

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARA LA CONSTITUCIONALIDAD DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Carlos Enrique MESA AGOSTO*

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Importancia de la justicia militar.- 3. Cuestionamientos a la justicia militar.- 4. Defensa del Fuero Militar Policial. A. Defensa en el ámbito internacional. B. Defensa en el ámbito nacional.- 5. Nombramiento y destitución de los magistrados militares.- 6. La condición de oficiales en actividad de los magistrados militares.- 7. Necesidad de la experiencia y vivencia militar para ser magistrado de la jurisdicción militar.- 8. La Fiscalía del Fuero Militar Policial.- 9. Conclusiones finales.

RESEÑA: En el presente artículo, el Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial analiza la sentencia N° 0001-2009-AI/TC del Tribunal Constitucional que confirma la constitucionalidad de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial – Ley N° 29182.

1. Introducción

La justicia militar ha sido consagrada históricamente en las Constituciones peruanas. Así, por ejemplo, en el artículo 121° de la Constitución de 1823 se estableció que “todas las leyes anteriores a esta Constitución, [...] quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal [y] militar”.

La Constitución de 1834 tiene especial relevancia por sus alcances sobre la justicia mili-

tar, pues en ella se estableció por primera vez, en su artículo 110°, que: “habrá [...] un Consejo Supremo de Guerra, compuesto por vocales y un fiscal nombrados por el Congreso.”

En la Constitución de 1933 se estableció, en su artículo 229°, que “la ley determinará la organización y las atribuciones de los tribunales militares”.

La Constitución de 1979, en su artículo 233°, señaló que: “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar.”

Del mismo modo, en su artículo 282° precisó que: los miembros de las fuerzas armadas y de las fuerzas policiales, en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de justicia militar.

La Constitución de 1993, como veremos a continuación, ha tratado la justicia militar en términos semejantes a los de su predecesora.

Varios son los aspectos que podemos resaltar de las Constituciones analizadas, no obstante los principales son la meridiana claridad

* Contralmirante (r) AP. Presidente del Fuero Militar Policial del Perú. Ha sido Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar. Auditor General del Consejo Supremo de Justicia Militar. Fiscal General del Consejo Supremo de Justicia Militar. Asesor del Despacho Ministerial de Defensa. Asesor del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Procurador Público del Ministerio de Defensa y Procurador Público de la Marina de Guerra del Perú, entre otros destacados cargos.

con que los constituyentes se expresaron sobre la existencia del Fuero Militar, como una jurisdicción de excepción, especializada, independiente y con un estatuto y principios propios.

2. *Importancia de la justicia militar*

El Fuero Militar Policial es independiente del Poder Judicial (como institución) por mandato expreso del artículo 139° de la Norma Fundamental, el cual señala que *"no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral"*:

CONSTITUCIÓN

Artículo 139°.- son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, *con excepción de la militar y la arbitral.* [...]

El marco competencial de la justicia militar se encuentra ubicado en el artículo 173° de la Constitución, dentro del Capítulo XII referido a la Seguridad y Defensa Nacional, teniendo como finalidad exclusiva la administración de justicia penal militar policial, cuando los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional incurran en delitos de función.

El fin de la justicia militar es preservar el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional, para que éstas cumplan cabalmente con las funciones que la Constitución y la Ley les han asignado.

Como sabemos, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente, tienen la

trascendental función de garantizar la defensa de la patria, la independencia y la soberanía de la República, la integridad territorial de nuestro país y la preservación de su orden interno, tal como se desprende de los artículos 165° y 166° de la Constitución:

CONSTITUCIÓN

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.

La interrogante que surge al respecto es: ¿Cómo se asegura que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplan cabalmente con sus funciones de defensa y seguridad de la patria? La respuesta es clara: con la justicia militar.

En efecto, el fin de la justicia militar es velar por la disciplina, la eficiencia y la moral de los militares y policías en el cumplimiento de sus funciones.

La seguridad y el bienestar de los peruanos dependen considerablemente de la voluntad y la disposición de una fuerza de hombres y mujeres para la defensa contra las amenazas a la seguridad de la Nación. Para mantener a las fuerzas militares y policiales en un estado

de preparación, éstas deben estar en condiciones de hacer cumplir la disciplina interna de manera eficaz y eficiente.

Por ello, las infracciones de la disciplina deben ser tratadas con rapidez y, con frecuencia, castigadas con mayor severidad en el caso de un militar que en el de un civil que participa en dichas conductas.

Sin justicia militar las fuerzas del orden no pueden cumplir la función para la que fueron creadas.

Para que las fuerzas del orden funcionen con eficacia y eficiencia, debe haber: i) pronta obediencia a todas las órdenes legítimas de los superiores; ii) preocupación, apoyo y acción concertada con sus compañeros; y, iii) reverencia y orgullo por las tradiciones del servicio.

Todos los militares y policías emprenden una capacitación rigurosa para ajustarse a sí mismos, física y mentalmente, para el cumplimiento de la función que han elegido, la cual debe ser cumplida con rígida observancia de la disciplina en razón de la alta responsabilidad que ella conlleva.

Muchos delitos que son punibles con arreglo al derecho penal común, asumen una connotación mucho más grave como delito de función militar, y como tal merecen un castigo más severo. Ejemplos de este tipo hay muchos, como el robo perpetrado por un oficial a la institución castrense. Esta conducta es más censurable que el robo común, ya que desvirtúa la esencia del espíritu de cuerpo, el respeto mutuo, la confianza en los compañeros y las exigencias del estilo de vida castrense.

Otro ejemplo de la diferencia entre la justicia penal común y la justicia penal militar, es el derecho de huelga. Para los civiles, la huelga es el derecho de todo ciudadano a negarse a trabajar. En cambio, para un soldado, la huel-

ga constituye un motín, un delito muy grave, que en algunos casos es punible hasta con la muerte, pues menoscaba la disciplina y en ocasiones puede equivaler a la rebelión (imagínense a un soldado que en plena guerra se rehúsa a combatir al enemigo).

De manera similar, un ciudadano podrá dejar su empleo en cualquier momento y la única responsabilidad en que podrá incurrir es por incumplimiento de contrato. En contraste, un soldado que deja de servir a su institución incurre en el delito de desertión, pues el deber de defender la patria no se instituye en un mero contrato, sino en un compromiso de por vida.

El objetivo principal de los militares en tiempo de paz es prepararse para la guerra, para apoyar las políticas del gobierno civil. La organización militar para alcanzar este objetivo exige, como ningún otro sistema, el más alto nivel de disciplina capaz de funcionar en las más adversas condiciones.

En este contexto, es responsabilidad de la jurisdicción militar velar, con equidad y justicia, que las fuerzas armadas y la policía nacional cumplan con valor y disciplina las funciones que la constitución les ha encomendado respecto a la defensa y seguridad de la República.

Bien señalan la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional que la sanción de los delitos de función, en la jurisdicción militar, es vital para mantener la seguridad del estado y el orden constitucional:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

"[...] la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las

fuerzas armadas [...] y est[á] encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares.” (énfasis nuestro) (Caso Lori Berenson vs. Perú, ff 141 y 142)

El Tribunal Constitucional

“Este colegiado así considera que dados los fines constitucionalmente encomendados a las fuerzas armadas, a saber: garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la república, de acuerdo a lo expresado en el párrafo precedente, no resulta irrazonable que aquellos delitos de función que terminen incidiendo en la seguridad del estado, el orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses, puedan ser consideradas por el legislador como conductas cuya gravedad no admite la concesión de determinados beneficios.” (énfasis nuestro)

(Expediente n° 00454-2006-HC/TC, fj 3)

Por lo expuesto hasta aquí, el fortalecimiento de la justicia militar constituye una necesidad urgente para el país. Al respecto, se debe tener presente que el Perú se ha caracterizado por tener un clima de violencia e inseguridad, el cual se agravó en los últimos 20 años por la lacra del terrorismo y, en la actualidad, por las convulsiones sociales internas, por el narcoterrorismo y por la carrera armamentista que se ha emprendido en la Región Sudamericana.

A lo largo de mi trayectoria en la justicia militar peruana, me he desempeñado tanto en el ámbito jurisdiccional, así como en el fiscal y en el de asesoramiento jurídico. En la actualidad, ocupo la Presidencia del Tribunal Supremo Militar Policial y anteriormente he ocupado los cargos de Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, Fiscal General y Auditor General.

En base a esta experiencia, estoy convencido que los militares y policías deben ser juzgados en la jurisdicción militar cuando incurran en la comisión de un delito relacionado al ejercicio de sus funciones.

Al respecto, el Tribunal Supremo del Canadá y la Corte Constitucional de Colombia señalan enfáticamente que el sistema punitivo de la jurisdicción militar es incompatible con el de la jurisdicción ordinaria, debido a que las reglas de comportamiento de los militares son extrañas a la vida civil. Por ello, el recurso a los tribunales ordinarios es inadecuado para servir a las necesidades particulares de la disciplina militar:

Tribunal Supremo de Canadá

“Una fuerza principal del actual sistema judicial militar descansa en el empleo de oficiales militares entrenados, que son también oficiales jurídicos, para situarlos en las cortes marciales en funciones judiciales. Si esta conexión fuera cortada, [...], la ventaja de independencia del juez que así podría ser alcanzada sería más que compensada por la desventaja de la pérdida eventual del juez del conocimiento militar y la experiencia que hoy le ayuda a cumplir sus responsabilidades con eficacia. Ni las fuerzas ni el acusado se beneficiarían de tal separación.” (énfasis nuestro) (Caso Michel Génèreux contra la Reina)

Corte Constitucional de Colombia

“[Ahora] hay que tener en cuenta que una de las razones por las cuales se estableció una jurisdicción penal especial conformada por miembros de la Fuerza Pública, es la de que además del criterio jurídico que exigen las decisiones judiciales, esos jueces y magistrados

tengan conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada, de suyo complejas y que justifican evidentemente la especificidad de esa justicia.” (énfasis nuestro) (Expediente C-473/99)

Esto no significa impunidad, sino la necesidad de un juzgamiento especializado pues las condiciones y los imperativos de la vida militar difieren por naturaleza de los de la vida civil. Los magistrados militares tienen conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada, de suyo complejas y que justifican evidentemente la existencia de la justicia militar como jurisdicción independiente.

3. *Cuestionamientos a la justicia militar*

El 27 de diciembre del año pasado, asumí la Presidencia del Tribunal Supremo Militar Policial con el compromiso de luchar por la subsistencia y fortalecimiento del Fuero Militar.

En los últimos años, el Fuero Militar Policial ha estado al borde de su eliminación, debido a las maniobras, en el ámbito nacional e internacional, de diversas ONGS de inclinación antimilitaristas, cuyo objetivo final no es sólo desaparecer a la justicia militar sino también a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Salvar el fuero militar policial es uno de los retos más difíciles que he asumido.

En efecto, cuando asumí la Presidencia de esta jurisdicción el panorama era totalmente adverso:

- El Tribunal Constitucional había dictado 9 sentencias de inconstitucionalidad contra la justicia militar;

- La ONG Instituto de Defensa Legal (IDL) había denunciado al Fuero Militar por tercera vez ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH);
- El Decano del Colegio de Abogados de Lima (CAL) anunciaba su demanda de inconstitucionalidad contra la nueva Ley del Fuero Militar Policial (Ley N° 29182); y
- Por último, diversos medios de comunicación optaron por una línea editorial detractora de la justicia militar y de mi persona.

Como se puede apreciar, peleamos en un terreno que nos era totalmente adverso.

4. *Defensa del fuero militar policial*

A- Ámbito Internacional

En el ámbito internacional, el 24 de marzo de 2009, acudí a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, para defender la situación actual de la justicia militar policial.

En aquella ocasión, desvirtuamos todas las denuncias y argumentos erróneos que esgrimió la ONG IDL contra el Fuero Militar.

Nuestros argumentos jurídicos fueron acogidos con beneplácito por los miembros de dicha Comisión; tanto así que los Comisionados Florentín Meléndez y Paolo Carozza, este último ex Presidente y Relator para el Perú, mostraron públicamente su apoyo al Fuero Militar.

El Comisionado Meléndez reconoció que la justicia militar peruana es un ejemplo para todo Latinoamérica. Por su parte, el Comisio-

nado Carozza puso en evidente duda el argumento del IDL en torno a que el nombramiento de los magistrados del Fuero Militar Policial deba ser efectuado necesariamente por el Consejo Nacional de la Magistratura.⁴⁶⁰

Las expresiones de estos comisionados demuestran de forma clara que la Comisión IDH apoya plenamente al Fuero Militar y que no comparte la postura antimilitarista del IDL y de otras ONGS vinculadas.

En octubre de 2010, estuvimos presentes nuevamente en Washington para defender al Fuero Militar Policial del Perú en la audiencia temática realizada por la Comisión Interamericana de Derechos.

En esta ocasión, la ONG Instituto de Defensa Legal cuestionó el nuevo Código Penal Militar Policial.

Al respecto, me complace afirmar que nuevamente nuestros argumentos fueron bien acogidos por la referida Comisión. Por esta razón, en su informe final de sesiones, la Comisión IDH hizo caso omiso a la petición planteada en nuestra contra.

En marzo de este año acudimos otra vez a la Comisión IDH, por una nueva denuncia del Instituto de Defensa Legal. Nuevamente, en su informe final de sesiones, la Comisión IDH hizo caso omiso a la petición del IDL.

B- Ambito Nacional

En el ámbito nacional, como mencionamos, se dictaron 9 sentencias de inconstitucionalidad que limitaron drásticamente la justicia militar peruana, afectándose con ello

el accionar de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, toda vez que se las colocó en una situación de total desprotección jurídica.

Muestra de aquello es la sentencia del expediente N° 0012-2006-PI/TC, donde la Decana del Colegio de Abogados de Lima impugnó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 961 – Código de Justicia Penal Militar. En esta sentencia se declaró inconstitucional casi la totalidad de los delitos de función tipificados en dicho Código, con el argumento de que estos delitos tutelaban bienes jurídicos que ya estaban protegidos por el Código Penal común.

Por ejemplo, se señaló que el delito de robo de armas de las FF.AA por parte de un efectivo militar, no constituía un delito de función sino un delito común, pues se afectaba el bien jurídico patrimonio.

Nosotros no compartimos esta opinión, pues es obvio que dicho robo de armas afecta indudablemente la operatividad de las fuerzas armadas, ya que es inconcebible que estas instituciones puedan cumplir con su labor de defensa de la patria si es que no cuentan con el armamento necesario para ello, toda vez que el mismo ha sido robado.

Este es uno de los tantos ejemplos que rubrican la drástica limitación que se ha hecho a la justicia militar.

A pocos días de que fuera promulgada la vigente Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Ley N° 29182, ésta fue inmediatamente demandada por el Decano Colegio de Abogados de Lima, ante el Tribunal Constitucional.

En la demanda, el CAL y la Defensoría del Pueblo (como *amicus curiae*) cuestionaron los siguientes puntos:

⁴⁶⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 134^o Período Ordinario de Sesiones. Audiencia realizado el 24 de marzo del 2009.

- II. El sistema de nombramiento de los magistrados del Fuero Militar Policial.
- III. La condición de oficiales en actividad de los magistrados del Fuero Militar Policial.
- IV. La existencia de una Fiscalía Militar Policial.
- V. Los magistrados militares carecen *per se* de independencia e imparcialidad.

El 25 de diciembre de 2009 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano*, la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró infundado todos los extremos de la demanda del Colegio de Abogados de Lima, confirmándose así la constitucionalidad de la Ley N° 29182. En dicha sentencia se señaló lo siguiente:

- I. El Poder Ejecutivo sí puede nombrar a los Magistrados del Fuero Militar Policial.
- II. Los magistrados del Fuero Militar Policial sí pueden ser militares o policías en situación de actividad.
- III. Los magistrados del Fuero Militar Policial sí cuentan con suficientes garantías de independencia e imparcialidad judicial.
- IV. Sí puede existir una Fiscalía del Fuero Militar Policial.
- V. Los magistrados del Fuero Militar Policial sí cuentan con suficientes garantías de independencia e imparcialidad.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional es un fallo histórico que tendrá trascendencia en la defensa y seguridad de la Nación. Ha sido un cambio de jurisprudencia sesudo y responsable, que se ajusta a la jurisprudencia y parámetros internacionales en materia de justicia militar y que sin duda alguna es la mejor pieza jurídica elaborada por este Colegiado en dicha materia.

En cuanto a su fundamentación, la sentencia del Tribunal Constitucional analiza cabalmente la Ley del Fuero Militar a la luz de la doctrina y jurisprudencia internacional en materia de justicia militar, y desvirtúa por completo todos los erróneos cuestionamientos del Colegio de Abogados de Lima (CAL) en torno a dicha Ley.

Así pues, el Tribunal Constitucional hace notar que los principales organismos supranacionales de protección de los derechos humanos admiten que los magistrados militares sean militares en actividad. Explica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cfr. *Morris contra el Reino Unido*) señala que los tribunales militares, compuestos por militares en actividad, pueden constituir tribunales independientes e imparciales y que su uso es común en Europa. Del mismo modo, utiliza la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos donde se señala que los magistrados militares pueden ser militares en actividad designados por el Poder Ejecutivo, siempre que juzguen delitos de orden militar (Cfr. *Castillo Petruzzi vs. Perú*).

Asimismo, el Tribunal Constitucional analiza las garantías de independencia e imparcialidad que la Ley del Fuero Militar otorga a los magistrados militares y concluye que: su sistema de nombramiento es en base al mérito y capacidad profesional (Arts. 10°, 13° y 23°); se prohíbe toda sujeción jerárquica que afecte sus labores (Art. VI); se garantiza la exclusividad y la inamovilidad en sus funciones (Art. V y 39°); los magistrados son Abogados (Art. V); el Fuero Militar autónomamente establece las particularidades del proceso de ascenso en grado de los magistrados (Art. 39°). Finalmente, también observa que en el Fuero Militar Policial se juzga únicamente a militares en actividad por delitos de función y que en garantía de esto la jurisdicción ordinaria es la encargada de dirimir los conflictos de competencia

entre la jurisdicción militar y la común (Arts. I, III, IV).

Sobre la existencia de una Fiscalía del Fuero Militar, el Tribunal Constitucional señala que, en concordancia con el principio de unidad de la Constitución, la Norma Fundamental (Arts. 139° y 173°) al reconocer la existencia de una jurisdicción militar entraña también la existencia de un órgano fiscal propio, pues la sanción de los delitos de función en el Fuero Militar Policial implica necesaria e indefectiblemente la etapa persecutoria o fiscal y la etapa de juzgamiento o jurisdiccional.

A continuación, explicaremos los argumentos del Tribunal Constitucional que motivaron el cambio de jurisprudencia a favor de la justicia militar:

5. *Nombramiento y destitución de los magistrados militares*

El CAL utilizó una interpretación asistemática de los artículos 150°⁴⁶¹ y 154° inciso 1)⁴⁶² de la Constitución para fundamentar que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado de nombrar a los magistrados del Fuero Militar Policial.

Esta interpretación utilizada por el CAL es contraria al Principio de Unidad de la Constitución (que pregona una interpretación sistemática de la Constitución)⁴⁶³, pues no con-

cuerda las citadas disposiciones con las demás normas constitucionales. En efecto, los artículos 150° y 154° inciso 1) de la Constitución deben ser interpretados en forma sistemática con las demás disposiciones constitucionales del mismo Capítulo al que pertenecen, tal como los incisos 2) y 3) del mismo artículo 154°, que dice:

Artículo 154°.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: [...]

2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. *Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público.* El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.

3. *Aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias.* La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable. [...] (énfasis nuestro).

Como se puede apreciar, del texto expreso de estas normas se colige indubitablemente la siguiente conclusión: El Consejo Nacional de la Magistratura únicamente es competente para ratificar y destituir a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, más no a los magistrados del Fuero Militar Policial.

En tal sentido, dado que las funciones de ratificación y destitución de magistrados están directa e ineludiblemente relacionadas con la de nombramiento de los mismos, resulta claro que ésta última función (de nombramiento) también está circunscrita únicamente a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público tal como en el caso de la ratificación y destitución. De lo contrario, arribaríamos a la absurda tesis de que el Consejo Nacional de la Magistratura tendría competencia para nomi-

⁴⁶¹ CONSTITUCIÓN "Artículo 150.- El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular. El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica." (énfasis nuestro)

⁴⁶² CONSTITUCIÓN "Artículo 154.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: 1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. [...]" (énfasis nuestro)

⁴⁶³ Fundamento jurídico 5 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

brar tanto a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público así como –supuestamente– a los magistrados del Fuero Militar Policial, pero únicamente tendría competencia para ratificar y destituir a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público pero no a los magistrados del Fuero Militar Policial.

Acorde con este razonamiento, el Tribunal Constitucional señaló que:

“89. De una interpretación sistemática del Capítulo IX de la Constitución, referido al Consejo Nacional de la Magistratura, se deduce que las atribuciones de este órgano constitucional respecto al nombramiento, ratificación y destitución de jueces y fiscales, se encuentran relacionados directamente.

90. En tal sentido, cuando el inciso 1) del artículo 154° establece que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado de “[n]ombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles”, y, a continuación, el inciso 2) dispone también como atribución de este órgano el “[r]atificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años” y aclara que “[l]os no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” [subrayado agregado], se entiende indubitadamente que la atribución del Consejo Nacional de la Magistratura respecto al nombramiento de jueces y fiscales se circunscribe a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público.”⁴⁶⁴

Siguiendo este razonamiento, el Tribunal Constitucional señaló también que el CNM no

tiene competencia para destituir a los magistrados militares, pues del inciso 3) del artículo 154° que señala que el Consejo Nacional de la Magistratura es el encargado de aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias; no cabe duda que se refiere a los Vocales, Jueces y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia la República (Poder Judicial) y del Ministerio Público más no a los magistrados militares del Fuero Militar Policial.⁴⁶⁵

Sobre el particular, el referido Colegiado constitucional concluyó que la Constitución Política del Perú no le ha otorgado competencia al Consejo Nacional de la Magistratura para nombrar ni para destituir a los magistrados del Fuero Militar Policial. Por el contrario, *la Constitución le brinda libertad al legislador para que determine el sistema de nombramiento de los magistrados militares.*

Al respecto, es importante señalar que el Tribunal Constitucional ha reconocido claramente que no es compatible con su naturaleza jurisdiccional, la evaluación de medidas legislativas bajo de criterios de conveniencia o inconveniencia, pues dicha atribución es competencia del legislador:

“[...] *la naturaleza jurisdiccional del Tribunal [Constitucional] no es compatible con la evaluación de medidas adoptadas bajo criterios de conveniencia o inconveniencia por los órganos de representación política. [...] Al legislador le corresponde optar por cualquiera de las medidas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar [...]*”.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ Fundamento jurídico 91 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

⁴⁶⁶ Fundamento jurídico 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0009-2001-AI/TC.

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

De ahí que no es posible fundamentar la supuesta inconstitucionalidad de que sea el Poder Ejecutivo el encargado de nombrar a los magistrados del Fuero Militar Policial, con el argumento de que "no es la mejor opción".

Es importante señalar que la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* ha señalado claramente que los magistrados militares pueden ser nombrados por el Poder Ejecutivo, siempre que juzguen a militares en actividad por delitos de función (lo cual se cumple plenamente en la Ley N° 29182)⁴⁶⁷:

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

"e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar."⁴⁶⁸

Al respecto, el *Tribunal Constitucional de España* señala que la independencia judicial de los jueces no se determina por su origen o forma de nombramiento, sino por el status que les otorgue la ley en el desempeño de sus funciones.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Artículos I, III y IV del Título Preliminar de la Ley N° 29182.

⁴⁶⁸ Corte IDH. Caso Castillo Petrucci vs. Perú. (énfasis nuestro)

⁴⁶⁹ Al respecto, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA señala que:

"8. [...] Desde la perspectiva del art. 24 C.E. es, pues, válida la opción de la L.O. 4/1987 que dispone que los Juzgados Togados Militares sean desempeñados por miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos (art. 54), hoy unificados en el Cuerpo Jurídico de la Defensa. El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas. Son precisamente las alegaciones expuestas en relación con dicho estatuto jurídico las que deben ser, finalmente, objeto de consideración." (énfasis nuestro) (Sentencia del Tribunal Constitucional de España recaída sobre el Expediente N° 204/1994)

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional consideró que el sistema de nombramiento y destitución de los magistrados militares, plasmado en la Ley N° 29182, es una opción legislativa que no resulta inconstitucional. (Exp. 0001-2009-AI/TC, F.J. 97)

6. La condición de oficiales en actividad de los magistrados militares

En su sentencia, el Tribunal Constitucional hace notar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos -Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU- han admitido que los magistrados militares pueden ser oficiales en actividad nombrados por el Poder Ejecutivo, y que ello no implica que carezcan de independencia e imparcialidad, ya que la ley les puede otorgar todas las garantías necesarias para asegurar ello⁴⁷⁰. Así pues, Tribunal constitucional trae a colación la siguiente cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

"43. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar la condición de oficial en actividad de los jueces de la jurisdicción militar, ha sostenido que:

⁴⁷⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala al respecto que: "59. El Tribunal observa que la práctica de utilizar tribunales proveídos en el todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigado en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia, que pone de manifiesto que un tribunal militar puede, en principio, constituir un 'tribunal independiente e imparcial' a los efectos del artículo 6 § 1 de la Convención. [...] Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para garantizar su independencia e imparcialidad." (énfasis nuestro) (Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de Morris contra el Reino Unido. Parágrafos 58 y 59.)

"59. El Tribunal observa que la práctica de utilizar tribunales proveídos en el todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia, que pone de manifiesto que un tribunal militar puede, en principio, constituir un "tribunal independiente e imparcial" a los efectos del artículo 6 § 1 de la Convención. [...] Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para garantizar su independencia e imparcialidad." [*Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de Morris contra el Reino Unido. Párr. 59.*]⁴⁷¹

En tal sentido, el Tribunal Constitucional concluye que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que los tribunales militares compuestos por oficiales en actividad pueden constituir, en principio, tribunales independientes e imparciales, y que pueden ser tolerados siempre que existan suficientes garantías para la preservación de tales principios.⁴⁷²

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional resalta lo señalado al respecto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

"39. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del análisis de la justicia militar peruana, sostuvo lo siguiente:

211. Otro aspecto consiste en que los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo [...].

212. Al respecto, la Comisión reitera que ciertas ofensas propias del servicio y la disciplina militar pueden ser juzgadas por tribunales militares [compuestos por militares] con pleno respeto de las garantías judiciales.

[...]

214. La Comisión reitera que la justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto." (Subrayado agregado) [SEGUNDO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. 2 junio 2000].

40. En similar sentido, la Comisión señaló en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú, conforme se reseña en dicha sentencia, que "a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que "ha surgido un consenso internacional, no sólo sobre la necesidad de restringir [la] en todo lo posible, sino [además de] prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia

[...]

e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar." (Énfasis agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de Fondo. Parágrafo 125.]⁴⁷³

⁴⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

⁴⁷² Fundamento jurídico 43 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

⁴⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

De la claridad de estas citas, el Tribunal Constitucional concluye que "la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admite expresamente que oficiales en actividad se desempeñen como miembros de los tribunales militares, siempre que se limiten a juzgar a militares en actividad por la comisión de delitos de función."⁴⁷⁴

Finalmente, el Tribunal Constitucional analiza las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expedido contra Perú en materia de justicia militar y resalta que:

[E]n los casos Castillo Petruzzi, Lori Berenson y Cantoral Benavides, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la imparcialidad de los jueces militares resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tienen la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos.

En el caso Durand y Ugarte vs. Perú, la Corte sostuvo que la investigación y sanción de los delitos comunes debe recaer en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.

*Por lo tanto, las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido contra el Perú en materia de justicia militar no han versado sobre el juzgamiento, en la jurisdicción militar, de militares en actividad por la comisión de delitos de función. Este órgano supranacional tampoco ha denegado la posibilidad de que oficiales en actividad se desempeñen como magistrados de la jurisdicción militar.*⁴⁷⁵ (énfasis nuestro)

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional concluye que de los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "se desprende de forma indubitable que la condición de oficial en actividad de los jueces de la jurisdicción militar, no vulnera *per se* los principios de independencia e imparcialidad judicial [pues no] se puede reputar que los militares en actividad sean en principio personas incapaces de actuar con independencia e imparcialidad."⁴⁷⁶

A efecto de profundizar en el análisis de la compatibilidad de la justicia militar peruana con la jurisprudencia de la Corte IDH, el Tribunal Constitucional analizó si la Ley N° 29182 respeta los criterios establecidos en el Caso Palamara Iribarne contra Chile:

"76. Asimismo, es importante analizar si los jueces militares policiales peruanos cuentan con las garantías de independencia e imparcialidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió a los jueces militares chilenos en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sobre el particular, la Corte señaló lo siguiente: "La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean *militares en servicio activo*; estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. *Todo ello conlleva que dichos tribu-*

⁴⁷⁴ Fundamento jurídico 41 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

⁴⁷⁵ Fundamento jurídico 37 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

⁴⁷⁶ Fundamento jurídico 44 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

nales carezcan de independencia e imparcialidad. [Énfasis agregado].

Respecto a la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones "de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas". En el mismo sentido, se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura". [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de fondo, párrafos 155 y 156.]

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró, respecto de los jueces chilenos, que éstos están subordinados a los superiores en grado, que no tienen formación jurídica que les permita ejercer su función jurisdiccional en forma adecuada, que no son nombrados por su competencia profesional o su idoneidad para desem-

peñar la función jurisdiccional, y que no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad.

77. De lo analizado en los fundamentos anteriores, se observa que los jueces militares policiales peruanos superan las observaciones hechas por la Corte respecto de los jueces militares chilenos.

Así, pues, de conformidad con la Ley N.º 29182, los jueces militares peruanos no están subordinados a los superiores en grado (artículo VI del Título Preliminar); el Tribunal Supremo Militar Policial determina el número de vacantes para el ascenso en grado de los jueces militares policiales y establece las particularidades para el procedimiento de dicho ascenso (artículo 39º). La Ley N.º 29182 exige que los magistrados de la jurisdicción militar tengan formación jurídica, es decir, tengan el título profesional de abogado (artículo V del Título Preliminar); son nombrados mediante concurso de méritos (artículos 10º y 13º); y tengan garantías suficientes de inamovilidad (artículos 29º y 39º)."⁴⁷⁷ (énfasis nuestro)

A efecto de clarificar el análisis efectuado por el referido Colegiado constitucional, a continuación ofrecemos el siguiente cuadro:

⁴⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

LEY N° 29182 CUMPLE CON CRITERIOS DE CORTE IDH

| | |
|--|--|
| CASO PALAMARA IRIBARNE CONTRA CHILE (Párrafo 125 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) | LEY N° 29182, LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL FUERO MILITAR POLICIAL. |
| Los jueces militares "están subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando" | NO ES APLICABLE AL PERÚ porque: " El artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 29182 establece expresamente que la relación entre grado militar o policial y la función jurisdiccional o fiscal en ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia ni subordinación para el ejercicio de la función. * El artículo 39° de la Ley N° 29182 establece que el propio Fuero Militar Policial propone el número de sistema de ascensos para jueces y fiscales de dicho Fuero. |
| El nombramiento de los jueces militares "no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales" | NO ES APLICABLE AL PERÚ porque los artículos 10°, 13° y 23° de la Ley N° 29182 establecen que el nombramiento de los jueces y fiscales del Fuero Militar Policial se efectúa previa evaluación curricular y concurso de méritos entre los oficiales de servicio en actividad del Cuerpo Jurídico Militar Policial quienes son abogados. |
| Los jueces militares no cuentan "con garantías suficientes de inamovilidad" | NO ES APLICABLE AL PERÚ porque el artículo 39° de la Ley N° 29182 establece la inamovilidad de los jueces y fiscales militares policiales los cuales no pueden ser cambiados discrecionalmente de sede. |
| Los jueces militares no poseen "una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales" | NO ES APLICABLE AL PERÚ porque el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29182 establece que los jueces y fiscales del Fuero Militar Policial proceden únicamente del Cuerpo Jurídico Militar Policial debiendo contar obligatoriamente con formación jurídica militar o policial. La formación jurídica se acredita con el título profesional de abogado. La formación militar policial se acredita mediante constancia emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial. |

Al respecto, es menester señalar que la Ley N° 29182 brinda un estatuto jurídico y garantías judiciales que garantizan plenamente la in-

dependencia e imparcialidad de los magistrados del Fuero Militar Policial:

GARANTÍAS DE LA LEY N° 29182

1. El sistema de nombramiento de los magistrados del fuero militar policial es en base al mérito y capacidad profesional.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ LEY N° 29182

"Artículo 10°.- *Nombramiento de Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial*

Los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena, *previa evaluación, concurso de méritos y mediante ternas*, entre los oficiales en actividad del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Son removidos por falta grave. [...]" (énfasis nuestro)

"Artículo 13°.- *Competencia y funciones administrativas*

Compete al Tribunal Supremo Militar Policial, en el ámbito de sus funciones de gobierno y administración: [...]

2. Designar a los Jueces de los Juzgados Militares Policiales y a los Vocales de los Tribunales Superiores Mi-

litares Policiales, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, *previo concurso de méritos y evaluación curricular. [...]"* (énfasis nuestro)

"Artículo 23°.- *Designación de Fiscales del Fuero Militar Policial*

Los Fiscales Supremos del Fuero Militar Policial son nombrados en la misma forma y con el mismo procedimiento a los establecidos para los Vocales Supremos del Tribunal Supremo Militar Policial.

Los Fiscales Militares Policiales de los otros niveles son designados por la Fiscalía Suprema Militar Policial, *previo concurso de méritos y evaluación curricular."* (énfasis nuestro)

Como se puede apreciar, la Ley N° 29182 garantiza, mediante sus artículos 10°, 13° y 23°, que el nombramiento de los Vocales, Jueces y Fiscales del Fuero Militar Poli-

2. Está prohibida expresamente toda sujeción jerárquica o intromisión externa que afecte las labores de los magistrados de dicho fuero.⁴⁷⁹
3. Se garantiza plenamente la exclusividad⁴⁸⁰ y la inamovilidad⁴⁸¹ en las funciones de los magistrados del Fuero Militar Policial.
4. Los magistrados del Fuero Militar Policial son profesionales capacitados, con formación jurídica (abogados) y militar o policial.⁴⁸²
5. Se establece un sistema idóneo de ascenso en el grado para los magistrados del Fuero Militar Policial, el cual no interfiere con su independencia e imparcialidad. El Fuero en forma autónoma establece las particularidades del proceso de ascenso así como las vacantes para el mismo.⁴⁸³

cial se lleve a cabo previa evaluación curricular y concurso de méritos⁴⁷⁹, es decir basándose exclusivamente en el mérito y capacidad profesional.

De esta manera, el nombramiento de los jueces y fiscales del Fuero Militar Policial está supeditado a factores de carácter estrictamente objetivos, que se basan en la meritocracia (nombramiento en atención a las capacidades profesionales y personales), legalidad (respetando las normas que regulan el proceso de nombramiento), objetividad (se evalúan aptitudes netamente relacionadas con la función a desempeñar), transparencia (mediante concurso público), igualdad (puede participar toda persona que cumpla con los requisitos establecidos), ética (observancia de los principios éticos que sustentan la función jurisdiccional), y especialidad (los magistrados cuentan necesariamente con formación militar y jurídica -tienen título profesional de abogado y deben cumplir con los cursos académicos del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar-) en aras de lograr que los magistrados y fiscales desempeñen sus funciones con idoneidad.

⁴⁷⁹ LEY N° 29182 "Artículo VI.- Grado y función La relación entre el grado militar o policial y la función jurisdiccional o fiscal, en el Fuero Militar Policial, para quienes ejercen dicha función, se sujeta a lo establecido en la presente Ley. En ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación alguna para el ejercicio de la función."

⁴⁸⁰ LEY N° 29182 "Artículo V.- Operadores del Fuero Militar Policial [...] Los magistrados que administran justicia penal militar policial y los fiscales ejercen sus funciones a dedicación exclusiva." (énfasis nuestro)

⁴⁸¹ LEY N° 29182

"Artículo 39°.- Ascenso y cambios de colocación (...) El cambio de colocación de Vocales, Jueces y Fiscales sólo se efectuará a solicitud del interesado, salvo las necesidades del servicio."

⁴⁸² LEY N° 29182

"Artículo V.- Operadores del Fuero Militar Policial Los operadores del Fuero Militar Policial, Vocales, Jueces o Fiscales de todos los niveles, así como los Relatores, Secretarios de Sala o Juzgado proceden únicamente del Cuerpo Jurídico Militar Policial, debiendo contar obligatoriamente con formación jurídica militar o policial. La formación jurídica se acredita con el título profesional de abogado. La formación militar o policial, mediante constancia

emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial." (énfasis nuestro)

⁴⁸³ LEY N° 29182 "Artículo 39°.- Ascenso y cambios de colocación El ascenso en el grado militar o policial se efectuará de acuerdo con el procedimiento establecido en las normas sobre ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, con las particularidades que serán especificadas en el reglamento que apruebe el Tribunal Supremo Militar Policial. Las vacantes serán determinadas por el Tribunal Supremo Penal Militar Policial en coordinación con las respectivas instituciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú". (énfasis nuestro)

De estas normas extraemos las siguientes conclusiones:

- i. El Fuero Militar Policial tiene potestad y autonomía para establecer criterios particulares que (aunados a los criterios generales de ascenso militar, los cuales explicaremos a continuación) definirán los ascensos en el grado militar de sus magistrados (artículo 39°).
- ii. La Ley N° 29108, Ley de Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas, establece un sistema objetivo de ascenso en el grado militar basado en la meritocracia y aptitud profesional (ver sus artículos 32° y 33°). Así pues, la nota del cuadro de aptitudes y notas para el proceso de ascenso está compuesta por la evaluación de "Aptitud Profesional" que representa el 80% de la calificación y la evaluación de "Aptitud Disciplinaria" cuyo valor es el 20% restante. La nota final de dicho cuadro representa el 97% o 98%, según el caso, de la calificación final para el ascenso, correspondiendo tan sólo el 2% o 3% restante a la calificación de la junta de selección.

Esta disposición es importante puesto que constituye un instrumento idóneo para preservar la independencia de los magistrados y fiscales del Fuero Militar Policial, toda vez que su ascenso está supeditado a factores preponderantemente objetivos (el 97% o 98% de la evaluación final) donde prima la aptitud profesional (80% de la calificación del cuadro de aptitudes y notas).

- iii. Finalmente, como colofón a lo expuesto y maximizando la preservación de la independencia de

6. Los magistrados del Fuero Militar Policial no pueden juzgar a sus superiores en grado⁴⁸⁴, así se impide toda intromisión jerárquica.
7. En el Fuero Militar Policial se juzga únicamente a militares en actividad y no a civiles ni militares retirados.⁴⁸⁵ Asimismo, en dicho fuero se juzga únicamente delitos de función y no delitos comunes ni de lesa humanidad.⁴⁸⁶ En garantía de esto, la Corte Suprema de Justicia de la República es la encargada de dirimir los conflictos de competencia entre la jurisdicción común y la jurisdicción militar.
8. El Fuero Militar Policial tiene autonomía presupuestaria.⁴⁸⁷
9. Los justiciables en el Fuero Militar Policial tienen expedito su derecho a interponer recursos constitucionales en la jurisdicción ordinaria y a recurrir a la Comisión IDH y a la Corte IDH.⁴⁸⁸

Finalmente, es importante señalar que la prohibición per se de que los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial sean magistrados del Fuero Militar Policial, propugnada por el CAL, vulnera el derecho de acceso a la función pú-

blica de estos oficiales, el cual se encuentra plasmado en el artículo 23° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 25° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, dicha prohibición

los magistrados del Fuero Militar Policial, el citado artículo 39° de la Ley N° 29182 al establecer que las vacantes para los ascensos en el Fuero Militar Policial serán determinadas por el Tribunal Supremo Militar Policial, termina por eliminar toda dependencia que pudiese surgir en razón del grado y ascenso y que pudiera interferir con la función jurisdiccional de los operadores jurídicos de dicho fuero; toda vez que es la propia máxima instancia del Fuero Militar Policial la que determina las vacantes para el ascenso en el grado militar de los magistrados de dicho Fuero, preservándose así la autonomía de esta entidad respecto a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que el ascenso en el grado de los magistrados militares no implica necesariamente una afectación a su labor jurisdiccional. (Sentencia del Tribunal Constitucional de España recaída sobre el Expediente N° 204/1994)

⁴⁸⁴ El artículo 12° de la Ley N° 29182 establece que el Tribunal Supremo Militar Policial, que está compuesto por Generales-Almirantes (máximos grados militares), es el encargado de juzgar a los Generales-Almirantes y a los Coroneles-Capitanes de Navío.

De esta manera, un Vocal Superior que es Coronel-Capitán de Navío o un Juez que es Comandante-Teniente Coronel nunca van a juzgar a un superior en grado, es decir a un General-Almirante o a un Coronel-Capitán de Navío, ya que éstos son procesados únicamente en el Tribunal Supremo del Fuero Militar Policial.

⁴⁸⁵ LEY N° 29182 "Artículo III.- Delitos de función

Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son imputables, sólo y únicamente, a militares y policías en situación de actividad." (énfasis nuestro)

"Artículo IV.- Prohibición

El Fuero Militar Policial y el Código de Justicia Militar Policial no alcanzan a ciudadanos civiles, ni en forma directa, ni indirecta, ni análoga, de conformidad con la Constitución Política del Perú, bajo responsabilidad." (énfasis nuestro)

⁴⁸⁶ LEY N° 29182 "Artículo I.- Fuero Militar Policial

El Fuero Militar Policial, previsto en el artículo 173 de la Constitución Política del Perú, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función." (énfasis nuestro)

⁴⁸⁷ LEY N° 29182 "Artículo 47°.- Régimen económico

El Fuero Militar Policial tiene autonomía económica y administrativa. Constituye un pliego presupuestario, cuyo titular es el Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial." (énfasis nuestro)

⁴⁸⁸ El artículo 46° de la Ley N° 29182 establece que "las sentencias firmes, emitidas por el Fuero Militar Policial, adquieren la autoridad de cosa juzgada para todos sus efectos, en concordancia con la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales de los que el Perú es parte".

Por ende, se asegura así que los justiciables en el Fuero Militar Policial tengan expedito su derecho para iniciar los procesos constitucionales de Hábeas Corpus o de Amparo tal como ya ha ocurrido en numerosas ocasiones, los cuales serán ventilados ante el Poder Judicial y en última instancia ante el Tribunal Constitucional, y, de ser necesario, podrían utilizar los mecanismos de protección internacional de derechos humanos y recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por tanto, toda posible violación a cualquier derecho fundamental (principalmente al debido proceso y a la libertad) que pueda darse en los procesos ante el Fuero Militar Policial es factible de ser reparada de forma idónea y eficaz.

es contraria al respeto de la dignidad humana de dichos oficiales (artículo 1° de la Constitución), pues los reputa per se como incapaces de ser independientes e imparciales.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional consideró "que no es inconstitucional que los magistrados del FMP sean oficiales en actividad provenientes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, pues al estar garantizada su independencia e imparcialidad, no se requiere privarlos de los derechos, beneficios y grados obtenidos durante el tiempo que estuvieron desempeñando funciones en el ahora denominado Cuerpo Jurídico Militar Policial."⁴⁸⁹

8. Necesidad de la experiencia y vivencia militar para ser magistrado de la jurisdicción militar

En su sentencia, el Tribunal Constitucional hace notar que el Tribunal Supremo del Canadá⁴⁹⁰ y la Corte Constitucional de Colombia⁴⁹¹ sostienen que es imprescindible que los magistrados del Fuero Militar sean militares en razón de su experiencia y vivencia militar. Asimismo, señalan que por ello la justicia ordinaria no es idónea para el juzgamiento de delitos de función militar.

A efecto de clarificar lo expuesto, veamos las siguientes jurisprudencias:

LOS MAGISTRADOS MILITARES TIENEN QUE SER NECESARIAMENTE MILITARES

CORTE SUPREMA DEL CANADÁ: "Una fuerza principal del actual sistema judicial militar descansa en el empleo de oficiales militares entrenados, que son también oficiales jurídicos, para situarlos en las cortes marciales en funciones judiciales. Si esta conexión fuera cortada, (...) la ventaja de independencia del juez que así podría ser alcanzada sería más que compensada por la desventaja de la pérdida eventual del juez del conocimiento militar y la experiencia que hoy le ayuda a cumplir sus responsabilidades con eficacia. Ni las fuerzas ni el acusado se beneficiarían de tal separación."⁴⁹²

"El objetivo de un sistema separado de tribunales militares es permitir que las Fuerzas Armadas traten con los asuntos que pertenecen directamente a la disciplina, la eficacia y la moral de los militares. (...) Las violaciones de disciplina militar deben ser tratadas rápidamente y, con frecuencia, castigadas con mayor severidad que sería en el caso de un civil que participa en tal conducta. Por consiguiente, los militares tienen su propio Código de Disciplina de Servicio que le permite satisfacer sus necesidades particulares disciplinarias. Además, han dado a tribunales de servicio especiales, más bien que los tribunales ordinarios, la jurisdicción para castigar las violaciones del Código de Disciplina de Servicio. El recurso a los tribunales ordinarios criminales, por regla general, sería inadecuado para servir las necesidades particulares disciplinarias de los militares."⁴⁹³

⁴⁸⁹ Fundamento jurídico 84 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

⁴⁹⁰ Tribunal Supremo del Canadá, caso Michel Gagnéux contra la Reina.

⁴⁹¹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente C-676/01.

⁴⁹² Tribunal Supremo del Canadá, caso Michel Gagnéux contra la Reina. (énfasis nuestro)

⁴⁹³ Tribunal Supremo del Canadá, caso Michel Gagnéux contra la Reina. (énfasis nuestro)

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: "[Abora] hay que tener en cuenta que una de las razones por las cuales se estableció una jurisdicción penal especial conformada por miembros de la Fuerza Pública, es la de que además del criterio jurídico que exigen las decisiones judiciales, esos jueces y magistrados tengan conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada, de suyo complejas y que justifican evidentemente la especificidad de esa justicia."⁴⁹⁴ La Justicia Penal Militar constituye una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria. Este tratamiento particular, que se despliega tanto a nivel sustancial como procedimental, encuentra justificación en el hecho de que las conductas ilícitas sometidas a su consideración están estrechamente vinculadas con el manejo de la fuerza; y a que los sujetos activos que incurrir en ellas están subordinados a reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil, todo lo cual marca una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria."⁴⁹⁵

Al respecto, es importante señalar que la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que el Tribunal Constitucional cita para fundamentar su fallo, es una que recayó en un proceso de inconstitucionalidad en esencia idéntico al que era materia de la litis. En dicha sentencia la Corte señaló en forma contundente que el requisito de la condición de oficial de la Fuerza Pública para acceder al cargo de magistrado militar en la Justicia Penal Militar no quebrantaba el principio de igualdad ni el derecho de acceso a la función pública ni el derecho al trabajo, ya que tal requisito es necesario para que dichos magistrados tengan conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada.⁴⁹⁶ Finalmente, la Corte Constitucio-

nal de Colombia consideró que si los civiles querían acceder a la magistratura militar, éstos

grado de respuesta a las exigencias propias de dicha responsabilidad. [...]

De los antecedentes de esta sentencia se deduce, sin mayor esfuerzo, que el requisito contenido en las normas acusadas sortea con éxito el test de igualdad, pues: i) el trato diferencial efectivamente persigue un objetivo claro, cual es el de establecer requisitos especiales para el acceso a determinados cargos dentro de la Jurisdicción Penal Militar; ii) dichos requisitos son válidos, porque persiguen un fin acorde con los principios constitucionales, que es el de garantizar que quienes ocupen los cargos de la referencia, sean individuos de comprobada preparación intelectual y moral necesaria para hacer efectivos los principios básicos de la administración de justicia (arts. 228, 229 y 230 C.P.), la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo (artículo 2° C.P.). Finalmente, iii) son proporcionales porque las funciones que se asignan a los miembros del cuerpo especializado de la Justicia Penal Militar, están en armonía con la preparación que se exige a los oficiales de la Fuerza Pública, quienes, como se dijo anteriormente, deben ostentar título de abogado. [...]

Además de lo anterior, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación", señala en su artículo 1°, numeral 2° que "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación"; de lo cual se deduce que las normas atacadas tampoco vulneran el derecho al trabajo (artículo 25 C.P.) por vía de quebrantar el derecho a la igualdad, como sostiene el demandante. [...] así como tampoco existe quebrantamiento del artículo 40 constitucional, que establece el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso a funciones y cargos públicos.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que una de las razones por las cuales se estableció una jurisdicción penal especial conformada por miembros de la Fuerza Públi-

⁴⁹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente C-473/99. (énfasis nuestro)

⁴⁹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente C-676/01. (énfasis nuestro)

⁴⁹⁶ Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia señaló lo siguiente:

"Corresponde en esta oportunidad a la Corte decidir si, tal como lo sostiene el demandante, el requisito de ostentar el grado de oficial de la Fuerza Pública para acceder al cargo de Juez de Primera Instancia en la Justicia Penal Militar, quebranta el principio de igualdad constitucional frente a quienes no tuvieren tal distinción, pese a ser intelectual y moralmente aptos para ocupar dicho cargo. [...]"

De allí que la condición de ser oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional sí sea relevante al momento de otorgar ciertas responsabilidades que correspondan con el nivel de preparación del individuo y con su

debían asimilarse al Cuerpo de Justicia Penal Militar.⁴⁹⁷

El caso colombiano resulta interesante ya que, tal como sucedió en Perú, en un inicio la Corte Constitucional de Colombia consideró que la condición de oficial del Cuerpo Jurídico Militar de los magistrados militares afectaba los principios de independencia e imparcialidad. Empero, cuando posteriormente existieron progresos en la regulación de la justicia militar colombiana dicha Corte -teniendo en consideración las circunstancias- cambió su criterio y señaló que la condición de oficial del Cuerpo Jurídico Militar de los magistrados militares ya no afectaba los principios de independencia e imparcialidad y que dicha condición -ver nota al pie *supra*- era un requisito necesario para desempeñar tal cargo.

ca, es la de que además del criterio jurídico que exigen las decisiones judiciales, esos jueces y magistrados tengan conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada, de suyo complejas y que justifican evidentemente la especificidad de esa justicia. (Sentencia C-473/99) [...] (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente N° 676/01)

⁴⁹⁷ Así pues, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que:

"En relación con este punto, resulta pertinente señalar que el artículo 73 del Decreto 1791 de 2000, permite que suboficiales y civiles interesados en formar parte del Grupo de oficiales de la Justicia Penal Militar, accedan a ella previa acreditación de su título de abogado, lo cual, contrario a lo sostenido en la demanda, amplía las posibilidades de ingreso a dicha jurisdicción.

'ARTICULO 73.- procedencia de los oficiales del cuerpo de justicia penal militar. Los oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar procederán de oficiales en actividad hasta el grado de Mayor o Capitán de Corbeta, de suboficiales y civiles que acrediten título de abogado.

'PARÁGRAFO.- Los civiles a que se refieren este artículo que a partir de la vigencia del presente Decreto soliciten incorporarse como oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar y que sean aceptados, deberán aprobar un curso de orientación militar, al término del cual serán escalafonados en el grado de Subteniente o Teniente de Corbeta, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa y cumplimiento de los requisitos generales exigidos para oficiales en ese grado. [...]

[Así] resultan beneficiados los civiles que desean acceder a alguno de los cargos disponibles en la Justicia Penal Militar [...]" (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente N° 676/01)

Tan alta es la especialización que se necesita para ser magistrado del Fuero Militar Policial del Perú, que para ser Juez o Fiscal se exige el grado de Teniente Coronel o Comandante, lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 15 años. Del mismo modo, para ser Vocal Superior o Fiscal Superior se exige el grado de Coronel o Capitán de Navío, lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 22 años. Por último, para ser Vocal Supremo o Fiscal Supremo del referido Fuero se exige el grado de General o Almirante, lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 27 años.⁴⁹⁸

Es imposible que sustituir con un simple curso o peritaje toda esta experiencia y vivencia jurídico militar o policial que los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial plasman en el desempeño de sus labores como magistrados del Fuero Militar Policial. Pues bajo ese razonamiento, cualquier persona que simplemente siga un curso o que sea asesorada por un perito, podría ser magistrado de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional, lo cual es inconcebible puesto que para ejercer estos altos cargos es necesario una basta vivencia y experiencia, así como amplios conocimientos de la materia.

En todos los países del mundo donde existe Justicia Militar, quienes juzgan a militares en actividad son militares en actividad. A manera de ejemplo, tenemos los casos de países como ESTADOS UNIDOS⁴⁹⁹, NICARAGUA⁵⁰⁰, URUGUAY⁵⁰¹, MÉXICO⁵⁰², CO-

⁴⁹⁸ De conformidad con el Artículo 7, inciso C, del Reglamento de la Ley N° 29108 - D.S. N° 011-2008-DE, concordado con el artículo 8° de la Ley N° 28539.

⁴⁹⁹ Estados Unidos: Código Uniforme de Justicia Militar, 825, Art., 25°.

⁵⁰⁰ Nicaragua: Ley Orgánica de Tribunales Militares, Artículo 35.

⁵⁰¹ Uruguay: Código Militar de Organización de los Tribunales Militares, Artículos 73° y 74°.

⁵⁰² México: Ley Orgánica de Tribunales Militares, Artículo 6°.

LOMBIA⁵⁰¹, CHILE⁵⁰², PARAGUAY⁵⁰³, VENEZUELA⁵⁰⁴ y ESPAÑA⁵⁰⁵, entre otros. En el caso del Perú, la Constitución no establece objeción alguna para que esto sea así.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional concluyó que "la previsión de dichos artículos no resulta inconstitucional, dado que el Fuero Militar Policial es una jurisdicción excepcional, resulta lógico que la experiencia y capacitación de quienes van a desarrollar labores jurisdiccionales en dicha instancia tengan competencia profesional en relación a los hechos que son materia de juzgamiento. Esta previsión en modo alguno puede considerarse atentatoria al principio-derecho a la igualdad, toda vez que no es un trato discriminatorio sino un trato diferenciado que se justifica en razón de los fines y de la especialidad de la jurisdicción militar."⁵⁰⁶

9. *La fiscalía del fuero militar policial*

La Constitución no prevé la exclusividad de la función fiscal por parte del Ministerio Público

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que el artículo 139° de la Constitución establece en forma expresa la "unidad y exclusividad de la función jurisdiccional" en el Capítulo relacionado con el Poder Judicial. De ahí que, en forma expresa se consagre del mismo modo la excepción de la independencia jurisdiccional del Fuero Militar Policial. Sin em-

bargo, —prosigue este Colegiado constitucional— la Constitución en el Capítulo relacionado con el Ministerio Público *no establece la unidad y exclusividad de la función fiscal*, por este motivo lógicamente —y a diferencia del Capítulo relacionado al Poder Judicial— tampoco ha establecido excepción alguna a favor del Fuero Militar Policial en lo referido a la función fiscal. Así pues, el Tribunal Constitucional sostiene que:

"103. Al respecto este Colegiado observa que la Norma Fundamental no prevé excepción alguna a favor de una Fiscalía anexa al FMP. No obstante, considera que a diferencia del artículo 139° de la Constitución, que establece en forma expresa la "unidad y exclusividad de la función jurisdiccional", no existe artículo constitucional que consagre la exclusividad de la función fiscal a favor del Ministerio Público, por lo que es comprensible que la Norma Fundamental no haya dispuesto una excepción a favor del FMP en lo referido a la función fiscal."⁵⁰⁷

Por tanto, el referido Colegiado constitucional concluye que legislador está constitucionalmente facultado para incluir una Fiscalía dentro del Fuero Militar Policial, toda vez que nuestra Norma Fundamental no lo prohíbe.

La Constitución contempla la existencia del Fuero Militar, donde el proceso de sanción del delito de función abarca la etapa persecutoria (fiscal) y la etapa de juzgamiento (jurisdiccional)

Cuando el artículo 173⁵⁰⁸ de la Constitución señala que los miembros de las Fuerzas

⁵⁰¹ Colombia: Constitución, Artículo 221°.

⁵⁰² Chile: Código de Justicia Militar, Artículo 48°.

⁵⁰³ Paraguay: Ley 840/80 Orgánica de los Tribunales Militares, Artículo 4°.

⁵⁰⁴ Venezuela: Código Orgánico de Justicia Militar, Artículo 32°.

⁵⁰⁵ España: Ley Orgánica 4/1987 de la Competencia y organización de la Jurisdicción Militar, Artículo 36°.

⁵⁰⁶ Fundamento jurídico 136 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

⁵⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.

⁵⁰⁸ CONSTITUCIÓN

"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." (énfasis nuestro)

Armadas y Policía Nacional están sometidos al Fuero Militar, entraña objetivamente la aplicación de un conjunto de normas especiales a estas personas, en razón de su condición de militar o policía, con el fin de sancionar los delitos que éstos cometan en el ejercicio de sus funciones:

A mayor abundamiento, es importante señalar que en la Constitución de 1933 (y en sus predecesoras) el órgano fiscal se encontraba dentro del órgano jurisdiccional⁵¹¹, por ello la excepción que esta Carta Fundamental hacía a favor de la jurisdicción militar comprendía también a los órganos fiscales⁵¹².

En la Constitución de 1979 se creó el Ministerio Público con el fin de separar el órgano fiscal del Poder Judicial. Empero, *se dejaron intactos los órganos fiscales del Fuero Militar*. Lo mismo se repitió en la Constitución de 1993.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que:

"105. El Tribunal Constitucional comparte la opinión del demandado respecto a que "cuando el artículo 173º de la Constitución señala que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional están sometidos al Fuero Militar, [este artículo] entraña objetivamente la aplicación de un conjunto de normas especiales a estas personas, en razón de su condición de militar o policía, con el fin de sancionar los delitos que éstas cometan en el ejercicio de sus funciones."

⁵¹¹ CONSTITUCIÓN DE 1933

"Artículo 222º.- Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo."

⁵¹² CONSTITUCIÓN DE 1933

"Artículo 229º.- La ley determinará la organización y las atribuciones de los tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas."

Por ello, es válido el sentido interpretativo según el cual, en virtud del fin constitucional de la jurisdicción militar, esto es preservar el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional mediante la sanción de los delitos de función, la Norma Fundamental contempla tanto la existencia de una jurisdicción como la de un órgano fiscal militar policial, en tanto que la sanción de los delitos de función implica necesariamente la etapa persecutoria (fiscal) y la etapa de juzgamiento (jurisdiccional) de estos ilícitos. Esta interpretación guarda concordancia con el principio de unidad de la Constitución, el cual exige que la interpretación de la Constitución esté orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en conjunto. [Exp. N° 1458-2006-PA/TC].

Dado que la Constitución no establece la exclusividad de la función fiscal a favor del Ministerio Público, el legislador está facultado para incluir un órgano fiscal dentro del FMP, a efectos de que ejercite la acción penal en el caso de los delitos de función, más aún cuando ello no está prohibido por la Norma Suprema."

Por esta razón, dado que el fin constitucional del Fuero Militar Policial es preservar el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional mediante la sanción de los delitos de función, el Tribunal Constitucional concluye que la Constitución contempla la existencia de una jurisdicción y de una fiscalía del Fuero Militar Policial, ya que el proceso de sanción del delito de función abarca necesariamente la etapa persecutoria (fiscal) y la etapa de juzgamiento (jurisdiccional) del mismo.

Existen excepciones al ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público en razón del bien jurídico tutelado

Si bien el inciso 5) del artículo 159º de la Constitución establece que el Ministerio Pú-

blico es competente para "[e]jercitar la acción penal de oficio o a petición de parte", existe una excepción a tal ejercicio tratándose de delitos contra el honor donde el ejercicio de la acción penal pertenece exclusivamente al agraviado³¹³. Tal excepción constitucional también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.³¹⁴

Esta excepción al ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público obedece a la especial naturaleza del bien jurídico tutelado (derecho al honor y a la buena reputación), cuya afectación se limita en estricto a la esfera personal del agraviado.

Acorde con este razonamiento jurídico, *obedeciendo también a la especial naturaleza de los bienes jurídicos tutelados en los delitos de función militar policial, resulta factible, mutatis mutandis, que por opción del legislador peruano el ejercicio de la acción penal en los delitos de función militar o policial esté encomendada a fiscales del Fuero Militar Policial.* Hacemos hincapié en que los fiscales penales militares policiales representan exclusivamente a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

En este sentido, cabe precisar que *en diversos países del mundo donde existe Fuero Militar existe también una Fiscalía adscrita a dicho Fuero.* A manera de ejemplo, en la región tenemos los casos de algunos países como:

Colombia³¹⁵, Estados Unidos³¹⁶, Reino Unido³¹⁷, Nicaragua³¹⁸, Uruguay³¹⁹, Chile³²⁰, Venezuela³²¹, entre otros.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional hace notar que la Corte Constitucional de Colombia considera que la creación de una Fiscalía adscrita al Fuero Militar beneficia a los procesados toda vez que contribuye a la garantía de imparcialidad de los funcionarios que administran esta justicia especial.³²²

Asimismo, se debe tener presente que así como la Constitución, en su artículo 158³²³, establece que los fiscales del Ministerio tienen las mismas incompatibilidades y están sujetos a los

³¹⁵ Colombia: Ley 940 de 2005, Artículo 8°.

³¹⁶ "En el Reino Unido y en Estados Unidos el Sistema es por Jurados. Sin embargo, sus Jueces y Fiscales también son militares en situación de actividad; incluso, en el Reino Unido son Oficiales de armas, como los denominamos nosotros, los que administran justicia militar." (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 1421/2006-CR, que propone la dación de la Ley Orgánica del Fuero Militar Policial)

³¹⁷ "21. Si el acusado es un miembro del ejército, el papel de fiscal es realizado por la Autoridad Fiscal del Ejército ("la autoridad fiscal"). Después de la decisión de la autoridad superior con respecto a presentar un caso a la autoridad fiscal del ejército, la autoridad fiscal tiene absoluta discreción, aplicando un criterio similar a aquellos aplicados en casos civiles. (...)" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de Morris contra el Reino Unido)

³¹⁸ Nicaragua: Ley Orgánica de Tribunales Militares, Artículos 54° y 62°.

³¹⁹ Uruguay: Código Militar de Organización de los Tribunales Militares, Artículo 89°.

³²⁰ Chile: Código de Justicia Militar, Artículo 70°-B.

³²¹ Venezuela: Código orgánico de Justicia Militar, Artículo 71°.

³²² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente N° C-361/01:

"Para la Corte, la introducción de la figura de los fiscales penales militares dentro del juicio castrense, persigue los mismos objetivos que buscan las normas transcritas, es decir, al contrario de lo que alega la demanda, contribuyen a la garantía de imparcialidad de los funcionarios que administran esta justicia especial." (énfasis nuestro)

³²³ CONSTITUCIÓN "Artículo 158°.- [...] Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría." (énfasis nuestro)

³¹³ Código Penal, artículo 138°; Código de Procedimientos Penales, artículo 209°.

³¹⁴ Sobre la legitimidad activa en el proceso de querrela, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3411-2005-PHC/TC, señala que: "[E]l proceso de querrela [...] su prosecución está reservada a la actividad del agraviado que tiene exclusiva legitimación activa por titularidad del ejercicio de la acción penal, dado que sólo a su instancia es posible incoar el proceso penal. Siendo así, el Ministerio Público no interviene como parte, bajo ninguna circunstancia, conforme lo preceptúa el artículo 209° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, el agraviado se erige en acusador privado y, por tanto, en único impulsor del procedimiento [...]"

mismos requisitos y sistema de nombramiento que sus pares del Poder Judicial, en razón de la complementariedad funcional que existe entre ambos organismos; la Ley N° 29182 hace lo mismo respecto de los fiscales militares, estableciendo que éstos deben estar sujetos a los mismos requisitos y sistema de nombramientos que sus pares jueces del Fuero Militar Policial, obedeciendo también a la complementariedad funcional que existe entre ambos.⁵²⁴

Por estas razones, para el Tribunal Constitucional "el órgano creado por la Ley N° 29182 es uno distinto al creado en el artículo 159° de la Constitución, aunque su denominación sea similar. Además, esta situación no es contraria al sistema de competencias reguladas en la Constitución, dado que el nuevo órgano creado lo ha sido dentro de la libertad otorgada al legislador ordinario."⁵²⁵

En conclusión, el Tribunal Constitucional hace notar claramente que si la Constitución prevé una excepción jurisdiccional a favor del Fuero Militar Policial en razón de la especialidad y la particularidad de los bienes jurídicos tutelados, esta excepción solo es comprensible si existe una fiscalía dentro de dicho fuero, más aún cuando la norma fundamental no lo prohíbe. La negación de una fiscalía dentro del Fuero Militar Policial, es contrario al "principio de unidad de la constitución" y atenta contra el carácter especializado de dicho fuero. Así pues, lo que se debe buscar es que dicho Fuero se organice y funcione de tal manera que se permita una relación eficiente y eficaz entre la fase acusatoria de los delitos de

función y la fase de su juzgamiento, lo cual repercute finalmente en beneficio del procesado y coadyuva a la consecución de los fines de la justicia militar policial.

10. Conclusiones finales

En el Expediente N° 0001-2009-AI/TC el Tribunal Constitucional, repetimos, sentó en forma clara que:

- i. El Poder Ejecutivo sí puede nombrar a los magistrados del Fuero Militar Policial.
- ii. Los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar Policial sí pueden desempeñarse como magistrados del Fuero Militar Policial.
- iii. La experiencia y la vivencia militar resultan indispensables para desempeñarse como magistrados del Fuero Militar Policial.
- iv. La existencia de una Fiscalía dentro del Fuero Militar Policial es necesaria e indispensable y está acorde con la Constitución.
- v. Los magistrados del Fuero Militar Policial sí cuentan con suficientes garantías de independencia e imparcialidad.

De este modo, el Tribunal Constitucional decidió, de forma responsable y madura, confirmar la constitucionalidad de la Ley N° 29182 y así reforzar la Justicia Militar y asegurar la defensa y seguridad de la República. Con su sentencia, el Tribunal Constitucional ha asegurado que las fuerzas del orden cuenten con un adecuado marco jurídico que les permita desarrollar sus funciones con la confianza y tranquilidad de que si alguna vez incurren en responsabilidad funcional, serán procesados en una jurisdicción especializada y conoedora de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias y complejas de la organización militar y policial.

⁵²⁴ LEY N° 29182 "Artículo 23°.- Designación de Fiscales del Fuero Militar Policial, Los Fiscales Supremos del Fuero Militar Policial son nombrados en la misma forma y con el mismo procedimiento a los establecidos para los Vocales Supremos del Tribunal Supremo Militar Policial.

Los Fiscales Militares Policiales de los otros niveles son designados por la Fiscalía Suprema Militar Policial, previo concurso de méritos y evaluación curricular."

⁵²⁵ Fundamento jurídico 108 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2009-AI/TC.