

EXP. N.º 3194-2004-HC/TC
LIMA
NICANOR CARREÑO CASTILLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de diciembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, García Toma y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por María Salazar Pulido de Carreño, a favor de Nicanor Carreño Castillo, contra la Resolución de vista expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, de fojas 106, su fecha 21 de junio de 2004, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 13 de abril de 2004, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza, alegando que el beneficiario de la presente demanda se encuentra detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao.

Sustenta su demanda en que se le ha juzgado dos veces por la misma causa, vulnerando las garantías del debido proceso previstas en la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, afectándose, además, la presunción de inocencia. De otro lado, afirma que a través de la Resolución N° 0076-2004 la Comandancia General del Ejército dispuso su pase a la situación de retiro por la causal de ‘medida disciplinaria’; y que, consecuentemente, debe ponerse a disposición del fuero común a fin de que asuma competencia en su calidad de civil.

b. Declaración del Titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina

Realizada la sumaria investigación se toma la declaración del titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, quien afirma que la presente acción de garantía interpuesta en su contra carece de fundamento.

Señala que el beneficiario de la misma se encuentra sometido a un proceso judicial en el fuero militar por la presunta responsabilidad en actos delictivos cometidos cuando se encontraba en situación de actividad y específicamente cubriendo guardia de servicio en

una unidad de la Marina de Guerra del Perú; y que, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y el Código de Justicia Militar, está obligado a conocer y tramitar la causa, agregando que los hechos imputados constituyen delitos de función cometidos por personal militar en actividad, aun cuando los procesados hayan pasado a la situación de retiro.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 21 de mayo del 2004, el Noveno Juzgado Penal de Lima declara improcedente la demanda, estimando que la decisión de la justicia militar se ajustó a un proceso regular, pues los delitos de función cometidos por personal militar en situación de actividad corresponden ser juzgados en el fuero militar.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 21 de junio del 2004, la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada por los mismos fundamentos.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

A. Datos Generales

◇ Supuesto daño constitucional

Este proceso constitucional de hábeas corpus fue presentado por María Salazar Pulido de Carreño, a favor de Nicanor Carreño Castillo, contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza.

El acto lesivo se habría producido con la expedición de una resolución que ordena la detención del recurrente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao, por haber sustraído galones de petróleo de los tanques de combustible del BAP Callao.

◇ Reclamación constitucional

El demandante ha alegado afectación de los derechos constitucionales a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, literal b), a la presunción de inocencia personal (artículo 2, inciso 24, literal e) y al debido proceso (artículo 139, inciso 3, titución), al principio *ne bis in ídem* (artículo 139, inciso 3,) y al juez natural (artículo 139, inciso 2,).

Se ha solicitado lo siguiente:

- El cese de la afectación de sus derechos constitucionales producida a través de un acto arbitrario.
- Su inmediata libertad.

B. Materias constitucionalmente relevantes

A lo largo de la presente sentencia, este Colegiado deberá pronunciarse sobre lo siguiente:

- Independientemente de la existencia de un proceso regular y a fin de analizar la supuesta afectación al debido proceso, ¿la sanción disciplinaria impuesta es consecuente con la sanción judicial militar? Para responder tal interrogante debe analizarse:
 - ¿Cómo se llega a configurar una afectación a la presunción de inocencia?
 - ¿Cuál es el sentido del *ne bis in ídem* constitucional?
- ¿Existe un proceso penal militar dentro de los cánones constitucionales? En tal sentido:
 - ¿Cuál es la naturaleza del delito de función en el marco de la justicia militar como parte de un proceso regular?
 - ¿Cómo se configura su ámbito subjetivo?
 - ¿De qué manera debe entenderse el ámbito objetivo del delito de función castrense?
- ¿Es razonable el mandato de detención?

IV. FUNDAMENTOS

1. El pronunciamiento sobre el fondo

Pese a que en el Poder Judicial este proceso ha concluido en el ámbito de la improcedencia, es necesario que este Colegiado fije algunos criterios sobre la base del petitorio de la demanda; más aún si se considera pertinente analizar algunas cuestiones fácticas para poder resolver sobre la existencia o no de un proceso regular.

El proceso constitucional previsto por nuestro ordenamiento jurídico como adecuado para la tutela de la libertad frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad física por mandato judicial es el hábeas corpus reparador, que busca reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho¹.

Por tal razón, se debe analizar en sede constitucional si es arbitraria la resolución emitida contra el favorecido:

¹ Artículo 1 de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

“SE RESUELVE: Dejar sin efecto la resolución de este Despacho Judicial de fecha trece de enero del año dos mil cuatro el mismo que corre a fojas setenta y seis de autos en el extremo en que resuelve que el inculcado Oficial de Mar Tercero Maniobrista Nicanor CARREÑO Castillo continúe en libertad, por la de Detención Provisional, la misma que cumplirá en el Centro de Reclusión Naval”².

En esa medida, el Tribunal Constitucional es competente para conocer sobre la razonabilidad de una limitación de la libertad, en la medida en que el juez constitucional cumple una función tutelar de la libertad, bajo el canon de interpretación constitucional del *in dubio pro libertate*, que únicamente puede ser restringido en atención a una detención preliminar en sede judicial, siempre que sea de carácter subsidiaria, provisional y proporcional.

2. Los límites a la aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional

Antes de seguir avanzando en el desarrollo de la presente sentencia, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004,

“las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

De lo que se observa en el presente caso, es de preferencia la utilización de la Ley 23506 por ser el Código Procesal Constitucional más gravoso para la persona, al incluir nuevos supuestos que afectarían los derechos fundamentales cuya protección se pretende, sobre todo en referencia al tipo de resolución judicial que puede ser recurrida, según lo establece el artículo 4 del Código Procesal Constitucional:

“El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

Como en el presente caso no existe resolución judicial firme, es de preferencia, como ya se señaló, la Ley 23506.

A. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO Y PROCESO JUDICIAL MILITAR

3. La relación entre dos tipos de procesos

El proceso, en el término amplio, es toda fórmula de solución de controversia que tienen dos partes en contraposición. Cuando el órgano competente para resolver es de naturaleza judicial, se denomina proceso propiamente, y es básicamente el que está expuesto a lo largo de la Constitución. Pero, cuando es otro órgano el que

² Resolución del titular del Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de Marina, presentada por el demandado [f. 44 del expediente].

decide, se denomina procedimiento, siendo de aplicación las normas procesales constitucionales, según la naturaleza de su actividad.

En este marco, debe entenderse el proceso judicial militar para resolver sobre la base de un delito de función, y el procedimiento administrativo interno que actúa sobre cánones de conducta para los miembros de una determinada institución. Sobre el tema, es interesante analizar las relaciones entre estos dos tipos de proceso para analizar el caso materia de análisis en sede constitucional.

§1. *Ne bis in ídem*

4. Según la demandante, afectación al principio *ne bis in ídem*

Tomando en cuenta que se le ha sancionado en sede administrativa y que está siendo juzgado por la justicia militar, la demandante alega que

“al haberse sancionado dos veces por la misma causa en un acto abusivo, el demandado ha vulnerado el principio Non Bis in Ídem que resulta un elemento inmanente al debido proceso formal”³.

5. El *ne bis in ídem* constitucional

Como bien señala la demandante, el principio *ne bis in ídem* fluye del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución), pero es a partir del derecho a la certeza judicial⁴ y de los instrumentos internacionales⁵ cuando asume su verdadero sentido en el ámbito jurisdiccional.

Según el fundamento 19 de la Sentencia del Expediente 2050-2002-AA/TC, que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito incluye, aparte de una dimensión material sancionadora, una dimensión eminentemente procesal, según la cual

“se garantiza que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’; es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”.

³ Fundamento de hecho 1 de la demanda (f. 2 del Expediente).

⁴ Expresada constitucionalmente como motivación de las resoluciones [artículo 139, inciso 5], y relacionada con la prohibición de revivir procesos fenecidos [artículo 139, inciso 13].

⁵ Son dos las normas básicas. De un lado, “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país” [artículo 14 punto 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos].

En segundo término, “el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” [artículo 8 punto 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

Sin embargo, una afirmación de este tipo debe ser entendida en su verdadera dimensión: como parte del fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 2868-2004-AA/TC, Caso José Antonio Álvarez Rojas, si no le relaciona con

“la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

De ahí que se considerase que ‘el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido’”.

6. El procedimiento administrativo y el *ne bis in idem* con el proceso judicial

De lo expresado en las líneas anteriores, debe quedar en claro si se está en un supuesto en el cual se ha sancionado a la persona favorecida con el presente hábeas corpus con una sanción administrativa y está siendo juzgada por el mismo hecho por un delito de función castrense.

Si bien existe una competencia de la justicia militar para los delitos de función, de acuerdo con el artículo 173 de la Constitución, esta se encuentra restringida a analizar la responsabilidad penal de una persona sujeta a la competencia del órgano juzgador. Sobre la base de un análisis personal en la comisión de un delito, se le puede sancionar según la tipología previamente establecida, tal como sucede con la justicia militar en el presente caso.

De otro lado, se ha reconocido expresamente, en el artículo 168 de la Constitución, que

“las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”,

lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad.

Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú⁶, se sancionará por faltas graves

“independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito por la ley”.

⁶ Ahora prescrito como Decreto Supremo 019-2004-DE-SG, en Texto Único Ordenado.

Esta diferencia de naturalezas entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos⁷. Además, ya el Tribunal ha señalado en una demanda de inconstitucionalidad (Sentencia del Expediente 0023-2003-AA/TC, fundamento 87.b) que

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

Por tanto, no ha existido afectación al principio *ne bis in ídem* en el presente proceso, pues la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado.

7. Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal

Sobre el tema, se debe decir que la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativa es una sola.

Pero cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculcado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal.

§2. La presunción de inocencia

8. Según la demandante, vulneración de la presunción de inocencia

Configurando un delito de abuso de autoridad, para la accionante, el juez militar ha afectado la presunción de inocencia

“pues no habiéndose declarado judicialmente su responsabilidad penal mediante resolución judicial, se tomó la presunta comisión de dichos ilícitos penales como determinante para disponerse la sanción de pase a la situación de retiro de operado”⁸.

9. El sentido constitucional de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es a la vez un principio y un derecho fundamental, previsto en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, según el cual

⁷ Se sanciona al favorecido “sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar” [Punto Resolutivo 3 de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 7 del Expediente)].

⁸ Fundamento de hecho 4 de la demanda (f. 2 del expediente).

“toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”⁹.

De la mano con el derecho a la contradicción correcta y transparente se encuentra el cumplimiento real y la observancia de la presunción de inocencia. Esta presunción, nacida del principio *pro homine*, demanda del juzgador la suficiente capacidad de equidad como para no asumir la responsabilidad de los acusados antes de que se realice la investigación o el procedimiento. De esta forma, la presunción de inocencia no requiere una causalidad entre un hecho y supuesto sancionable, sino un razonamiento jurídico a través del cual se determine una culpabilidad. Con la consecuente vinculación de los poderes públicos y su aplicación inmediata, este principio adopta un carácter de observancia obligatoria.

Consecuente con ello, cabe reparar la existencia de la presunción de inocencia administrativa, según la cual se debe considerar que no se puede tener en cuenta que el funcionario o servidor público ha cometido infracción a menos que la autoridad administrativa haya determinado su responsabilidad.

10. El procedimiento disciplinario de pase a retiro

En el ámbito militar, siguiendo el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, el pase a la situación de retiro a los técnicos, suboficiales y oficiales de mar de las Fuerzas Armadas del Perú por medida disciplinaria¹⁰

“se producirá por faltas graves contra el buen servicio y/o cuando la mala conducta del personal afecte gravemente el honor y el decoro militar [...] previa recomendación de la Junta de Investigación, la que deberá oír al personal”.

Sobre esta base, y cumpliendo todos los requisitos formales, la Comandancia General de la Marina, decide

“pasar a la situación de retiro por la causal de ‘medida disciplinaria’ al Oficial de Mar 3° Man. Nicanor CARREÑO Castillo, CIP. 01923560, a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar”¹¹.

Pero, queda un punto por dilucidar. ¿Cuál es el hecho que motiva la afectación al honor y decoro militar? En la misma resolución se deja sentado que esta se fundamenta en la investigación del beneficiario, al igual que de otras personas,

⁹ Sobre este mismo tema, también artículos 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁰ La sanción por medida disciplinaria se encuentra expresada en el artículo 51 inciso f del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú.

¹¹ Punto Resolutivo 3 de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 7 del expediente).

“por estar involucrados en la sustracción de SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO (7,284) galones de petróleo Diesel-2 de los tanques de combustibles de la citada unidad”¹².

11. Pase a retiro y presunción de inocencia

Tal como constitucionalmente está prevista la presunción de inocencia, el juzgador no puede presumir la responsabilidad de una persona si es que antes no se ha demostrado y verificado sobre la base de los hechos.

Sin embargo, hay que saber diferenciar la naturaleza de las responsabilidades que pueden existir sobre la base de un mismo hecho, sin que ello venga a suponer un *ne bis in ídem*, tal como se ha venido a sostener anteriormente. En el caso concreto, si bien el hecho de la sustracción del petróleo supone una investigación judicial que se está llevando a cabo, no puede soslayarse la investigación administrativa que paralelamente tiene que realizar la propia institución con el fin de mantener la incolumidad de la propia organización.

No es que esta última se está basando en una responsabilidad no determinada para el caso de la primera, sino que el mismo hecho determina una intervención administrativa concurrente y paralela a la judicial. De lo expuesto, se desprende que no ha existido afectación alguna a la presunción de inocencia administrativa.

B. DELITO DE FUNCIÓN Y JURISDICCIÓN MILITAR

12. El *iura nóvit curia* constitucional y delito de función

Corresponde al Tribunal Constitucional conocer y aplicar el derecho pertinente, para resolver el conflicto constitucional, aun cuando este no haya sido demandado por la parte.

Por ello, pese a que no se han cuestionado aspectos básicos acerca del delito de función y la competencia de justicia militar a través de la demanda de hábeas corpus, es menester de la presente sentencia analizarlas para un mejor resolver.

Este Colegiado ya ha señalado en el fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 0905-2001-AA/TC, que el ámbito contradictorio del proceso y la congruencia de la sentencia no se ven

“afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del *iura nóvit curia* en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel”.

¹² Considerando de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 6 del expediente).

Por tanto, este Colegiado considera pertinente entrar a analizar el carácter del proceso judicial militar para ver su congruencia constitucional y analizar su conveniencia de considerarlo como ‘proceso regular’.

§1. Naturaleza del delito de función

13. La justicia militar

Recientemente, por un criterio de defensa democrática, el Tribunal Constitucional ha venido a delimitar el contenido de la justicia constitucional (Sentencias de los Expedientes 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC).

Adicionalmente, la justicia militar ha sido concebida como una extensión del poder de mando castrense y policial, aun cuando explícitamente se haya reconocido en el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar que

“los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas la Moralidad, el Orden y la Disciplina”.

No obstante, resulta fundamental que, en un sistema democrático e independientemente de la institución que juzgue a los militares, esta deberá contar con competencias y atribuciones estrictamente delimitadas y deberá estar subordinada a la vigencia del ordenamiento constitucional, expresado en el respeto de los derechos fundamentales de las personas procesadas y la garantía del orden jurídico definido para la esfera castrense. Por esta razón, el nuevo sistema de justicia militar debe contener diversos aspectos que deben desarrollarse en una clave más congruente con la Norma Fundamental.

14. La competencia de la justicia militar

En primer lugar, conviene resaltar que actualmente, como parte de los principios jurisdiccionales previstos en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución de 1993 (coincidente con artículo 233, inciso 1, de la Constitución de 1979), se ha señalado que

“no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

Entonces, la justicia militar aparece como una forma de jurisdicción distinta a la judicial con reconocimiento constitucional¹³. De este modo, tomando en consideración el fundamento 25 de la Sentencia del Expediente 0023-2003-AI/TC,

“la jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”.

No obstante, no es exacto llamar jurisdicción a la justicia militar. La jurisdicción es única para el Estado, como función que le compete en tanto división y relación entre los poderes. En el caso del tribunal militar, lo que existe es un órgano que tiene

¹³ Según la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, la justicia militar “constituye una excepción a los principios de unidad y exclusividad judicial” [fund. 126].

‘competencias’ para ejercer actos jurisdiccionales propios y distintos de los señalados para el Poder Judicial. Tomando en cuenta los principios de unidad constitucional y corrección funcional, la exclusividad de la jurisdicción recaerá en el Estado, y este podrá crear ámbitos de aplicación de ella: así, los asuntos ordinarios en el Poder Judicial, los asuntos constitucionales en el Tribunal Constitucional, o los asuntos castrenses en la justicia militar.

15. Los delitos de función castrense en la justicia militar

Constitucionalmente, se ha prescrito en el artículo 173 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 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. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

Por tal razón, el delito de función entrañará, según el fundamento 132 de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

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

Sin embargo, para considerar que un delito es de función o no, y que por lo tanto es materia de la competencia de la justicia militar, es necesario que concurren dos elementos: uno personal, referido al tipo de personas que están sujetas a su autoridad, y otro objetivo, respecto a los bienes jurídicos tutelados a través del tipo penal. Y estos temas son los que este Tribunal pasa a revisar a fin de analizar si en el caso concreto la sustracción de petróleo constituye o no un delito de función.

§2. El ámbito subjetivo del delito de función

16. Según la demandante, al ser el detenido un militar en retiro no le corresponde la justicia militar

Con toda claridad, la demandante ha argüido que

“don NICANOR CARREÑO CASTILLO está detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión más de 30 días, y es más, dicho Centro de Reclusión donde se encuentra detenido solamente es para personal militar que ha sido sentenciado por delito de traición a la patria, y delito de función, pero sigue en situación en actividad, y no para personal que se encuentre en situación de retiro, lo que se tiene, que se ha debido poner a disposición del fuero común y sea este ente que asuma competencia, sin embargo, nunca se efectuó”¹⁴.

¹⁴ Fundamento de hecho 5 de la demanda (f. 2, 3 del expediente).

17. Según el demandado, el proceso es regular

Frente a tal argumento, a la hora de brindar su declaración, el emplazado alega que la demanda carece de fundamento

“en razón [de] que el accionante se encuentra debidamente sometido a un proceso judicial [en] el fuero militar por su presunta responsabilidad en actos delictivos cometidos encontrándose en situación de actividad y específicamente cubriendo guardia de servicio en una unidad de la Marina de Guerra del Perú”.

En tal sentido, corresponde analizar cómo se configura el delito de función con respecto al ámbito subjetivo.

18. Responsabilidad personal en los delitos de función

Solamente podrán ser plausibles de proceso ante la justicia militar los militares en ejercicio de su función, es decir ‘en actividad’, tal como se encuentra considerándolo el artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso. Estos serán los únicos que se consideren ‘sujetos activos del ilícito castrense’.

La salvedad que existe hoy en día con respecto a los delitos de terrorismo y traición a la patria (artículo 173 de la Constitución) debe quedar desvirtuada. Este tema también levantó polémica jurisdiccional. Ante ello este Colegiado ha señalado, en la Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, que

“la autorización para que los tribunales militares juzguen civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural”¹⁵,

Es decir, de acuerdo con el fundamento 134-B de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, es un requisito de la configuración de un delito como de función castrense que sea cometido por un militar:

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

19. Delitos de función y retirados

Los que no ostentan la calidad de militar, en ningún supuesto pueden ser juzgados por la justicia militar, pues, como lo analiza prospectivamente el artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso

¹⁵ Por esta razón se ha venido pidiendo su modificación [Informe correspondiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Año 1996].

“el ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles”.

En esencia, como bien lo ha señalado la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci, de 1999,

“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 ese carácter”.

Por lo tanto, lógicamente no se debe incluir a los militares en situación de disponibilidad (desarrollo de este tema en el artículo 70 del Decreto Legislativo 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea) ni deberían estar incurso los que están en estado de disponibilidad. Tampoco aquellos sujetos al régimen de servicio militar, en tanto no son militares, a diferencia de lo que se prescribe en la actualidad (artículo 173 de la Constitución).

20. Los sujetos activos de los delitos de función

Según este Colegiado, como parte del fundamento 129 de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

“la justicia castrense no constituye un ‘fuero personal’ conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un ‘fuero privativo’ centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

De ello se colige que no todo ilícito penal cometido por un militar o policía se juzgará en la justicia militar, ya que si el ilícito es de ‘naturaleza’ común, el procesamiento corresponderá al Poder Judicial, independientemente de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

21. La comisión del delito en acto de servicio

Adicionalmente, según ya ha venido señalando este Colegiado, en el fundamento 134-A de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

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

En el caso concreto, cuando se realizó la supuesta sustracción del petróleo, el beneficiario de la presente acción se encontraba en ejercicio de sus funciones castrenses, y se aprovechó de su ocupación para desviar de su trabajo a quien estaba custodiando el petróleo:

“En dicho puesto de guardia se encontraba de guardia en la facción de 00:00 a 04:00 horas el Cb2 art. David QUISPE Rivas, quien fue propuesto por el OM3 Man. CARREÑO Castillo para que se vaya a dormir a cambio de que le traiga una (01) taza de café, el cual fue

aceptado por dicho tripulante, quien abandonó su puesto de guardia dejando su armamento en el portalón a cargo del OM de guardia”¹⁶.

22. La situación de retiro como consecuencia de los hechos materia de investigación

Independientemente del motivo de la separación del servicio activo de la Marina, en la actualidad el beneficiario se encuentra en situación de retiro. Sin embargo, su juzgamiento se refiere a hechos que él cometió en el momento en que se encontraba en situación de actividad, y con ocasión del servicio.

Por tal razón, es perfectamente posible que la justicia militar se avoque a causas en que los sujetos activos no estén como militares en actividad en la actualidad, es decir, en el momento en que están siendo procesados, pero que lo estuvieron en el momento de la supuesta comisión del delito.

§3. El ámbito objetivo del delito de función

23. Delitos materia de intervención de la justicia militar

Debe quedar establecido con claridad cuáles son los delitos que pueden ser materia de análisis de la justicia militar. Parece ser que el listado que presenta el Código de Justicia Militar en algunos aspectos se contradice con los delitos contemplados por el Código Penal. Se deberá someter a revisión la decisión de que la justicia militar se ejerza por razón del delito o por razón del lugar, tal como se encuentra señalado en el artículo 319 del Código de Justicia Militar.

En la actualidad, la justicia militar es competente por diversos criterios, y no todos correctos:

- formalmente, si el delito está tipificado previamente (artículo 2 del Código de Justicia Militar);
- subjetivamente, si la persona es un militar en actividad (artículo 324 del Código de Justicia Militar), tal como se analizó *supra*;
- causal, y ocasionalmente, si los hechos tienen relación con el ámbito militar;
- por el lugar de la comisión del hecho, tal como sucediera para los casos de zonas de emergencia (Ley 24150, de 1985, y Decreto Supremo 006-86-JUS, de 1986), y
- materialmente, si el delito es de función.

24. La naturaleza de los delitos de función

Lo más correcto sería reconducir todos los criterios antes enunciados hacia una nueva definición de lo que es un delito de función. Este se presenta cuando la conducta del militar o del policía en actividad pone en riesgo o atenta contra la

¹⁶ Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de ‘enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado’ y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del Expediente).

actuación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú en el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

En la práctica se ha desnaturalizado lo que se entiende por delitos de función. Por tal motivo, se sugiere hacer una revisión de los tipos penales que deberían quedar establecidos como delitos militares, en tanto estos sean ‘de función’, según el artículo 173 de la Constitución, o ‘estrictamente castrenses’, según el artículo del Artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso, es decir, realizados en tanto y en cuanto son militares o policías.

Sobre la base de esta concepción de los delitos de función, en estricta relación con los principios de legalidad y tipificación por el Código de Justicia Militar, solamente podrían ser considerados copulativamente como tales¹⁷:

- los relacionados directamente con el ámbito funcional militar o policial;
- los que afectan bienes jurídicos estrictamente castrenses, y
- los que reconocen un nexo causal entre los delitos cometidos en el ámbito castrense y la función encomendada al sujeto activo militar.

25. El bien jurídico tutelado

Constitucionalmente, en el artículo 165, las Fuerzas Armadas

“tienen por finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”.

Es decir, si existe un delito de función, este debe estar en estricta relación con las funciones antes explicadas. De esta manera, según el fundamento 134-A de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

“se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia [de la] organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses”¹⁸.

26. Denuncia por el delito de aceptación de bienes o ventajas para violar obligaciones

En el caso del beneficiario de la presente acción, este ha sido denunciado por haber sido presunto autor del delito contra el deber y dignidad de la función¹⁹, pese a que

¹⁷ Según Informe Defensorial N° 66, ¿Quién juzga qué?: Justicia militar vs. Justicia ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸ Es decir debe poseer un “carácter de interés institucionalmente vital” [fund. 133 de la misma sentencia].

¹⁹ Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de ‘enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado’ y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del Expediente).

posteriormente no se le abriera instrucción por tal delito, que según el Código de Justicia Militar se refiere a lo siguiente en su artículo 200:

“Cometen delito contra el deber y dignidad de la función los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que en ejercicio de su función o con ocasión de ella incurren en cualesquiera de las infracciones siguientes: [...].

2. Aceptar regalos, promesas o cualquier otra ventaja a sabiendas de que les son hechas con el fin de violar sus obligaciones”.

Sin embargo, ¿este tipo penal puede ser considerado como un delito de función? Como bien este Colegiado ha venido señalando, para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de ‘función’ o ‘militar’, se necesita, aparte de que el sujeto activo sea militar en actividad, que

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

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

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal”²⁰.

Tal como está previsto en el caso general, una figura como la expresada en el Código de Justicia Militar podría encajar en un tipo penal previsto para cualquier funcionario público, entre los que se puede encontrar a los militares²¹. De hecho, el bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración Pública es la protección de la correcta marcha de las entidades estatales, evitando una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a la consideración de tal investidura. De esta forma se debe analizar, entre otros, el tipo de cohecho propio (artículo 393 del Código Penal²²) que señala que

“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal [...]”.

²⁰ Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, fund. 134-A.

²¹ Para efectos penales, se consideran funcionarios o servidores públicos los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional” [artículo 425, inciso 5, del Código Penal].

²² Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 28355.

La ética pública (como contradicción a la corrupción de funcionarios) no es un bien jurídico tutelado que debe ser expresado de manera distinta en las diversas instituciones del Estado. De esta forma, el delito de aceptación de bienes o ventajas para violar obligaciones no tiene relación alguna con el rol constitucional de la actividad de las Fuerzas Armadas. La ética pública pertenece tanto a las instituciones castrenses como al resto de instituciones públicas, pues como bien señala el artículo 138 de la Constitución

“todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

27. Apertura de instrucción por delito de enajenación y pérdida de objeto y prendas militares y material del Estado

Como parte de la apertura de instrucción, el juez ha creído conveniente abrir proceso “Contra el Oficial de Mar Tercero Maniobrista Nicanor CAREÑO Castillo por delito de ‘Enajenación y Pérdida de Objeto y Prendas Militares y Material del Estado’ en agravio del Estado – Marina de Guerra del Perú”²³.

Según este delito previsto en el artículo 276 del Código de Justicia Militar, “los militares que enajenen, pignoren o pierdan armas, municiones, combustibles, lubricantes, animales destinados al servicio, aparatos o efectos de buques de guerra, aeronaves militares, medios de comunicación, prendas militares, víveres, forrajes u otros materiales, sufrirán la pena de prisión o reclusión militar, cuando su valor exceda de diez mil soles oro. Si no excediere de dicha suma se reprimirá como falta”.

Sin embargo, al igual que en el caso anterior, un tipo de estas características no tiene conexión alguna con los fines que deben cumplir las Fuerzas Armadas según la Constitución. Por ende, al igual que en el caso anterior, no pueden ser juzgados los militares por actos que son considerados como delitos comunes.

Por más que en el caso de las normas penales militares la referencia directa sean bienes jurídicos castrenses, la acción de la persona tiene de por sí un carácter particular, como puede ser cometido a través de un hurto²⁴ o una omisión de deberes funcionales²⁵.

28. La sustracción del petróleo y los delitos en sede ordinaria

Aparte de que la falta de congruencia [...] puede constituir entre el tipo penal denunciado y aquel por el que se ha abierto instrucción no tienen coherencia, que

²³ Resolución N° 001-2004, presentada por el demandado (f. 33 del expediente).

²⁴ Artículo 185 del Código Penal (“el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra”).

²⁵ Artículo 377 del Código Penal (“el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo”).

puede constituir una afectación al derecho al debido proceso de la persona (Artículo 139, inciso 3, de la Constitución), en ninguno de los dos casos, es posible que la justicia militar se considere competente para analizar actividades de los militares en actividad.

De esta manera, no podrá considerarse un proceso como regular cuando un proceso se sustente en normas constitucionalmente reprochables, como son, en el presente caso, los delitos antes mencionados. Por lo tanto, debe declararse tales normas como inaplicables al caso concreto.

Sobre la base de los hechos ocurridos en la sustracción de petróleo del barco de la Marina de Guerra, aparte de la intervención del beneficiario de la presente acción para evitar la custodia de los galones de petróleo, es importante recalcar qué es lo que el principal involucrado en el delito refiere ante las autoridades que lo investigaron:

“Asimismo refiere que este dinero fue repartido... al OM3 Man. CARREÑO Castillo, DOSCIENTOS (S/. 200,00) CON OO/100 NUEVOS SOLES, con la finalidad de que no informara los hechos”²⁶.

Por tanto, lo más conveniente es que estos procesos sean nuevamente analizados en sede ordinaria, y se declare nulo el proceso penal militar abierto en contra del favorecido.

C. MANDATO DE DETENCIÓN Y JUSTICIA MILITAR

29. Privación de libertad y mandato de detención

El hecho que sustenta la privación de la libertad del favorecido se centra en el mandato de detención emitido en su contra, tal como se pudo observar *supra*. Independientemente de las conclusiones a las que este Tribunal acaba de arribar, es necesario pronunciarse sobre este extremo.

A entender de este Colegiado, es menester analizar la racionalidad y razonabilidad del tal mandato, motivo para lo cual es necesario nuevamente recurrir al *iura nóvit curia* constitucional, por no ser este hecho un fundamento de la demanda.

30. El carácter del mandato de detención en la justicia militar

Partiendo de que, según el artículo 520 del Código de Justicia Militar, solamente podrá haber detención en caso de que

“haya suficientes datos para considerar responsable al denunciado”, se debe señalar que solamente se podrá llegar a ella si es que previamente se ha mandado comparecencia en un supuesto como el establecido en el artículo 522 del Código de Justicia Militar:

²⁶ Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de ‘enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado’ y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del expediente).

“La orden de comparecencia será dictada bajo apercibimiento de detención, la que se hará efectiva si el inculcado no concurre a la citación”.

Tras la instructiva, el juez militar debe determinar finalmente si ordena mandato de detención definitiva o simplemente comparecencia.

Este es el marco procesal en el que se ha debido resolver el caso. Sin embargo, también debe quedar claro que la discrecionalidad que el Código de Justicia Militar brinda al juez no debe ser entendida como arbitraria. Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

31. La variación del mandato de comparecencia por el de detención

En la apertura de instrucción, el juez determinó mandato de comparecencia al beneficiario de la acción²⁷.

Sin embargo, posteriormente se resuelve la variación de tal mandato por el de detención. Para fundamentarlo el juez militar señaló lo siguiente:

“VISTOS; estando la razón del Secretario curso, por la que informa que el Oficial de Mar Tercero Maniobrista no desea rendir su declaración instructiva sin la presencia de su abogado defensor de elección, asimismo tiene conocimiento que se ha resuelto dictar orden de detención definitiva contra el Técnico Tercero Electricista César ESPINOZA Miranda, en consecuencia: a efectos de cautelar la correcta administración de justicia”²⁸.

De tal manera que el juez ha debido observar la incomparecencia del inculcado a la citación, o tomando en consideración algún elemento que demande la necesidad de que el supuesto sujeto activo del delito requiera ser detenido.

Es más, el propio Código señala al respecto, en su artículo 525, que

“el auto de detención definitiva deberá ser fundada, refiriéndose de modo concreto a las piezas del expediente de las que resulte la comprobación de la existencia del delito y la presunción de ser el inculcado responsable del mismo. La falta de fundamento producirá la nulidad del auto”.

32. La proscripción de la arbitrariedad en cualquier acto de la Administración

Para este Colegiado, no puede consentirse que la decisión que se tome, menos aún de un juez, esté sustentada en un libre criterio que pueda llegar a ser arbitrario. Ello porque

“desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.

²⁷ Resolución 001-2004, presentada por el demandado (f. 33 del expediente).

²⁸ Resolución del juez del Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de Marina, presentada por el demandado [f. 44 del expediente].

b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”²⁹.

Sobre la base de una norma como aquella según la cual es un principio de la función jurisdiccional, tal como lo prevé el artículo 139, inciso 5, de la Constitución,

“la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”,

no puede permitirse que el mandato de detención emitido sea contrario a las reglas judiciales de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, más aún si una norma como esta exige que la disquisición jurídica del juez sea coherente con los hechos y el derecho con respecto a lo que se está resolviendo.

Es más, según la propia Constitución, en su artículo 2, inciso 24, acápite f,

“nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez”.

Por tanto, según el fundamento 36 de la Sentencia del Expediente 0090-2004-AA, Caso Juan Carlos Calleghari Herazo, es

“una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad”.

33. Incongruencia del mandato de detención

De lo expuesto, queda claro que el mandato de detención emitido no cumple los requisitos básicos de coherencia resolutive, pues a través de él se señalan dos motivos para que sea dictado.

En primer lugar, si se ha determinado el mandato de detención de otro de los involucrados en el proceso penal, esto no tiene relación alguna con el beneficiario de esta acción. Tomando en cuenta que existe el principio de responsabilidad personal en materia penal, que se use este argumento como motivación de la detención es irracional.

De otro lado, que no se permita que se ejerza un verdadero derecho a la defensa con asesoramiento letrado es un acto contrario a la Constitución, la misma que señala en su artículo 139, inciso 14, como un derecho el

“comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

²⁹ Sentencia del Expediente 0090-2004-AA/TC, Caso Juan Carlos Calleghari Herazo, fund. 13. Además, “en ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como ‘discrecionales’, no pueden ser ‘arbitrarias’, por cuanto son sucesivamente ‘jurídicas’ y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la ‘crítica racional’” [fund. 12].

Por tales razones, se declara nulo el mandato de detención emitido, y se debe ordenar la inmediata liberación del detenido.

34. Validez constitucional de los requisitos del mandato de detención

Independientemente de lo señalado en los párrafos anteriores en los que se ha admitido el marco normativo para analizar el caso concreto, es necesario realizar un estudio de la conveniencia constitucional de los requisitos para emitir el mandato de detención.

Como se observa, el nivel de discrecionalidad con que cuenta el juez para determinar el mandato de detención en el proceso penal militar es sumamente alto. Esto motiva que se debe reconducir tal normatividad hacia parámetros más precisos de protección de los derechos a la libertad de la persona.

Por tal razón, se considera pertinente tratar de avanzar hacia un nivel como el expresado en las normas procesales ordinarias que, habiendo sido promulgadas, aún se encuentran en *vacatio legis*, pero que puede servir de marco normativo para el mandato de detención militar. Según esta norma (exactamente, artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal³⁰),

“1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad”.

De tal manera, se requiere con urgencia una norma de naturaleza similar en el proceso penal militar para que sean constitucionales sus mandatos de detención y no se mantengan los abusos en su emisión, tal como se han mostrado en el presente caso.

³⁰ Decreto Legislativo 957, que aún no se encuentra vigente.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus de autos.

Por tanto:

- 1 Ordena la inmediata libertad del detenido.
- 2 Son inaplicables al caso concreto los artículos 200 y 276 del Código de Justicia Militar.
- 3 Exhorta al Congreso a emitir las normas adecuadas respecto a la detención en un proceso militar, asimilándolas a las detenciones en los procesos ordinarios.
- 4 Dispone la remisión de los actuados al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
GARCÍA TOMA
LANDA ARROYO