelión en su seno), o de éstas contra grupos armados o de grupos de población que se enfrentan entre sí.

363. La determinación de un CANI no pasa por el acuerdo de las partes en conflicto ni por la decisión de un órgano internacional determinado, sino que debe hacerse en atención a la constatación previa de hechos de violencia armada de intensidad y duración suficientes (operaciones militares sostenidas y concertadas) entre partes identificables (fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados) con organización y capacidad suficientes (mando responsable) para desarrollar hostilidades militares en el territorio de un Estado contratante (control territorial).

364. En tal contexto, la doctrina ha diferenciado 2 tipos de CANI, según su intensidad y marco jurídico aplicable, a saber:

- (i) El CANI regulado por el artículo 3 común, que precisa dos elementos para su configuración: el uso de violencia armada que presenta un carácter colectivo y cierto nivel de organización; y, que el conflicto se desarrolle en el territorio de un Estado parte de los Convenios de Ginebra;
- (ii) el CANI regulado por el Protocolo Adicional II, que requiere de varios elementos para su configuración: debe involucrar entre sus actores a las fuerzas armadas de un Estado parte, las cuales pueden enfrentarse con fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; el grupo adverso debe tener un mando responsable, es decir, un nivel no poco importante de organización y disciplina; un control territorial en el Estado parte; debe realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y, tener capacidad de aplicar este Protocolo.

365. Cabe precisar además que el referido Protocolo Adicional II establece una distinción entre los CANI y las situaciones de tensiones internas y de disturbios sociales disponiendo su inaplicabilidad "a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados"<sup>132</sup>. Sobre este tema este tema se regresará *infra* cuando se analice el concepto de grupo hostil.

366. Tomando en cuenta este marco general, es preciso examinar algunos supuestos del uso de la fuerza por parte de las FFAA. A modo de premissa, para este Tribunal es

<sup>128</sup> Folleto Violencia y Uso de la Fuerza del Comité Internacional de la Cruz Roja, de septiembre de 2008.

<sup>129</sup> Párrafo 70 de *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Caso IT-94-I-AR72, fallo relativo al recurso de excepción prejudicial de incompetencia presentado por la defensa, 2 de octubre de 1995 (Sala de Apelaciones del TPIY).

<sup>130</sup> Artículo 2 común a los Convenios de Ginebra.

<sup>131</sup> Artículo 1.4 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra.

<sup>132</sup> Artículo 1.2, reiterado en el artículo 2.d del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

claro que la intervención de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno no es habitual, pues para ello se requiere de una previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República, toda vez que dicha labor le corresponde fundamentalmente a la PNP, aunque también se admite una intervención adicional al referido supuesto de régimen de excepción.

367. Al respecto, la Cruz Roja ha entendido que estas tensiones y disturbios sociales hacen alusión a aquellas situaciones de violencia interna que involucran a diferentes actores sociales más o menos organizados en una revuelta de carácter esencialmente temporal<sup>133</sup>. Si bien pueden dar lugar a actos de violencia de cierta gravedad o duración, e incluso un cierto nivel de enfrentamiento, no alcanzan -en sentido estricto- un nivel de organización suficiente como para ser considerados un CANI.

368. Para que el actor de un CANI sea calificado como grupo armado debe cumplir determinados requisitos, tales como:

- (i) Estar conformado por un número suficiente de personas;
- (ii) tener un grado suficiente de organización y estar bajo la dirección de un mando responsable identificable;
- (iii) el tipo de armas u otro material militar utilizado, así como el tipo de fuerza empleado, deben ser idóneos para generar hostilidad militar;
- (iv) debe ejercer control sobre alguna parte del territorio nacional;
- (v) tener capacidad suficiente para planificar, coordinar y llevar a cabo hostilidades militares; y,
- (vi) tener capacidad para expresar una posición común, negociar y concertar acuerdos tales como el cese del fuego o el acuerdo de paz.

<sup>133</sup> Revista Internacional de la Cruz Roja. *Un minimum d'humanité dans les situations de troubles et tensions internes: proposition d'un Code de conduite*, 70(769), de 1988.



369. Lo mencionado implica que los grupos armados organizados comprenden a las FFAA de una parte no estatal, integrados por personas cuya función es participar en las hostilidades y que asumen una función continua y de participación directa en las mismas. Se requiere, para que se repunte de estos grupos una participación directa en las hostilidades:

- (i) La existencia de un umbral de daño (probabilidades de que el acto generado tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado o bien de que cause muerte, heridas o destrucción a las personas o a los bienes protegidos contra los ataques directos);
- (ii) la causalidad directa del acto y daño generado (vínculo directo entre el acto y el daño que pueda resultar de tal acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante); y,
- (iii) el nexo beligerante (el propósito específico del acto es causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra).

#### C.4.b La constitucionalidad de la expresión “grupo hostil”

370. En tal contexto, para este Tribunal resulta evidente que si bien la definición de grupo hostil, establecida en el artículo 3.f del decreto legislativo impugnado, no reconoce de forma explícita todos los elementos que configuran un grupo armado, ello sí se desprende de una interpretación sistemática de los artículos impugnados<sup>134</sup>, y es que al reconocer la vigencia de las normas del DIH “[c]uando 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 [...]”, se concluye un fin de adecuación de la definición nacional de grupo hostil a aquella establecida en el ámbito internacional.

Siendo así, resulta necesario reiterar que las operaciones militares de las FFAA, en un contexto excepcional de estado de emergencia, con el objetivo de enfrentar a un “grupo armado” sólo tendrá lugar luego de verificar que dicho grupo cumple con las condiciones precisadas *supra*.

371. Los disturbios sociales y tensiones internas deben, *prima facie*, regularse por las disposiciones del propio Derecho interno -que prevén situaciones de estados de excepción- en consonancia con el DIDH.

<sup>134</sup> Artículos 3.f y 5.1.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Sin perjuicio de ello, y ante eventuales situaciones de insuficiente protección internacional de las víctimas de los disturbios interiores y las tensiones internas, toda vez que las autoridades del poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales e incluso a las FFAA para restablecer el orden, resulta admisible que dicho marco jurídico sea complementado con las disposiciones fundamentales del DIH a fin de enriquecer y clarificar el estándar de protección al ser humano (principio de humanidad)<sup>135</sup>.

372. Es así que la sola participación de las FFAA no convierte una situación de tensión doméstica en un conflicto armado, conforme ha sido establecido por el Tribunal Penal para Ruanda, al precisar que “Los disturbios y tensiones internas caracterizadas por actos de violencia aislados o esporádicos no constituyen conflictos armados incluso si el gobierno se ve forzado a recurrir a las fuerzas policiales o a las fuerzas armadas con el fin de restablecer el Derecho y el orden”<sup>136</sup>.

373. El criterio expresado hasta aquí resulta acorde con lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra<sup>137</sup> y excluye de su ámbito material a otras formas de violencia como las tensiones y disturbios internos.

Se debe resaltar que en ningún caso las protestas sociales, manifestaciones masivas y otras expresiones públicas de protesta contra las políticas de Estado, los motines o los actos de bandidaje, podrán ser considerados como supuestos de conflicto armado no internacional. Por ello, los colectivos que participen en este tipo de protestas tampoco podrán ser considerados como un grupo hostil que merezca un enfrentamiento militar por parte del Estado.

En consecuencia, en todos estos supuestos será inconstitucional dar por supuesta la existencia de un CANI<sup>138</sup>.

374. Si bien la interpretación de la expresión “grupo hostil” depende de que esta sea concordada a la luz de las exigencias del concepto de “grupo armado”, tal como ha sido desarrollado por el DIH, este Tribunal advierte cierta parte del literal f del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1095, por la forma en que ha sido redactada, resulta imposible de conciliar con la citada normatividad internacional.

En concreto, a juicio de este Tribunal, el enunciado dispositivo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” resulta incompatible con la exigencia del DIH según la

<sup>135</sup> Tal como se advierte de la Declaración sobre las Normas Humanitarias Mínimas -o Declaración de Turku-, de 1990.

<sup>136</sup> Párrafo 248 de la Sentencia de 27 de enero de 2000, Prosecutor c. Musema, caso ICTR-96-13-A.

<sup>137</sup> Específicamente, artículo 1.2.

<sup>138</sup> Artículo 1.2 del propio Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

cual “el tipo de armas u otro material militar utilizado, así como el tipo de fuerza empleado, deben ser idóneos para generar hostilidad militar”. Así pues, resulta evidente que armas de tipo “punzo cortantes” o “contundentes” no reúnen las características que permitirían dotar a quienes las portasen de una potencia armada objetivamente superior a la de la policía, puesto que estos están autorizados a portar armas de fuego y cuentan con entrenamiento.

375. Si a lo anterior se le suma, como se ha desarrollado *supra*, la lógica de excepcionalidad y temporalidad que caracteriza a cualquier uso de la fuerza, resulta desde todo punto de vista desproporcionado autorizar el recurso a las FFAA para reprimir a un grupo de personas que, en función de los medios que emplean, son incapaces de representar “hostilidad militar”. En tales casos será siempre la PNP la encargada del control del orden interno.

376. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que se debe estimar este extremo de la demanda de autos y, en consecuencia, declarar inconstitucional el enunciado normativo que se refiere a armas de tipo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” contenido en el artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095. Subsiste la disposición con el siguiente contenido:

Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.

Además, se reafirma que los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095, en el extremo que se refieren al “grupo hostil”, deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del “grupo armado”.

### **C.4.c. La libertad de reunión y los derechos de participación**

377. Por último, con relación a los artículos impugnados antes presentados, se ha alegado la presunta contravención de los derechos de participación y libertad de reunión de aquellos colectivos que participen en cualquier tipo de protesta social.

378. Se garantiza por la Constitución el derecho de toda persona

[...] a reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas<sup>139</sup>.

<sup>139</sup> Artículo 2.12.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

En efecto, y como lo dijera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “la protección de las opiniones y la libertad de expresarlas constituyen uno de los objetivos de las libertades de reunión y de asociación consagrado en el artículo 11”<sup>140</sup>.

379. Por su parte, este Tribunal ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de reunión se configura por la conjunción de elementos subjetivos (identidad básica de la intención de quienes se congregan, es decir, el factor volitivo común de los agrupados); temporales (manifestación efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica); finalistas (licitud de su finalidad y la de los medios utilizados); reales o espaciales (ejercicio en un lugar de celebración concreto); y de eficacia inmediata (ausencia de autorización previa de algún representante gubernativo pese al anuncio previo)<sup>141</sup>.

380. De otro lado, el derecho a la participación política<sup>142</sup> también tiene un carácter fundamental y constituye un presupuesto indispensable para que se garantice el máximo respeto a todos los derechos constitucionales, al encontrar su justificación en la noción de Estado social y democrático de derecho. De esta manera, se protege en las personas la libertad de intervención en los procesos y toma de decisiones en la vida política, económica, social y cultural de la Nación y en los diversos niveles de organización, público y privado<sup>143</sup>.

381. Este derecho se materializa con las distintas formas de representación que dicta el artículo 31 de la Constitución, al establecer que los ciudadanos pueden participar mediante

[...] referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, así como ser elegidos y elegir libremente a sus representantes observando las formas establecidas en las leyes orgánicas. Además, parte importante del contenido del derecho a la participación política recae en el reconocimiento a la participación asociada<sup>144</sup>.

382. A la luz de lo expuesto, este Tribunal considera pertinente precisar que los cuestionados artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095 no regulan ni se refieren al ejercicio legítimo o arbitrario de los derechos determinados *supra*, sobre todo si se examina el contenido que la Constitución le ha otorgado a cada uno de ellos, sino que, bien entendidas las cosas, solo regulan los elementos

<sup>140</sup> Fundamento 37 del Caso del Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía.

<sup>141</sup> Fundamento 15 de la STC 4677-2004-AA/TC.

<sup>142</sup> Regulado en el artículo 2.17 de la Constitución. También reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25).

<sup>143</sup> Fundamento 3 de la STC 5741-2006-AA/TC.

<sup>144</sup> Expresada en el artículo 35 de la Constitución, a través de organizaciones políticas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

básicos y/o configuradores del grupo hostil definido *supra*, término que conforme fue establecido con anterioridad, no cubre dentro de su ámbito de regulación a las protestas sociales o disturbios interiores, entre otros.

383. Por las razones antes expuestas, este Tribunal Constitucional considera que debe declararse infundada la demanda en este extremo.

#### C.5 EL USO DE LA FUERZA FUERA DE UN ESTADO DE EXCEPCIÓN

384. Una segunda posibilidad para el uso de la fuerza de parte de las FFAA se encuentra en los casos en que la capacidad de la PNP haya visto sobrepasada. Se requeriría la intervención de aquéllas supuestamente por ser imprescindibles para el mantenimiento del orden interno.

385. Al respecto, se ha cuestionado la constitucionalidad del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, que a la letra dice:

Artículo 4.3.- La intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del Estado de Derecho y protección de la sociedad se realiza dentro del territorio nacional con la finalidad de: [...] Prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera.

386. Afirman los recurrentes que dicho dispositivo modifica en los hechos la Constitución al considerar un nuevo supuesto de participación de las FFAA en el control del orden interno, añadiendo que la extrema imprecisión y vaguedad del nuevo supuesto 'capacidad sobrepasada' no es compatible con el carácter restrictivo de su participación, desnaturalizando y vaciando de contenido la voluntad del constituyente, lo que contraviene además lo establecido por la Corte IDH.

387. El accionado, a su turno, argumenta que en la demanda no queda claro cuál es exactamente el cuestionamiento de constitucionalidad, y en todo caso el Tribunal ya estableció un criterio, al precisar que en los supuestos de narcotráfico, terrorismo y protección de instalaciones estratégicas era posible dicha intervención<sup>145</sup>.

388. El Tribunal advierte, en la disposición impugnada, dos fragmentos cuya validez debe ser analizada. El primero, relacionado con la posibilidad de la intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del Estado de Derecho con la finalidad de prestar apoyo a la Policía Nacional en los casos de "de tráfico ilícito de drogas,

<sup>145</sup> En la STC 0002-2008-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales". El segundo se relaciona con si la expresión "esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados" resulta válida según los parámetros desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal.

**C.5.a. Constitucionalidad de la expresión relacionada con la participación de las FFAA en apoyo de la PNP en los casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales**

389. En la lógica de excepcionalidad y temporalidad que caracteriza a cualquier uso de la fuerza, es legítimo considerar la facultad de las FFAA de apoyar en la restauración o restablecimiento del control del orden interno en las zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia y sólo cuando se supere la capacidad de control del orden interno de la PNP. En este caso, se le reconoce a las FFAA funciones de policía para preservar la paz y la seguridad en situaciones de apremio, que no son consideradas de emergencia, pero que requieren de una respuesta rápida por parte de los elementos de la fuerza pública ante la imposibilidad de la PNP de contrarrestar esta situación por sus propios medios.

390. Así lo estableció este Tribunal en la STC 0002-2008-PI/TC, al examinar la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley N.º 29166, que permitía el apoyo de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia. En dicha oportunidad, se estableció que

[...] una interpretación de los artículos 8 y 44 de la Constitución permitiría que en casos de especial gravedad y de forma restrictiva, las Fuerzas Armadas puedan apoyar a la Policía Nacional en el mantenimiento del orden interno, pero circunscribiendo esto única y exclusivamente para las siguientes situaciones: narcotráfico; terrorismo; y, la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represa<sup>146</sup>

391. Además, se instó al legislador a que en el legítimo ejercicio de sus competencias, precise el alcance de dicha disposición, y defina:

- a) Las situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional;
- b) los elementos para determinar cuando la Policía Nacional se encuentra sobrepasada en sus atribuciones;

<sup>146</sup> Fundamento 46.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

- c) la determinación de la autoridad competente para llamar a las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia;
- d) el plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional;
- e) cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones; y,
- f) los mecanismos para asegurar la vigencia y respeto a los derechos fundamentales<sup>147</sup>.

De lo hasta ahora expuesto, se tiene que la disposición cuestionada recoge algunos de los supuestos que este órgano de control de la Constitución desarrollara como legítimos en términos constitucionales, por lo que correspondería confirmar la constitucionalidad de ellos. Esta conclusión resulta aplicable a la parte de la disposición impugnada que se refiere al apoyo de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia con la finalidad de

[...] prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales [...] cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera,

de acuerdo con el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095.

Ahora bien, cabe indicar en este punto que si bien la parte accionada se refiere a los “servicios públicos esenciales” como un supuesto independiente al de la “protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país”, cuando este Tribunal desarrolla este último supuesto<sup>148</sup>, se fundamenta en el hecho de que “a pesar de la existencia de una situación de tensión interna”, el Estado debe ser capaz de garantizar su funcionamiento esencial así como “la prestación básica de los servicios públicos a la ciudadanía”<sup>149</sup>.

Precisamente en esa lógica, el artículo 3.g del decreto legislativo impugnado define a las instalaciones estratégicas como aquellas entidades “públicas o privadas, necesarias para el funcionamiento del país y la prestación de los servicios públicos”<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> Fundamento 52.

<sup>148</sup> En la STC 0002-2008-PI/TC.

<sup>149</sup> Artículo 44 de la Constitución.

<sup>150</sup> Esta lógica también se advierte en su artículo 23.c.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

### C.5.b. Constitucionalidad de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados”

392. Otro extremo del impugnado artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, introduce un nuevo supuesto, cuando refiere: “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, supuesto normativo que además se encuentra previsto en el artículo 23.d del Decreto Legislativo objeto de impugnación. Al respecto, este Tribunal hace notar el carácter abierto e impreciso de este extremo de la disposición impugnada, y que ello puede resultar contrario, *prima facie*, a la lógica de excepcionalidad y temporalidad que rige la intervención de las FFAA en zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia.

393. Sin embargo, el Tribunal considera que existen situaciones concretas en que a veces se impondría como razonable el apoyo de las FFAA a la PNP a fin de garantizar una serie de bienes constitucionales que puedan encontrarse comprometidos, como ha sido en el caso de la minería ilegal<sup>151</sup>. Tales situaciones excepcionales, sin embargo, deben armonizarse con las restricciones impuestas desde el ordenamiento internacional, especialmente el DIH conforme se precisó antes, pues este impide avalar, sin más, normas indeterminadas como la cuestionada.

A juicio del Tribunal, la indeterminación en que incurre podría llevar a una aplicación arbitraria e inconstitucional, pues ello podría dar lugar a que las FFAA actúen en apoyo de la PNP bajo cualquier situación o circunstancia, como el bloqueo de una carretera, el control de una huelga, la toma y control de una entidad pública, entre otras, donde al libre criterio de la autoridad se haya sobrepasado la capacidad de la PNP.

394. Por ello, el Tribunal considera necesario precisar que las FFAA solo pueden apoyar a la PNP en el mantenimiento del orden interno –además del supuesto de un estado de emergencia– en las siguientes situaciones: narcotráfico<sup>152</sup>; terrorismo<sup>153</sup>; protección de instalaciones estratégicas -públicas o privadas- que resulten necesarias para el funcionamiento del país y la prestación de los servicios públicos esenciales<sup>154</sup>; y que en virtud de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, tal apoyo también comprende aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, salud o seguridad de las personas, de toda o parte de una población<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> Analizada entre muchas decisiones de este Tribunal en STC 0316-2011-PA/TC.

<sup>152</sup> Artículo 8.

<sup>153</sup> Artículo 44.

<sup>154</sup> También, artículo 44.

<sup>155</sup> Fundamento 21 de la STC 0026-2007-PI/TC. Se encuentran legalmente establecidos en el artículo 83 del Decreto Supremo 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

395. De otro lado, cabe resaltar<sup>156</sup> que el Decreto Legislativo N.º 1095 establece al Presidente de la República como la autoridad competente para permitir la actuación de las FFAA en cualquiera de las situaciones referidas *supra*. Éste procede mediante resolución suprema -debidamente motivada-, refrendada por los Ministros de Defensa e Interior y a pedido de este último, previa solicitud de la autoridad política o policial del lugar en que se producen los hechos<sup>157</sup>.

Asimismo, y siguiendo la lógica de la excepcionalidad de la intervención de las FFAA en estos supuestos, se reconoce como principios que rigen el uso de la fuerza a los antes reseñados principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad<sup>158</sup>.

396. Si bien la norma no precisa un plazo mínimo ni máximo para la intervención de las FFAA en estos casos, ni los elementos a tener en cuenta para determinar cuándo la PNP se encuentra sobrepasada en sus atribuciones, resulta evidente que tales aspectos deben ser establecidos en la resolución suprema por la que se autoriza dicha intervención. El plazo no puede superar los sesenta días previstos en el artículo 137 de la Constitución para el estado de emergencia, pues de requerirse un plazo mayor, se ha previsto recurrir al estado de emergencia.

397. Asimismo, los demandantes o cualquier otro ciudadano, presuntamente afectados de un modo desproporcionado en sus derechos por la decisión del presidente de la República de autorizar la actuación de las FFAA para el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, podrían recurrir a la vía del proceso constitucional de amparo -o de hábeas corpus si existe conexión con la libertad individual- a fin de que se lleve a cabo el control de constitucionalidad pertinente.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal considera que se debe desestimar este extremo de la demanda y, en consecuencia, interpretarse el enunciado normativo que se refiere a "y en los demás casos constitucionalmente justificados" del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095 que están referidos a aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población.

<sup>156</sup> De conformidad con los criterios expuestos en la STC 0002-2008-PI/TC.

<sup>157</sup> Artículo 25.

<sup>158</sup> Artículo 22.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Además, debe interpretarse esta disposición en el sentido que cuando se decreta esta intervención, la resolución suprema debe respetar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

398. Asimismo, dado que el artículo 23 del Decreto Legislativo impugnado tiene conexidad con el extremo del artículo 4.3, puesto que reproduce el mismo contenido normativo<sup>159</sup>, los fundamentos señalados *supra* deben extenderse al enunciado normativo contenido en el literal "d" del artículo 23.

#### D. EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA

399. Dadas las circunstancias especiales del presente caso, y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución, tiene que cumplir funciones esenciales tales como valoración, pacificación y ordenación, se deben subrayar las siguientes dos consecuencias que acarrea la expulsión de las normas del ordenamiento constitucional.

##### D.1 EFECTOS SOBRE LOS PROCESOS PENALES

400. Respecto de las disposiciones previstas Decreto Legislativo N.º 1094 que son declaradas inconstitucionales por afectar el artículo 173 de la Constitución, se debe precisar los efectos nulificantes de la presente sentencia. Es decir, corresponde a la jurisdicción militar disponer el archivo de los respectivos procesos penales en trámite, así como comunicar de este hecho al Ministerio Público para que este actúe conforme a sus atribuciones constitucionales.

401. En el caso de los procesos penales concluidos, el Tribunal Constitucional debe exhortar al Congreso de la República para que en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y dentro de un plazo razonable, regule un cauce procesal que permita organizar de forma racional la eventual realización de un nuevo proceso penal. En cualquiera de los dos supuestos, esta sentencia no genera automáticamente derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las disposiciones ahora inconstitucionales.

##### D.2. MEDIDA REFERIDA AL ÓRGANO EMISOR

402. Tal como se ha reafirmado en la presente sentencia, la vinculación a los poderes públicos y los efectos generales que producen las sentencias de inconstitucionalidad, implican la existencia de un mandato imperativo constitucional y legal de que las sentencias de del Tribunal Constitucional sean cumplidas y ejecutadas en sus propios términos, de modo que no pueden ser

<sup>159</sup> De conformidad con el artículo 78 del Código Procesal Constitucional.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

dejadas sin efecto ni modificadas por actos de otros poderes públicos o incluso por particulares<sup>160</sup>.

403. En ese sentido, cabe reiterar que el legislador, en ejercicio de sus atribuciones, únicamente puede expedir normas que regulen el mismo aspecto declarado inconstitucional, cuando desarrolle una disposición diferente o similar a la anterior, pero de la que puedan deducirse sentidos interpretativos no inconstitucionales. De emitirse una disposición posterior en los mismos términos, es decir, que contravenga o distorsione el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional, los poderes públicos<sup>161</sup> tienen el deber de no cumplirla<sup>162</sup>.

### V. FALLO

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA**, en parte, la demanda y, por consiguiente:

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

1.2. Reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los artículos 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo N.º 1095, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

1.3. Con los votos de los magistrados Urviola Hani y Ramos Nuñez a favor de la constitucionalidad y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

<sup>160</sup> Fundamento 2 de la R/TC 0002-2011-PI/TC

<sup>161</sup> En observancia de los artículos VI y 82 del Código Procesal Constitucional.

<sup>162</sup> Fundamento 36 de la STC 0019-2011-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los artículo 4.3. y 23, inciso d), del Decreto Legislativo N.º 1095, debiendo interpretarse el enunciado normativo “y en los demás casos constitucionalmente justificados” que se emplean en ambas disposiciones, que están referidos a aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, salud y seguridad de las personas, de toda o una parte de la población.

2. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda y, por consiguiente:

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

2.2. Declarar **INCONSTITUCIONAL** parte del artículo 62 (sedición) del Decreto Legislativo N.º 1094, en los extremos en los que se expresa “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, [...], 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, [...]”. Subsiste el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que en grupo se levante en armas para incumplir una orden del servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. 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”.

2.3. Declarar **INCONSTITUCIONAL** parte del artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 1094, en el extremo que incluye la palabra “rebelión”. Queda subsistente el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de 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”; e, **INTERPRETAR** la palabra “sedición” en el único sentido de que ésta busca proteger bienes jurídicos estrictamente castrenses.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

2.4. Declarar **INCONSTITUCIONAL** el enunciado normativo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” del artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095.

2.5. Con los votos de los magistrados Urviola Hani, Ramos Nuñez y Ledesma Narváez a favor de la constitucionalidad y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

Declarar que subsiste el artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095 con el siguiente contenido: “Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización”.

2.6 Con los votos de los magistrados Urviola Hani, Ramos Nuñez y Ledesma Narváez a favor y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional:

**INTERPRETAR** los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095, en el extremo que se refieren al “grupo hostil”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del “grupo armado”.

2.7. **INTERPRETAR** los artículos XIV.e y XIV.d del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1094, referidos a los principios de “defensa y seguridad de la República” y de “subordinación al poder constitucional”, respectivamente, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal.

2.8. **INTERPRETAR** la frase “las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas”, establecida en el artículo 27 del Decreto Legislativo N.º 1095, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución, y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley N.º 29548.

4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad, por existir cosa juzgada; y, por tal razón, reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los artículos 63 (motín), 64 (negativa a evitar rebelión, sedición o motín), 66 (falsa alarma) y 67



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

(derrotismo) del Decreto Legislativo N.º 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI  
MIRANDA CANALES  
BLUME FORTINI  
RAMOS NÚÑEZ  
LEDESMA NARVÁEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

*Elon Espinosa Saldana*

*Urviola*

**Lo que certifico:**

OSCAR DÍAZ MUÑOZ  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5000 CIUDADANOS CONTRA  
EL CONGRESO DE LA REPUBLICA Y  
EL PODER EJECUTIVO

**VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES**

Mi voto es en el mismo sentido que el emitido por la magistrado Espinosa Saldaña en el extremo que declara **FUNDADA** la demanda respecto de los artículos 3,f, y 13 del Decreto Legislativo 1095 y respecto de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” contenida en los artículos 4,3 y 23,d del Decreto legislativo 1095.

S.   
MIRANDA CANALES

**Lo que certifico:**

  
-----  
OSCAR DÍAZ MUÑOZ  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0022-2011-PI/TC  
MÁS DE 5000 CIUDADANOS CONTRA  
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y  
EL PODER EJECUTIVO

**VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI**

Mi voto es en el mismo sentido que el emitido por el magistrado Espinosa-Saldaña en el extremo que declara FUNDADA la demanda respecto de los artículos 3f y 13 del Decreto Legislativo 1095 y respecto de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” contenida en los artículos 4,3 y 23d del Decreto Legislativo 1095.

S.  
**BLUME FORTINI**

**Lo que certifico:**

OSCAR DÍAZ MUÑOZ  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP.0022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

C.CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EJECUTIVO Y PODER EJECUTIVO

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto a lo manifestado en el voto de la mayoría en el presente proceso, debo aquí expresar mi discrepancia con lo señalado en dos aspectos de la ponencia. El primero de ellos tiene que ver con el uso de la denominación “grupo hostil”, y los alcances que la normativa impugnada otorga a la misma. El segundo se encuentra vinculado con la postura asumida en los fundamentos 389 y 395 y el punto resolutivo 1.3 de la sentencia, donde se declara constitucional la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, recogidos en los artículos 4.3 y 23.d del Decreto Legislativo 1095. A continuación paso a exponer las razones en las cuales sustentó ambas discrepancias.

En lo referido al uso de la denominación “grupo hostil”, si bien es cierto que a nivel convencional no existe una definición expresa de grupo hostil, sin embargo, cuando los tratados se refirieren a “hostilidades”, lo hacen siempre refiriéndose a conflictos armados. Un conflicto armado, como se sabe, implica una acción violenta persistente, e implica la lucha armada entre dos o más partes en el conflicto con intención hostil.

En este sentido, la expresión “grupo hostil” se encuentra referido a los llamados conflictos armados no internacionales (“conflicto interno”, “guerra civil”), que aluden a enfrentamientos, dentro del territorio de un Estado, entre las fuerzas armadas regulares y fuerzas armadas disidentes o grupos armados rebeldes. Así considerada, la denominación “grupo hostil” hace alusión a los “grupos armados” organizados e identificables, que cometen actos hostiles como parte de ataques permanentes dirigidos contra una de las partes en un conflicto armado interno (no uno internacional).

En este orden de ideas, un grupo hostil sería una parte beligerante que abiertamente pugna con el Estado, de manera organizada y sostenida. Puede entonces considerarse como una suerte de “fuerzas armadas” de una parte no estatal en un conflicto, las cuales están formadas por individuos (“combatientes”) cuya función continua es “participar directamente en las hostilidades”. Al tratarse de una parte beligerante, se les tiene por objetivos militares lícitos.

De esta manera, la noción de grupo hostil nos pone en un contexto de conflicto armado no internacional (y no otro tipo de conflictos, sin importar si en ellos exista manifestaciones o expresiones de violencia. Siendo así, resultaría aplicable a ese grupo el “artículo 3 común” a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977, referidos a



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la protección a víctimas en conflictos armados no internacionales (y, por ende, implica que es posible tratar a los grupos hostiles como combatientes de un conflicto armado, objetivos legítimos de ataque militar).

Conviene además tener presente que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0002-2008-AI/TC, señaló que era inconstitucional el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N.º 29166 (Ley que establece reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las fuerzas armadas en el territorio nacional), pues “confunde instituciones propias del Derecho Internacional Humanitario, relativo a la conducción de hostilidades en conflictos armados, con el uso de la fuerza en situaciones de disturbio o tensiones internas, en la cual es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el marco jurídico aplicable”.

En el caso del Decreto Legislativo N° 1095, se señala que es “grupo hostil” (artículo 3, literal f) la “[p]luralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego, punzo cortantes o contundentes en cantidad; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.”

Los estándares aquí planteados no aluden a un conflicto armado (“guerra civil”) ni a un grupo beligerante que realice directa y sostenidamente actos hostiles, conforme al Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, lo indicado a continuación en el mismo Decreto Legislativo 1095 es sumamente peligroso, pues en el artículo 13, inciso 2 de la norma impugnada se prescribe que “El empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas contra un grupo hostil durante el Estado de Emergencia se sujeta a las reglas de enfrentamiento, ejecutándose las operaciones de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario”. En este sentido, la norma parece señalar que cualquier grupo humano mínimamente organizado, que proteste violentamente contra el Estado, incluso de forma precaria (a través de piedras, hondas o flechas), puede considerarse como un objetivo militar legítimo, aplicándose al enfrentamiento las reglas de la guerra (*ius bellium*). Debe además tomarse en cuenta que la norma impugnada no solo incluye a quienes participan del enfrentamiento violento, sino incluso a todo aquel que “colabora”. No veo forma de comprender este tipo de disposiciones de manera acorde con los principios, valores y preceptos recogidos en nuestro texto constitucional vigente.

De otro lado, y si hay un principio central dentro del Estado Constitucional, éste es el del reconocimiento y cabal tutela de los derechos ciudadanos. Por ende, cualquier actuación o norma que deba restringir el ejercicio de alguno de estos derechos debe ser entendido como una situación excepcional que debe ser comprendida de manera acotada y no extensiva.

Junto a lo recientemente señalado, y en tanto el ejercicio incontrolado del poder puede involucrar violaciones a esos derechos que justamente se quiere tutelar, la limitación del poder es también un aspecto de innegable relevancia dentro de un Estado constitucional. Es por ello que, aun cuando existen supuestos en donde el Estado Constitucional habilita a las





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales a adoptar acciones que impliquen restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, estos únicamente deben ser comprendidos como situaciones excepcionales, a las cuales solamente puede recurrirse luego de asumir ciertos recaudos, y cuyos alcances nunca pueden ser comprendidos en forma abierta o amplia.

Conviene entonces tener presente que, de acuerdo con la Carta de 1993, el escenario en el cual se habilita la mayor restricción del ejercicio de algunos derechos fundamentales, así como del uso de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales para restablecer el orden constitucional es el de los Estados de Excepción recogidas en el artículo 137 de nuestra Constitución actualmente vigente. Sin embargo, y de acuerdo con lo dispuesto por algunos artículos del Decreto Legislativo 1095, por delegación legislativa se abren posibilidades de uso de las Fuerzas Armadas que van bastante más allá de lo que el constituyente había previsto en el caso de los Estados de Excepción, con el subsiguiente riesgo de vulneración de importantes derechos ciudadanos.

Nadie niega la necesidad de restablecer el principio de autoridad en ciertas situaciones que todavía no alcanzan los estándares exigidos para la declaratoria de un Estado de Excepción. Eso es sin duda lo que se busca con la dación del Decreto Legislativo 1095. Sin embargo, este valioso objetivo no puede, si se trata de actuar dentro de los parámetros del Estado Constitucional, buscar materializarse de cualquier manera, y sin tomar ciertos necesarios recaudos.

Es pues ahora cuando corresponde analizar lo señalado en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo 1095. Allí, como es de conocimiento general se habilita que las Fuerzas Armadas pueden actuar colaborando con el restablecimiento del orden interno, sin que se haya declarado un Estado de Emergencia (la posibilidad menor gravosa dentro de los Estados de Excepción comprendidos en la Constitución de 1993), para enfrentar no solamente algunos supuestos específicamente establecidos, sino también para "los demás casos constitucionalmente justificados".

Este supuesto, cuya indeterminación es a todas luces evidente, es además recogido en el artículo 23 del mismo Decreto Legislativo 1095.

Fácilmente puede apreciarse que aquí lo excepcional y lo actuado ha dejado de serlo, muy a despecho de las buenas intenciones que puedan motivar esta alternativa. La colaboración de las Fuerzas Armadas siempre será bienvenida, pero su participación en el restablecimiento del orden público interno no puede habilitarse.

Mediante un supuesto redactado de una manera tan abierta o indeterminada como aquella a la cual acaba de hacerse referencia. Aceptar ello implicaría reconocer que el Legislador por delegación puede habilitar un escenario restrictivo del ejercicio de derechos ciudadanos bastante más intenso que aquel que el constituyente ha reconocido como únicamente invocable en situaciones extremas y dentro de pautas debidamente especificadas. Tampoco



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

veo aquí como puede hacerse una interpretación de este aspecto del Decreto Legislativo 1095 que sea conforme con los principios, valores y preceptos incluidos o que se desprenden de la Constitución peruana actual.

Es pues en mérito a lo expuesto que estimo que la demanda debe declararse FUNDADA frente al equivocado uso que en el Decreto Legislativo 1095 se hace de la denominación "grupo hostil" (artículos 3F y 13 del Decreto Legislativo 1095), así como de la expresión "y en los demás casos constitucionalmente justificados" (artículos 4.3 y 23 del Decreto Legislativo 1095), supuestos que en mi opinión no son factibles de ser interpretados conforme con la Constitución y los tratados internacionales existentes sobre la materia.

S.

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

*Eloy Espinosa Saldaña*

**Lo que certifico:**

-----  
**OSCAR DIAZ MUÑOZ**  
Secretario Relator

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC  
LIMA  
MÁS DE 5000 CIUDADANOS  
CONTRA EL CONGRESO DE LA  
REPÚBLICA Y EL PODER  
EJECUTIVO

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El presente voto se divide principalmente en dos partes: la *primera*, en la que no coincido con lo expuesto en los fundamentos 392 al 398, así como el punto resolutivo 1.3 del fallo, sobre la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, también regulada en el artículo 23.d del aludido decreto, pues considero que resultan inconstitucionales y por tanto, debe declararse **FUNDADA** la demanda en este extremo; y, la *segunda*, en la que si bien coincido en parte con lo expuesto en los fundamentos 353 al 376, sobre el control de constitucionalidad de los artículos 3.f, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo 1095, relativo a las reglas de empleo y uso de la fuerza, considero que deben realizarse algunas precisiones sobre tales fundamentos, por lo que, siendo sólo una discrepancia en cuanto a específicos fundamentos y no respecto del respectivo fallo, considero que debe declararse **INFUNDADA** la demanda sobre tales extremos.

#### Análisis de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095

1. Considero que dicha expresión, también regulada en el artículo 23.d del mencionado decreto, resulta **INCONSTITUCIONAL** en la medida que desnaturaliza y contraviene el artículo 137 de la Constitución, al generar una nueva excepción, notoriamente indeterminada, respecto de la excepción ya prevista en la Norma Fundamental, pudiendo generar con ello un uso político arbitrario de la fuerza militar. Mis razones son las siguientes:
2. La Constitución establece en el artículo 137 que, el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en tal artículo se contemplan:
  1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

3. De la revisión de dicho artículo, es evidente que su contenido normativo alude a determinadas situaciones de excepcionalidad, es decir, situaciones que por su trascendencia y graves consecuencias que se pudieran producir sobre la vigencia del Estado Constitucional, justifican que se restrinjan o suspendan determinados derechos fundamentales y que, si así lo dispone el Presidente de la República, las Fuerzas Armadas puedan asumir el control del orden interno.

4. Pese a que la Norma Fundamental reguló expresamente las dos situaciones de excepción permisibles en un Estado Constitucional (Estado de Emergencia y Estado de Sitio), y por ejemplo, estableció que en el supuesto de Estado de Emergencia “las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República”; el Legislador, por delegación, mediante el Decreto Legislativo 1095, ha previsto (artículo 4.3) otras formas de participación de las Fuerzas Armadas, sin declarar el Estado de Emergencia: i) tráfico ilícito de drogas; ii) terrorismo; y iii) protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país y servicios públicos esenciales. Dichos extremos, conforme se ha expresado en la sentencia de autos y antes en el Exp. 00002-2008-PI/TC, en un esfuerzo que pone a prueba los límites interpretativos de las disposiciones constitucionales (artículos 8 y 44), pueden resultar compatibles con la Norma Fundamental, únicamente, si se refieren a tales supuestos.

5. Como es de público conocimiento, se han producido en nuestro país diversos tipos de violencia que no sólo han generado la lamentable pérdida de vidas humanas (ya sea de ciudadanos civiles o de ciudadanos policías), sino también la afectación de los derechos fundamentales de otros ciudadanos, incluido el bloqueo de carreteras, la toma de instituciones públicas, la interrupción de servicios públicos esenciales o el daño a la propiedad privada, entre otros. Tales supuestos, que se presentan en distintos grados y de diferentes formas, pueden configurar ya sea los supuestos de “perturbación de la paz o del orden interno” o de “graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”, justificando la declaratoria del Estado de Emergencia, o los también supuestos excepcionales de graves situaciones de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y terrorismo, o de protección de instalaciones estratégicas (puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas) y servicios públicos esenciales, justificando la actuación de las Fuerzas Armadas en apoyo de la Policía Nacional, sin que se declare el Estado de Emergencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Sin embargo, lo que de ninguna forma puede resultar compatible con la Constitución, es el extremo “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, contenido en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, también regulado en el artículo 23.d del aludido decreto, pues, de un lado, contienen un grado no permisible de indeterminación en cuanto a la identificación de los supuestos de hecho que puedan configurar los “casos constitucionalmente justificados”; y de otro, confieren un ilimitado poder de discreción en el órgano estatal que debe autorizar la actuación de las Fuerzas Armadas.
7. Es importante que tanto los ciudadanos y principalmente los operadores jurídicos comprendan la importancia que tienen preceptos constitucionales como aquellos que regulan el uso excepcional de la fuerza militar (artículo 137). Nadie duda que los problemas de violencia antes mencionados exigen una inmediata respuesta del Estado a efectos de imponer el principio de autoridad y proteger los derechos de todos aquellos que directa o indirectamente se encuentran afectados. Una de dichas respuestas ha sido la del Legislador, que, por delegación, ha asumido en el mencionado artículo 4.3 que las Fuerzas Armadas pueden intervenir, sin declarar el Estado de Emergencia, en cualquier “caso constitucionalmente justificado”. No obstante, resulta indispensable preguntarse si dicha normatividad legal es compatible con la Constitución, pues precisamente allí se encuentran los límites de cualquier ley o norma infralegal. Y es que la Constitución no sólo es la norma de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, sino una que garantiza determinados contenidos (los derechos fundamentales, la división de poderes, las principales competencias de dichos poderes, de los órganos constitucionales u otros órganos, etc.), que deben quedar “fuera de la agenda política cotidiana y, por lo tanto, del debate público y del debate legislativo –de la regla de mayoría, que sólo vale para la agenda política del resto de cuestiones”<sup>1</sup>. Nuestra Constitución ya ha previsto cómo un Estado Constitucional debe responder “excepcionalmente” (mediante la declaración del Estado de Emergencia), ante situaciones excepcionales como son aquellas de “perturbación de la paz o del orden interno” o “que afecten la vida de la Nación”, de modo tal que dicha respuesta excepcional no puede ser extendida por el Legislador de modo ilimitado al regular la intervención de las Fuerzas Armadas, sin declarar el Estado de Emergencia, a “casos constitucionalmente justificados”.
8. Por lo expuesto, estimo que debe declararse **FUNDADA** la demanda en el extremo “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, contenido en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, también regulado en el artículo 23.d del aludido decreto y expulsarlos del ordenamiento jurídico.

<sup>1</sup> MORESO, José Juan. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. 2ª Ed. Lima, Palestra, 2014, p.144.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### **Análisis de la fundamentación de los artículos 3.f, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo 1095, relativo a las reglas de empleo y uso de la fuerza**

#### ***a) Sobre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) como bloque de constitucionalidad en el ordenamiento peruano***

9. Un primer punto de partida para abordar la constitucionalidad de los dispositivos impugnados (5.1, 8.1, 9 y 13.2 del Decreto Legislativo 1095) es el análisis del extremo en el que se hace referencia a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario cuando las Fuerzas Armadas enfrentan a un grupo hostil. La aplicación de esta rama del derecho, permitirá determinar si en un conflicto armado hubo o no una correcta aplicación del DIH; si se han producido violaciones de derechos fundamentales de los civiles o de quienes han dejado de participar en las hostilidades de un conflicto armado u otras víctimas potenciales protegidas por el DIH; si las partes del conflicto han incumplido con las obligaciones que esta rama les impone.
10. El DIH, en específico, tiene por objeto *la protección de las personas que no participan o que han dejado de participar de hostilidades en el marco de un conflicto armado a los enfermos y heridos y a los prisioneros y las personas civiles, y definir los derechos y las obligaciones de las partes en un conflicto en relación con la conducción de las hostilidades.*<sup>2</sup> En líneas generales, el DIH pretende *disminuir las hostilidades, minimiza sus efectos sobre la población civil y sus bienes y busca un trato humanitario para los combatientes, heridos o prisioneros.*<sup>3</sup>
11. Ahora bien, el DIH impone obligaciones a las partes en los conflictos armados, como el deber de cumplir sus reglas y el de hacer que se respeten los límites del enfrentamiento (es decir, las conductas no permitidas en el marco de un conflicto). En ese sentido, el incumplimiento del DIH por parte de uno de los adversarios no habilita al otro a no tomar en cuenta las reglas y principios de dicha disciplina jurídica, ya que esta tiene naturaleza de carácter no sinalagmático.
12. Sin embargo, los demandantes han alegado que la aplicación del DIH involucra el desconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y de la vinculatoriedad de los tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe precisarse que dicha perspectiva pierde de vista que la aplicación del DIH comparte principios y converge con el fin último del Estado Constitucional y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que tiene por objeto la protección de los derechos de las personas humanas.

<sup>2</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/overview-war-and-law.htm>, revisado el 10 de agosto de 2015.

<sup>3</sup> COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. Informe 1996. Capítulo II, volumen II, párrafo 36. Citado por SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima: IDEHPUCP-CICR, 2012, p. 28.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que las normas humanitarias aplicables a los conflictos armados, internos o internacionales, son complementarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>4</sup> y en todo caso dicho tribunal puede interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de conformidad con el DIH:

De acuerdo a las consideraciones anteriores la Corte reitera que, si bien la Convención Americana sólo le ha atribuido competencia para determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones o de las normas de los Estados con la propia Convención y no con las disposiciones de otros tratados o normas consuetudinarias, en el ejercicio de dicho examen puede, como lo ha hecho en otros casos (*supra* párr. 22), interpretar a la luz de otros tratados las obligaciones y los derechos contenidos en la misma Convención. (...).<sup>5</sup>

14. Igualmente, en el caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, la CIDH ha establecido los alcances del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Así, el tribunal interamericano ha concluido que dicho dispositivo debe interpretarse a la luz del DIH, en específico para determinar cuándo es que se ha generado o no una privación arbitraria del derecho a la vida en el marco de conflicto armado:

[...] la Corte nota que el derecho internacional humanitario no desplaza la aplicabilidad del artículo 4 de la Convención, sino que nutre la interpretación de la cláusula convencional que prohíbe la privación arbitraria de la vida en razón de que los hechos sucedieron en el marco de un conflicto armado y con ocasión del mismo.

[...] Por lo tanto, dado que la Convención Americana no define en forma expresa el alcance que debe otorgarle la Corte al concepto de arbitrariedad que cualifica una privación de la vida como contraria a dicho tratado en situaciones de conflicto armado, es pertinente recurrir al *corpus iuris* de derecho internacional humanitario aplicable (*supra* párr. 270) a fin de determinar el alcance de las obligaciones estatales en lo que concierne al respeto y garantía del derecho a la vida en esas situaciones.<sup>6</sup>

15. Esta es la posición que se ha adoptado en el ordenamiento peruano, ya que en la sentencia recaída en el Expediente 02798-2004-HC/TC ha señalado que los

<sup>4</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párrafo 112.

<sup>5</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrafo 24.

<sup>6</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párrafos 272-273.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales ratificados por el Perú no necesitan validación formal alguna, y son aplicables en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad, es decir, no requieren de la incorporación de las normas de DIH a través de una ley nacional, toda vez que el artículo 55 de la Constitución indica que los tratados ratificados por el Perú forman parte del ordenamiento jurídico.<sup>7</sup> De otro lado, el fallo recaído en el Expediente 0002-2008-PI/TC ha señalado que los principios de proporcionalidad, necesidad, legitimidad y humanidad aplicables en contextos de uso de la fuerza deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario ratificados por el Perú, según el artículo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución.<sup>8</sup>

16. En consecuencia, el DIH y las normas relativas a la protección de los derechos fundamentales y/o humanos se guían por las reglas de la complementariedad; por ello, no debe perderse de vista que el objeto de dicha rama del derecho, al igual que el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es tutelar a los individuos en el marco de un conflicto armado. Ahora bien, la implementación del DIH en el ordenamiento peruano en contextos en los que se origina un conflicto armado involucra que este sea aplicable y exigible tanto a miembros de las Fuerzas Armadas como a los miembros de los grupos armados, es decir, las partes deben cumplir y hacer cumplir el DIH.

17. Sin embargo, el hecho de que los miembros de un grupo armado tengan la obligación de hacer cumplir el DIH, no significa que estos tengan el estatus de combatiente o que los civiles que han participado directamente de las hostilidades gocen de inmunidad frente a los actos o ataques cometidos contra el adversario. En efecto, se debe resaltar que en un conflicto armado no internacional las personas que pertenecen a los grupos armados no gozan del estatus de combatiente ni de ningún estatuto especial. Por su parte, los civiles que participan directamente en las hostilidades tampoco son protegidos por el principio de distinción (entre civiles y las partes en conflicto). En ambos casos, los miembros del grupo armado o los civiles que participan directamente en las hostilidades pueden ser sometidos a juicio penal interno si han participado en las hostilidades.<sup>9</sup>

18. No debe perderse de vista que la aplicación de DIH no deroga ni modifica la ley penal del Estado donde se llevan a cabo las hostilidades entre los adversarios. En efecto, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra señala que no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto; igualmente, el inciso 1 del artículo 3 del Protocolo Adicional II establece que no podrá invocarse

<sup>7</sup> Pero ello no quita que las normas de DIH, aunque vinculantes, no precisen de implementación, dada su naturaleza no ejecutiva. SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Óp. Cit, p. 42.

<sup>8</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 0002-2008-PI/TC, FJ. 2.

<sup>9</sup> *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo.* En: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm>, revisado el 07 de agosto de 2015.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

disposición alguna de dicho Protocolo con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley.

19. En ese sentido, el artículo 9 del Decreto Legislativo 1095 se articula con tales reglas del DIH, pues establece que la aplicación de tal disciplina no surte efectos *sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto*. De ese modo, *un grupo armado organizado no puede pretender sustraerse del ejercicio regular de la justicia invocando el estatuto de beligerante, ni sus integrantes invocando el estatuto de prisionero de guerra.*<sup>10</sup>

20. A mayor abundamiento, se debe resaltar que el hecho de que el DIH sea aplicable en los conflictos armados que involucran a los grupos terroristas no significa que el Estado no pueda legítimamente velar por el orden interno y su permanencia a través de mecanismos de orden penal. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

[...] en el Derecho de los conflictos armados (o en el Derecho de los derechos humanos) el que algo no esté prohibido no significa que esté permitido, resulta necesario trazar una línea entre el control de la actividad criminal y terrorista, que se rige por el Derecho interno del Estado concernido, y la función de plasmar límites a la violencia, propia del DIH.

Y es que si bien es cierto que la violencia contra personas y destrucción de la propiedad son inherentes al conflicto, el DIH ni otorga una *carta blanca* a las partes para recurrir a cualquier forma concebible de violencia (como, por ejemplo, *aterrorizar* a la población civil), ni pretende sustraer la competencia estatal de preservar el orden al interior de un Estado.

Por ello, si la situación equivale a un CANI, se aplican las disposiciones normativas nacionales y también el Derecho internacional humanitario [...].<sup>11</sup>

21. Asimismo, la incorporación del DIH en el ordenamiento nacional impone la aplicación de diversos principios, entre los que se encuentran: el de distinción entre civiles y los individuos que pertenecen a las partes en conflicto, ya que aquel es piedra angular de esta disciplina jurídica; el principio de proporcionalidad en el ataque a fin de evitar muertos y heridos entre la población civil; el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra; la prohibición de los actos de terrorismo; la protección de bienes culturales; los medios de guerra admitidos y prohibidos (por ejemplo, los que causan daños superfluos), entre otros principios y reglas que se encuentran consagrados en los Convenios de Ginebra, los Protocolos Adicionales y las normas consuetudinarias, toda vez que el DIH tiene un origen

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ PASTOR, Juan. «La Persecución Penal de las Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario». En MACEDO, Francisco (Coord.). *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2007, p. 67.

<sup>11</sup> SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Óp. Cit.*, p. 146.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

basado en la costumbre como norma jurídica.<sup>12</sup> Algunos de estos principios han sido recogidos en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1095, pero a su vez estos se complementan con las normas que se derivan de las fuentes del derecho internacional antes mencionadas.

22. Una mención relativa a los actos de terrorismo se hace necesaria, pues el DIH establece de manera expresa la prohibición de medidas o actos que configuran como tal. Así, el Convenio de Ginebra IV (artículo 33) señala que “están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo”; y en el Protocolo adicional II (artículo 4) se indica de manera expresa que “están prohibidos los actos de terrorismo contra las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas”. Por ello, los actos de terrorismo deberán ser condenados de conformidad con la legislación penal sobre la materia, en la justicia ordinaria, ya que se trata de un ilícito prohibido en épocas de paz y de conflicto armado.

23. Igualmente, el Decreto Legislativo 1095 incorpora los principios de humanidad y necesidad militar (art.7), ya que ambos influyen toda la estructura normativa del DIH. La incorporación de estos criterios en el Decreto Legislativo 1095 permite hacer expresos el tipo y grado de fuerza admisibles en los ataques contra objetivos militares legítimos. Así, de acuerdo con el artículo 7 que recoge las normas y principios del DIH, el grado y tipo de fuerza permitidos en un ataque o una hostilidad solo deben ser los necesarios para lograr el objetivo legítimo del conflicto. Asimismo, desde la perspectiva del principio de humanidad, se prohíbe causar sufrimientos y destrucción que no sean necesarios para el logro de tal objetivo, lo que se encuentra en plena concordancia con el DIH.

24. En suma, los argumentos expuestos desvirtúan los alegatos de los demandantes, que señalan que la aplicación del DIH involucra la suspensión de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, el contenido de los artículos 5.1, 8.1, 7, 9 y 13.2 del Decreto Legislativo 1095, se debe interpretar de acuerdo con los principios rectores del DIH que es el marco normativo especial en aquellas situaciones de conflicto armado interno generado por acciones de un grupo hostil en zonas declaradas en estado de emergencia.

### ***b) Sobre el concepto de Conflicto Armado No Internacional***

25. Como paso previo al análisis del concepto de grupo hostil, la sentencia desarrolla los conceptos de conflicto armado internacional y conflicto armado interno, para lo cual toma como sustento las normas del Derecho Internacional Humanitario. En relación con el concepto de conflicto armado no internacional o conflicto armado interno, la

<sup>12</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen 1. Normas, Buenos Aires, 2007, pp. XXIX y ss.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sentencia explica la definición del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra; de ese modo, plantea algunos principios o reglas generales que de alguna manera engloban los desarrollos normativos, pero también jurisprudenciales respecto del concepto de conflicto armado no internacional.

26. Al respecto, se debe señalar que el artículo 3 común no contiene una definición específica del concepto de conflicto armado, pero a nivel jurisprudencial se han construido definiciones sobre la materia. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se estableció que un conflicto armado como una situación en la que haya una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos en el territorio de un Estado.<sup>13</sup>

27. Igualmente, el Protocolo Adicional II, se aplica a los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados; los grupos deben tener un mando responsable; deben poder ejercer control territorial; deben poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y deben estar en capacidad de aplicar el Protocolo II. En concreto, se debe señalar que el Protocolo II no se aplica a los casos de conflictos que involucran únicamente a los grupos armados organizados.

28. Ahora bien, tanto el Protocolo Adicional II como el artículo 3 común son aplicables a cada uno de los supuestos que encajan dentro de su estructura, es decir, el Protocolo Adicional II desarrolla y completa lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pero no modifica las condiciones de aplicación de este último. La diferencia entre ambos tipos de regulación se basa en la intensidad del conflicto, aparentemente el conflicto que se define en el Protocolo II se refiere a uno de mayor intensidad en comparación con el que desarrolla el artículo 3 común el cual solo hace referencia a la existencia de un conflicto armado no internacional.

29. En líneas generales, se podría afirmar que el conflicto armado no internacional (CANI), es aquel en el que se llevan a cabo *“enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y fuerzas armadas disidentes, entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima”*.<sup>14</sup>

30. Un elemento que también debe desarrollarse es el relativo al concepto de intensidad. Al respecto, se ha señalado que este es un criterio fáctico que determina en cada

<sup>13</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*. Case No. IT-94-1-T, 1997.

<sup>14</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?* Documento de opinión, marzo de 2008.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

caso en concreto cuando se ha alcanzado el umbral de violencia que da lugar a un CANI. Algunos aspectos que permiten definir cuando es que ha alcanzado el umbral de violencia de un conflicto armado son los que se refieren *al número de enfrentamientos y la duración e intensidad de cada uno de ellos, el tipo de armas y de otros material militar utilizado, el número y el calibre de las municiones utilizadas, el número de personas y los tipos de fuerzas que participan en los enfrentamientos, el número de bajas, la extensión de la destrucción material y el número de civiles que huyen de las zonas de combate.*<sup>15</sup>

31. Ahora bien, el concepto relativo al CANI es un presupuesto para la aplicación del DIH. Es decir, el artículo 5.1 del Decreto Legislativo 1095 se aplicará en el caso en que se hubiese configurado un conflicto armado interno, de lo contrario el propio artículo 5, en los numerales 2 y 3, indica que las Fuerzas Armadas se guiarán por las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo en situaciones relativas a los disturbios o tensiones (ambos casos son distintos a los de un CANI). En el mismo sentido, el artículo 8.1 de dicho decreto tiene como presupuesto la configuración de un conflicto armado no internacional y deberá interpretarse en función de dicho criterio, en vistas de la constitucionalidad de su aplicación.

### *c) Sobre el concepto de grupo hostil*

32. En la sentencia de fondo, el artículo 3.f y el artículo 5.1 del Decreto Legislativo 1095 que hacen referencia al concepto de grupo hostil han sido reinterpretados a la luz del concepto "grupo armado organizado" que encuentra su desarrollo a nivel del DIH y de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Por ello, la constitucionalidad de dichos dispositivos se resuelve a través de la incorporación de los criterios que se han desarrollado en el ámbito internacional respecto del concepto de grupo armado.

33. Al respecto, es necesario plantear las características de los grupos armados. En tal sentido, la construcción que ha hecho el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 368 respecto del concepto de grupo armado recoge los estándares derivados del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra; ello significa que este Colegiado ha realizado una interpretación de la ley conforme con el DIH, de ahí su constitucionalidad.

34. Sin embargo, debo precisar que las características planteadas en el fundamento jurídico 368, no necesariamente son concurrentes, lo que se confirma cuando en el fundamento 376 el Tribunal Constitucional establece que *"se reafirma que los*

<sup>15</sup> XXXI Conferencia Internacional del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos*, Ginebra, 2011, p. 10. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/ihl-30-international-conference-101207.htm>, revisado el 10 de agosto de 2015.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095, en el extremo que se refieren al 'grupo hostil', deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del 'grupo armado'. Así, por ejemplo, en mi opinión el Tribunal Constitucional no ha perdido de vista que el concepto de grupo armado no se define necesariamente por su capacidad de control efectivo sobre alguna parte del territorio nacional en el que un conflicto armado interno tiene lugar, sino esencialmente por su capacidad de organización, de ataque y de respuesta al adversario.

35. En particular, debe recordarse que el requisito relativo al control sobre el territorio, corresponde a la definición de conflicto armado que se deriva del Protocolo Adicional II. Sin embargo, como ya se ha afirmado, los conflictos armados no internacionales no solo se regulan por dicho tratado sino también por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Ello se confirma con el hecho de que el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce en el artículo 8.2.f que el conflicto armado no internacional tiene lugar en el territorio de un Estado Parte cuando existen ataques prolongados entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos; no obstante, no se exige que tales grupos armados ejerzan control sobre el territorio del Estado. Igualmente, ya se ha explicado que la definición a la que se refiere el Protocolo Adicional II, en realidad no restringe el concepto de conflicto armado que se deriva del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, de modo que ambos tienen un ámbito de aplicación en el ordenamiento peruano.

36. A mayor abundamiento, el conflicto entre las fuerzas armadas y los miembros de Sendero Luminoso calificó como un conflicto armado interno o no internacional, aun cuando, oficialmente, este último no tenía el control respecto de una zona geográfica del país en específico.

[...] La Comisión de la Verdad y Reconciliación considera imprescindible, para la calificación de ciertos actos como crímenes y violaciones a los derechos humanos, la aplicación concurrente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En efecto, los hechos examinados — decenas de miles de personas muertas en un contexto de violencia armada y varios otros miles de heridos o mutilados— no pueden explicarse sino por la existencia de un conflicto armado interno regido sin duda alguna por el artículo 3 común precitado.

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra —en vigor para el Perú desde el 14 de enero de 1990—, establece para su aplicación determinados requisitos (inter alia, un cierto tipo de control territorial por los insurgentes). La CVR en consecuencia, no siendo un órgano que debe resolver una tal cuestión, ha considerado que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra constituye



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el marco normativo adecuado para la determinación del núcleo inderogable de derechos vigentes durante un conflicto armado interno.<sup>16</sup>

37. Por su parte, en el proceso penal relativo a la masacre de Lucanamarca, la Sala Penal Nacional ha establecido que el conflicto entre las Fuerzas Armadas y Sendero Luminoso se regía por las reglas del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, y no por las reglas de Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. En concreto, señaló:

[...] no sería de aplicación al tipo de conflicto armado desarrollado en el país el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, dado que no concurren todos sus presupuestos; entre ellos, la existencia de un mando responsable en Sendero Luminoso capaz de hacer cumplir el Derecho Internacional Humanitario, antes bien los integrantes de su cúpula asumieron la estrategia de no conducirse conforme al mismo y violar sistemáticamente el artículo 3º común.<sup>17</sup>

38. En ese sentido, considero que el concepto de grupo armado (al igual que los Estados que participan en un conflicto armado), en una definición mínima, debiera comprenderse como aquella entidad identificable que pretende alcanzar fines por medios violentos, que posee una fuerza militar organizada<sup>18</sup> y que además ejerce control y autoridad sobre sus miembros.<sup>19</sup> En consecuencia, debo reiterar, que el requisito del control sobre un territorio no es exigible, es decir, no debe ser concurrente junto con los otros criterios planteados en el fundamento 368.

39. Por ello, la conceptualización del grupo hostil se define tanto por las reglas del artículo 3 común como por las que se derivan del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, sin que la segunda norma soslaye a la primera.

40. Dicha interpretación necesariamente tendrá un efecto en la calificación de los futuros o presentes conflictos armados que enfrenta el país. En efecto, cabría señalar que el conflicto armado en la zona del VRAE, es uno de naturaleza no internacional que reúne dos condiciones: la intensidad de las hostilidades y la existencia de un grupo armado organizado en conflicto con las fuerzas armadas del país.<sup>20</sup> Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha señalado que las reglas relativas a la organización de una de las partes en conflicto y a su capacidad para realizar operaciones concertadas deben tenerse en cuenta para interpretar el concepto de

<sup>16</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, Tomo I, *La dimensión jurídica de los hechos*, Lima, 2003, p. 205.

<sup>17</sup> SALA PENAL NACIONAL. Expediente acumulado N° 560-03, Caso Lucanamarca.

<sup>18</sup> KLEFFNER, Jann. «La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados». En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 82, 2011, p. 9.

<sup>19</sup> Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. *Caso Baškoski & Tarčulovski*, IT-04-82.

<sup>20</sup> No debe perderse de vista que la zona del VRAE se encuentra en Estado de Emergencia de manera permanente, debido a la renovación periódica de la declaratoria de estado de excepción por el Presidente de la República.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

grupo hostil que se recoge en el Decreto Legislativo 1095, a fin de aplicar las reglas del DIH relativas a los conflictos armados no internacionales. Así, dicho órgano ha señalado que el DIH se aplica en casos de conflictos armados internos, ya que "(...) se trata de que el Estado enfrente el nivel máximo de agresión violenta interna, como sería el caso, por ejemplo, de los grupos narcoterroristas que actúan en la zona de los Valles del Río Apurímac y Ene (VRAE)".<sup>21</sup>

41. En líneas generales, el concepto de grupo hostil que se ha previsto en el artículo 3, literal f del Decreto Legislativo 1095, define a los requisitos de la organización y la capacidad de enfrentar al Estado como elementos propios del concepto del grupo hostil, lo que significa que en dicho extremo, el dispositivo en mención se articula con la noción de grupo armado derivada del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pero también debe interpretarse de conformidad con el Protocolo Adicional II. Sin embargo, a fin de salvar su constitucionalidad, el mencionado artículo también debe interpretarse a la luz de los otros elementos o requisitos que el DIH ha construido respecto del concepto de grupo armado.

### *d) Sobre los miembros del grupo hostil y los colaboradores*

42. El artículo 3.f define al grupo hostil como el grupo de individuos que entre otras características, (...) participan en las hostilidades o **colaboran en su realización**. Al respecto, considero que dicho extremo del artículo bajo análisis debe interpretarse a la luz del principio de distinción que es determinante para otorgar protección a los civiles contra los ataques directos de las partes en combate; pero también desde los supuestos que legitiman las acciones de combate en contra de aquellos civiles que no siendo miembros de un grupo armado participan directamente en las hostilidades.<sup>22</sup>

43. En principio, en el aparatado del artículo 3, literal f que viene siendo objeto de comentario debe distinguirse entre los siguientes sujetos: i) miembros del grupo hostil, ii) civiles que no siendo parte del grupo hostil participan directamente de las hostilidades, y iii) aquellos que colaboran o participan indirectamente a favor del grupo hostil. Esta diferenciación se realiza sobre la base del principio de distinción antes mencionado; ahora bien, la pertenencia de un individuo a las dos primeras categorías involucra que se conviertan en blancos legítimos. De hecho un civil que participa (colabora) directamente de las hostilidades pierde la protección que reciben los civiles por el DIH en el marco de un conflicto armado, de modo que no se

<sup>21</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 156, Violencia en los conflictos sociales*, Lima, 2012, p. 82.

<sup>22</sup> De acuerdo con el Comité de la Cruz Roja Internacional, la noción de participación directa en las hostilidades se refiere a los actos ejecutados por personas como parte de la conducción de hostilidades entre las partes en conflicto, participan directamente de las hostilidades los miembros de un grupo armado, de las fuerzas armadas, o los propios civiles.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

encuentra protegido contra los ataques directos del adversario durante las hostilidades en las que toma parte. Por su parte, aquellos que encajan dentro del tercer supuesto no pierden la condición de civiles y por ende están protegidos contra los ataques directos.

44. Respecto de la pertenencia de un individuo a un grupo armado (grupo hostil en la terminología del Decreto Legislativo 1095) se puede señalar que ello se define sobre la base del principio de «función continua de combate». Este último concepto se refiere a la labor o cargo constante en el tiempo que asume cada miembro del grupo, lo cual se corresponden con la tarea que todo el conjunto ejerce de forma colectiva, es decir, la acción de conducir hostilidades en nombre de una parte no estatal en conflicto.<sup>23</sup>

45. A su vez, la «función continua de combate» involucra que el miembro del grupo armado tenga una participación duradera en el marco de un conflicto armado, es decir, que participe en la propia preparación y, realización de actos u operaciones de hostilidad. Asimismo, debe indicarse que la «función continua de combate» se configura incluso antes de que se cometa un acto hostil o un ataque de manera efectiva,<sup>24</sup> por ejemplo, ello ocurre en el caso de las personas que han sido reclutadas, entrenadas y equipadas para participar en las hostilidades.

46. Ahora bien, los miembros de los grupos armados podrán ser un objetivo militar legítimo del adversario (las fuerzas armadas, de conformidad con el D.L. 1095) siempre que se mantengan ejerciendo una «función continua de combate». En el caso que cesen su participación directa en las hostilidades, se les debe aplicar las reglas de protección que otorga el DIH a los civiles y a las personas que se encuentran fuera de combate. En específico, entonces, perderán la protección contra los ataques directos que brinda el DIH mientras ostenten la calidad de miembros de un grupo armado.

47. Por otro lado, en el fundamento jurídico 369, este Tribunal ha definido la participación directa en las hostilidades de los miembros de los grupos armados a partir de criterios que en realidad son aplicables para la determinación de los supuestos en los que un civil participa de modo directo en los ataques contra el adversario y deja de ser protegido contra tales ataques (no para los miembros de los grupos armados): i) la existencia de un umbral de daño; ii) la causalidad directa del acto y el daño generado; y, iii) el nexa beligerante. Es decir, se aplican criterios que son ajenos o inadecuados para definir la función continua de combate.

48. Por ello, considero que la aplicación de dichos principios en realidad es inadecuada para definir la forma en que los grupos armados actúan o ejercen sus actos contra el

<sup>23</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, Ginebra, 2010, p. 33.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 34.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

adversario. No obstante, desde mi punto de vista, estos sí son útiles para desarrollar la segunda de las categorías expuestas (participación directa de los civiles). En la medida que los efectos de esta sentencia son vinculantes pues tiene carácter *erga omnes*, tales estándares deben reconducirse y convertirse en criterios destinados a fortalecer el principio de distinción entre los civiles —a quienes se les protege de las hostilidades— de aquellos otros civiles que participando directamente pierden tal protección y se convierten en blancos legítimos del adversario.

49. Respecto los civiles que participan directamente de las hostilidades, conviene ejemplificar algunos de los supuestos que implicarían la pérdida de la condición de civil. Por ejemplo, en relación con el criterio de causalidad directa, se puede señalar que la conducción de un camión que transporta armamento para entregarlo a un individuo en combate, durante el desarrollo de un acto de hostilidad en específico, involucra la pérdida de protección contra los ataques directos. En el mismo sentido, sobre el nexo beligerante, se puede indicar que si se bloquea una carretera para retardar la llegada de una de las partes en conflicto (fuerzas armadas) y **facilitar la retirada de un grupo armado**, también se pierde la protección de los civiles contra los ataques directos.

50. Por otro lado, se debe establecer que la pérdida de protección de los civiles contra los ataques del adversario solo ocurre en función de cada acto que califique como participación directa en las hostilidades y únicamente tiene lugar cuando hay un nexo o causalidad directa. Asimismo, cabe señalar que aquellos civiles que participan en el conflicto como “escudos humanos” no pierden la protección que el DIH les brinda.

51. El tercer supuesto de la clasificación se refiere a la participación indirecta. Estos sujetos, como ya se mencionó, no pierden el estatus de civiles y deben ser protegidos contra los ataques directos de los adversarios. En concreto, algunos ejemplos de participación indirecta son los casos relativos a los reclutadores, ya que la preparación para el combate no involucra una acción de ataque directa contra el adversario (salvo que se trate de la preparación para un acto hostil en específico); los que realizan propaganda a favor de un grupo armado; los que llevan a cabo el transporte de armas o municiones, siempre que ello no sea parte de una operación militar específica; los que brindan financian o suministran víveres para una de las partes en conflicto.

52. En todo caso, en relación con el tercero de los supuestos que se han comentado, el artículo 3.f debe interpretarse en el sentido que aquellos colaboradores que participan indirectamente en las hostilidades son protegidos por el DIH de los ataques directos contra civiles. Ello no obsta a que eventualmente el Estado tenga la potestad de sancionar penalmente a los colaboradores indirectos, sin embargo, de acuerdo con el DIH, se encuentran protegidos por el principio de distinción.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

53. Por lo tanto, estimo que deben precisarse los fundamentos 353 al 376, sobre el control de constitucionalidad de los artículos 3.f, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo 1095, en el sentido expuesto en los párrafos precedentes, específicamente en que tales artículos deberán interpretarse de conformidad con los estándares internacionales relativos al concepto de CANI, grupo armado organizado y el principio de distinción como piedra angular del DIH. En consecuencia, existiendo tan solo una falta de coincidencia sobre los fundamentos y no respecto del respectivo fallo, considero que debe declararse **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se cuestiona tales artículos.

S.

**LEDESMA NARVAEZ**

**Lo que certifico:**

-----  
**OSCAR DÍAZ MUÑOZ**  
Secretario Relator  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0022-2011-PI/TC  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con la sentencia en mayoría en tanto confirma la constitucionalidad del artículo único de la Ley N.º 29548, de diversos artículos del Decreto Legislativo N.º 1094 y del Decreto Legislativo N.º 1095, y dispone un sentido interpretativo para los artículos 3º, inciso f, 4º, inciso 3, 5º, inciso 1, y 23º del Decreto Legislativo N.º 1095. Sin embargo, discrepo de ella en cuanto declara inconstitucionales o dispone un sentido interpretativo para las demás disposiciones normativas impugnadas en el presente proceso de inconstitucionalidad.

#### Correcta interpretación del artículo 173º de la Constitución

La sentencia en mayoría, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, propone una lectura del artículo 173º de la Constitución, de la función militar y del concepto de delito de función, que en mi opinión resultan erradas. La citada norma establece lo siguiente:

④ “Artículo 173.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. (...).”

Dicho artículo dispone, pues, la existencia de un fuero militar que tiene por función juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en caso estos cometan un delito de función, conforme a las disposiciones de un Código de Justicia Militar. Asimismo, establece una diferencia entre los civiles, por un lado, y los policías y militares, por el otro.

Para entender adecuadamente esta norma, sin embargo, es necesario leerla conjuntamente con los artículos 38º, 163º, 165º, 166º, 169º y 175º de la Constitución, que establecen lo siguiente:

“Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.”

“Artículo 163.- El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.  
La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.”



“Artículo 165.- Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.”

“Artículo 166.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.”

“Artículo 169.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional”.

“Artículo 175.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización. (...)”

De lo anterior se deduce que existe un deber general de todos —civiles, militares o policías— de respetar, cumplir y defender la Constitución y el orden jurídico, y participar en la defensa nacional, de acuerdo a ley. Sin embargo, dicho deber está sujeto a un estándar de cumplimiento más alto —y contiene deberes especiales— en el caso de los integrantes de los militares y policías, tal y como se demostrará a continuación:

- (i) Los artículos que regulan a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encuentran enmarcados en el capítulo de la Constitución dedicado a la seguridad y defensa nacional. Ello se debe a que los militares y policías son los agentes a través de los cuales el Estado ejerce su monopolio del uso legítimo de la fuerza en el territorio nacional, con las limitaciones impuestas por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales sobre la materia. Los civiles no pueden hacer uso de la fuerza, salvo en legítima defensa; tanto así que en caso de conflicto se les considera no combatientes.
- (ii) Los militares y policías forman parte de una estructura jerárquica cuyo buen funcionamiento —es decir, su capacidad para cumplir eficazmente los fines que le han sido encomendados— depende del mantenimiento del orden y la disciplina entre sus efectivos.



- (iii) Para cumplir sus fines, los militares y policías reciben un entrenamiento especial del que carecen los civiles. Este elemento es crucial para determinar el grado de participación de militares y policías en la defensa y seguridad nacionales, en comparación a los civiles. A estos últimos no se les puede exigir que realicen las mismas funciones que a los militares y policías.
- (iv) Por ello, existe la diferenciación establecida en el artículo 173º, referente a que los civiles no pueden ser juzgados de acuerdo con el Código de Justicia Militar Policial, pues éste contiene disposiciones inaplicables por su naturaleza a los civiles, como podría ser el delito de cobardía regulado en el artículo 110º del mismo. La existencia de este delito muestra la diferencia de deberes entre un militar o policía y un civil, pues éste no se encuentra obligado a enfrentar al adversario en combate, mientras que para aquellos constituye un delito no hacerlo.
- (v) Que los militares y policías puedan asumir mayores riesgos no solo se deriva de su mayor entrenamiento y disciplina sino también del armamento superior con el que cuentan, ya que, conforme lo establece el artículo 175º de la Constitución, solo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra, las cuales son propiedad del Estado. Por mandato constitucional los civiles están prohibidos de tenerlas o usarlas.
- (vi) Es por esta razón que militares y policías se encuentran sometidos a un Código de Justicia especial, para que sean juzgados de acuerdo con un estándar superior de conducta y subordinación al orden constitucional que el de los civiles. De ahí que el artículo 169º de la Constitución recalque que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Esta afirmación no es genérica para toda la población, sino específica para dichas instituciones por la naturaleza e importancia de sus funciones, pues al ser el elemento armado del Estado se quiere enfatizar esta subordinación.

Por ello, es innegable que la actividad de las Fuerzas Armadas y de la Policía se desarrolla de manera muy distinta a la forma en la que los civiles acatan su deber de lealtad y defensa del ordenamiento jurídico. Ello refleja la perspectiva de la Constitución, que distingue los deberes generales de lealtad al ordenamiento jurídico y de defensa nacional, previstos en los artículos 38º y 163º, de las misiones específicamente encargadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional en sus artículos 165º y 166º.

Es razonable, pues, requerir que policías y militares acaten estándares de comportamiento más exigentes que los que se demanda a los civiles. Una conducta permiti-



da a un civil bien puede ser prohibida a un militar o policía en ejercicio de sus funciones. Asimismo, un acto ilícito que atente contra bienes jurídicos castrenses podrá afectar en mayor grado el orden constitucional, la seguridad y la defensa nacionales, si es realizado por un militar o policía en ejercicio de sus funciones.

Todo ello permite comprender porqué el artículo 173º de la Constitución exige que los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones se juzguen en aplicación de las disposiciones contenidas en un Código de Justicia especial y no a través de las normas del Código Penal, las cuales resultan aplicables para determinar la responsabilidad penal de las personas en todos los demás casos.

### **Constitucionalidad de las disposiciones del Código Penal Militar Policial**

La sentencia en mayoría considera que el Código Penal Militar Policial debe reprimir las conductas que comprometan de forma directa y exclusiva bienes jurídicos relativos al funcionamiento de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, con exclusión de aquellas conductas que de manera concurrente afectan otros bienes jurídicos de relevancia constitucional.

Dicha lectura es incorrecta dado que los delitos de función no son exclusivamente aquellos que afectan orgánicamente a las instituciones citadas líneas arriba. Conforme a lo expuesto *supra*, los integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional deben adecuar su comportamiento a estándares de conducta particularmente exigentes. De ahí que puedan considerarse delitos de función: (i) los actos permitidos para la generalidad de las personas, pero prohibidos para los policías y militares en ejercicio de sus funciones; y, (ii) los actos prohibidos para todos, pero que suponen un reproche jurídico más intenso, si son llevados a cabo por efectivos militares o policiales en ejercicio de sus funciones.

Así, dado que policías y militares tienen un deber de defender el ordenamiento constitucional más intenso que los demás ciudadanos, está justificado que un hecho ilícito reciba un tratamiento jurídico diferenciado cuando es cometido por un integrante de esas instituciones en el ejercicio de sus funciones. A modo de ejemplo, si bien nadie debe rebelarse contra el orden constitucional, resulta más grave la rebelión de los encargados de defenderlo mediante el uso de la fuerza. Son justamente los militares y policías los encargados de combatir y reprimir a los rebeldes.

La sentencia en mayoría insiste en considerar que militares y policías tienen un deber de fidelidad frente al ordenamiento constitucional equivalente en intensidad y manifestaciones al de los demás ciudadanos. Por esa razón, concluye que los delitos de función son exclusivamente aquellos que comprometen bienes jurídicos de titularidad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0022-2011-PI/TC  
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

castrense, omitiendo considerar que algunas conductas pueden estar prohibidas para todos, pero ser más reprochables si las cometen militares y policías en el ejercicio de sus funciones.

Es válido y constitucional, pues, que existan tipos penales similares en el Código Penal y el Código Penal Militar Policial, con consecuencias reguladas en atención al diferente grado en el cumplimiento del deber de defensa del orden constitucional que tienen los militares y policías.

Por último, considero que resultan erradas las interpretaciones realizadas en la sentencia de los artículos XIV, incisos d. y e., del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1094, así como del artículo 27º del Decreto Legislativo N.º 1095, en tanto vinculan la misma con el concepto de delito de función presentado en la misma.

Por consiguiente, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda en el extremo en que cuestiona la constitucionalidad de los tipos penales contenidos en los artículos 60º (rebelión), 62º (sedición), 68º (conspiración), 81º (devastación), 82º (saqueo), 83º (confiscación arbitraria), 84º (confiscación sin formalidades), 85º (exacción), 86º (contribuciones ilegales), 87º (abolición de derecho), 88º (afectación de personas protegidas), 89º (lesiones fuera de combate), 90º (confinación ilegal), 93º (medios prohibidos en las hostilidades), 97º (daños graves al medio ambiente), y 131º (excesos en el mando – tipo imprudente) del Decreto Legislativo N.º 1094; y el artículo 27º del Decreto Legislativo N.º 1095.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**Lo que certifico:**

OSCAR DIAZ MUÑOZ  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL