



Universidad Nacional  
**Federico Villarreal**

Vicerrectorado de  
**INVESTIGACIÓN**

**ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

**“LA INSTITUCIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL MARCO  
NORMATIVO DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL”.**

**MODALIDAD PARA OPTAR EL GRADO  
DOCTORADO EN DERECHO**

**AUTOR:**

**TEODOLFO SOLANO HUAYNAPUMAS**

**ASESOR:**

**DR. URIEL ALFONSO ARAMAYO CORDERO**

**JURADO:**

**DR. CARLOS AUGUSTO HINOJOSA UCHUFEN**

**DR. WILSON O. AGUILAR DEL AGUILA**

**DR. JOSE A. JAUREGUI MONTERO**

**LIMA – PERÚ**

**2018**

**DEDICATORIA:**

**A mi recordada Madre Julia, amada esposa María Sara, adorados hijos; Miguel Elard, José Alexis y Julia Valeria por su comprensión, constante apoyo; y, por ser la razón de mi existencia.**

AGRADECIMIENTO:

**A DIOS, a la Virgen de Chapi, a la Universidad  
y a mis distinguidos catedráticos por darme la  
oportunidad de seguir progresando.**

## RESUMEN

La investigación realizada determinó identificar los artículos e incisos a derogar, modificar y agregar en el marco normativo de la Justicia Militar Policial. La población estuvo conformada por 300 Magistrados y abogados especializados del FMP, de los cuales se obtuvo una muestra de 169: 20 Jueces, 49 Fiscales Militares Policiales y 100 abogados especializados en FMP y respondió a la necesidad de elaborar el Proyecto de modificación del marco normativo de la Justicia Militar Policial.

Siendo la investigación de tipo descriptivo, explicativo con su diseño no experimental. En su ejecución se utilizó la técnica encuesta, con su instrumento cuestionario encuesta, por las características de la muestra; instrumento fue previamente sometido al proceso de validación y medición de su confiabilidad, fue aplicado a los 169 Magistrados militares policiales y abogados especializados seleccionados en la muestra; los datos acopiados fueron procesados mediante la estadística descriptiva y el uso del programa informático Excel.

Los resultados encontrados fueron que el 80% de los Magistrados militares policiales y abogados especializados manifiestan no conocer y no saber o no opinar sobre la existencia de la figura jurídica del precedente vinculante; por tanto, existe un nivel alto de *necesidad de elaborar el Proyecto de modificación del marco normativo de la Justicia Militar Policial*; concluyéndose que a la mayoría de los Magistrados militares policiales y abogados especialistas necesitan *describir la Institución del Precedente Vinculante e identificar los artículos e incisos a derogar, modificar y agregar en el marco normativo de la justicia militar policial*, lo cual dará seguridad jurídica a los justiciables por la predictibilidad de las decisiones judiciales de los Magistrados de la Justicia Militar Policial, legitimándola y trayendo como consecuencia la mejora de la imagen del Fuero Militar – Policial.

*Palabras claves:* Precedente vinculante, Justicia Militar Policial, Disciplina, Fuero Militar – Policial, Jerarquía, Subordinación, Tribunal Constitucional y Precedente.

## ABSTRACT 1

The investigation carried out determined the investigation carried out determined to identify the articles and subsections to be repealed, modified and added in the normative framework of the Military Police Justice. The population was made up of 300 Magistrates and specialized lawyers from the FMP, from which a sample of 169: 20 Judges, 49 Military Prosecutors and 100 specialized lawyers of the FMP was obtained and responded to the need to elaborate the Project of modification of the normative framework Of the Military Police Justice.

Being the research of descriptive, explication type with its non - experimental design, called simple descriptive. In its execution, the survey technique was used, with its instrument questionnaire of survey, by the characteristics of the sample; Instrument was previously submitted to the process of validation and measurement of its reliability, was applied to the 169 military police magistrates and specialized lawyers selected in the sample; The data collected were processed using descriptive statistics and the use of Excel software.

The results found were that 80% of the military police magistrates and specialized lawyers stated that they did not know and did not know or not to comment on the existence of the legal figure of the binding precedent; Therefore, there is a high level of need to elaborate the Draft amendment of the normative framework of the Police Military Justice; It being concluded that most military police magistrates and specialist lawyers need to describe the Institution of the Binding Precedent and identify the articles and subsections to be repealed, modified and added in the normative framework of the police military police, which will give legal security to the individuals For the predictability of the judicial decisions of the Magistrates of the Military Police Justice, legitimizing it and bringing as a consequence the improvement of the image of the Police Military Jurisdiction.

Key words: Precedent binding, Military Police Justice, Discipline, Military Police Force, Hierarchy, Subordination, Constitutional Court and Precedent.

## ABSTRACT 2

Pesquisa realizada determinou identificar artigos e cláusulas de revogação, modificar e adicionar ao quadro regulamentar da Polícia Justiça Militar. A população foi composta por 300 magistrados e advogados especializados FMP, dos quais foi obtida uma amostra de 169: 20 juízes, 49 procuradores da polícia militar e 100 advogados especializados da FMP e respondeu à necessidade de desenvolver o projecto de alteração de o quadro regulamentar polícia de Justiça Militar.

Sendo pesquisa descritiva com design não experimental, chamada simples descritivo. A técnica de pesquisa foi utilizada com o seu instrumento inquérito por questionário na sua execução pelas características da amostra; instrumento foi previamente submetida ao processo de validação e confiabilidade da medição, foram aplicadas a 169 policiais e juízes militares especializados empresas selecionadas na amostra; os dados coletados foram processados utilizando estatística descritiva e o uso de software Excel.

Os resultados foram que 80% dos magistrados policiais militares e advogados especializados dizem que não sabem e não sabem ou não comentar sobre a existência do conceito legal de súmula vinculante; portanto, há um alto nível de necessidade para o projecto de alteração de o quadro regulamentar da Polícia Justiça Militar; concluindo que a maioria dos policiais juízes militares e advogados precisam para descrever a instituição da súmula vinculante e identificar os artigos e cláusulas de revogação, modificar e adicionar ao quadro regulamentar da justiça da polícia militar, o que dará a segurança jurídica dos litigantes a previsibilidade das decisões judiciais dos juízes da polícia Justiça Militar, legitimando e trazendo, conseqüentemente, melhorar a imagem do tribunal Polícia Militar.

Palavras-chave: súmula vinculante, Police Justiça Militar, Disciplina, Militar jurisdição policial, hierarquia, subordinação, Tribunal Constitucional e Precedente.

## INDICE

<b>DEDICATORIA:</b>	<b>ii</b>
<b>AGRADECIMIENTO:</b>	<b>iii</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>iv</b>
<b>ABSTRACT 1</b>	<b>v</b>
<b>ABSTRACT 2</b>	<b>vi</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>5</b>
<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>5</b>
<b>1.1 ANTECEDENTES</b>	<b>5</b>
<b>1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>6</b>
<b>1.2.1 Descripción de la Realidad Problemática:</b>	<b>6</b>
<b>1.2.2 Problema Principal:</b>	<b>9</b>
<b>1.2.3 Problemas Secundarios:</b>	<b>9</b>
<b>1.3 OBJETIVOS</b>	<b>9</b>
<b>1.3.1 Objetivo General:</b>	<b>9</b>
<b>1.3.2 Objetivos Específicos:</b>	<b>9</b>
<b>1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA</b>	<b>10</b>
<b>1.4.1 Justificación:</b>	<b>10</b>
<b>1.4.2 Importancia:</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>11</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>11</b>
<b>2.1 BASES TEÓRICAS</b>	<b>11</b>
<b>2.2 MARCO LEGAL</b>	<b>24</b>
<b>2.3 LEGISLACIÓN COMPARADA</b>	<b>27</b>
<b>2.4 MARCO FILOSÓFICO</b>	<b>28</b>
<b>2.5 HIPÓTESIS</b>	<b>31</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	<b>33</b>
<b>METODOLOGÍA</b>	<b>33</b>
<b>3.1 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN</b>	<b>33</b>
<b>3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA</b>	<b>34</b>
<b>3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS</b>	<b>35</b>

<b>CAPÍTULO IV</b>	<b>37</b>
<b>PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS</b>	<b>37</b>
<b>4.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN</b>	<b>37</b>
<b>4.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS</b>	<b>47</b>
<b>CAPITULO V</b>	<b>50</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>50</b>
<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>52</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>53</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>56</b>

## INTRODUCCIÓN

En el escenario del derecho los que administran justicia penal en ambas jurisdicciones, es decir la militar – policial y la ordinaria, los Magistrados en las instancias respectivas dado una teoría se hace diversas interpretaciones, entre ellas la interpretación judicial que está sujeta a determinados criterios interpretativos de variada progenie que son legislativa, jurisdiccional y doctrinal; y, que adquieren la denominación de acuerdo a la función o empleo. Por tanto, no todos los criterios interpretativos vinculan igual, es decir por la misma razón y con la misma intensidad, de manera tal que a unos se les considera *obligatorios*, a otros *recomendables* y a unos terceros *aceptables*.

A la luz del postulado citado, voy a referirme en exclusiva por la *fuerza del precedente judicial*, en la socorrida contraposición entre el *civil law* y el *common law* y que van desde la historia del derecho hasta las distintas formas de razonamiento jurídico, pasando por la teoría de las fuentes del derecho y de la interpretación tanto de la ley como de la sentencia.

El Fuero Militar – Policial, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial y constituye constitucionalmente una jurisdicción independiente del Poder Judicial. Su función central es la administración de Justicia Penal Militar – Policial, en el ámbito establecido por ley, es decir dentro de la jurisdicción privativa militar – policial.

La Justicia Militar – Policial es competente para juzgar y sancionar únicamente a los miembros en situación de actividad de las Fuerzas Armadas – Ejército, Marina y Fuerza Aérea – y de la Policía Nacional del Perú, que incurran en delitos de función, es decir cuando quebrantan las normas inherentes a su desempeño profesional tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Los militares y policías infractores son juzgados conforme al Código Penal Militar – Policial, regulados en el Decreto Legislativo N° 1094.

Al respecto, la jurisprudencia vinculante se hace necesario y justificable aplicar en la Justicia Militar – Policial, dado la última reforma que viene siendo objeto este órgano jurisdiccional debe ajustarse a los principios y garantías de un Estado constitucional de derecho y sea respetuosa de las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos ha asumido el Estado Peruano.

La vinculatoriedad del precedente o doctrina jurisprudencial vinculante de los Magistrados del Fuero Militar – Policial es una tesis abierta a dos lecturas: unos se refieren a la *doctrina jurisprudencial* aprobada por el Consejo Ejecutivo y *doctrina jurisprudencial* aprobada por el pleno del Fuero Militar – Policial establecidos en la Ley N° 29182 – Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial (LOFFMP), modificada por el Decreto Legislativo N° 1096 y por la Ley N° 29955.

La palabra “precedente” evoca en este contexto un caso concreto que presenta similitudes con otro caso concreto; así tenemos, *precedente judicial*, en primer término, puede entenderse una sentencia (o un conjunto de sentencias) provenientes de un órgano judicial; en segundo término, el precedente judicial puede utilizarse para denotar no una sentencia o en su conjunto, sino una parte de la misma, aquella en donde se expresa la *decisión* del caso concreto; y, en tercer término, el uso de la expresión precedente judicial que la identifica con la “ratio decidendi” que es la que este trabajo de investigación intentaré sustentar.

La preocupación del autor de este estudio ha sido la incorporación del precedente vinculante o doctrina jurisprudencial en marco normativo de la Justicia Militar – Policial, habiéndose obtenido la información necesaria mediante un cuestionario encuesta, que permitió concluir que los Magistrados Militares - Policiales no aplicamos el precedente vinculante en nuestras decisiones judiciales.

Asimismo, esta investigación sea el punto de partida para la incorporación de artículos en el marco normativo de la Justicia Militar – Policial y así los Magistrados del Fuero Militar – Policial apliquen los precedentes vinculantes que emitan por el pleno de Tribunal Supremo Militar – Policial.

El presente trabajo de investigación se ha estructurado en cuatro Capítulos:

**El Capítulo I**, denominado **Planteamiento del Problema**, contiene antecedentes y planteamiento del problema donde se precisa la problemática en relación a la necesidad del precedente vinculante en la normativa militar policial; asimismo, se presenta la justificación indicando los beneficios que reportó la investigación, por último, los objetivos planteados.

**En el Capítulo II:** titulado **Marco Teórico**, se desarrolla las variables: Precedente Vinculante y Marco Normativo de la Justicia Militar Policial y legislación comparada que fundamenta la investigación; se desarrollan el marco filosófico que sustentan las variables; además, se desarrolla el marco legal: definiciones y bases teóricas de autores sobre el objeto de estudio.

**El Capítulo III:** llamado **Metodología**, se define conceptual y operacionalmente a la variable, se indica el tipo y diseño de investigación; además, se precisa la población y muestra, el método de investigación, técnica empleada y culmina con el método de análisis de datos.

**El Capítulo IV;** titulado **Presentación de los Resultados**, es el apartado donde el investigador presenta la descripción y discusión de los resultados obtenidos mediante la aplicación de los instrumentos de recolección de datos, se presentan los datos procesados en cuadros y gráficos estadísticos, con su respectiva interpretación. El capítulo finaliza con la presentación de las conclusiones y recomendaciones.

La investigación culmina con las referencias bibliográficas consultadas y los anexos correspondientes.

# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1 ANTECEDENTES

Sobre la obligatoriedad que tienen todos los operadores judiciales de aplicar los precedentes vinculantes en sus decisiones judiciales.

Cuando se habla de un precedente, dentro de nuestra coyuntura constitucional se suele hacer alusión a la obligación que tienen los operadores jurídicos de resolver del mismo modo los casos sustancialmente iguales (con base al principio de universalidad); es decir, la expedición de un precedente, constituye la concreción de un proceso racional de argumentación que se refleja en la sentencia y que el juez asume como suficientemente correcto para su aplicación a otros casos similares (...). (Ruiz, 2012, p.21)

Es destacable que el Tribunal Constitucional disponga la procedencia o improcedencia del amparo en la solución de controversias. Gonzalo (2012) formula las preguntas siguientes:

¿Qué tendría que hacer el juez constitucional cuando tenga que pronunciarse sobre la procedencia del amparo ante un despido nulo? ¿Declarar improcedente el amparo por haber una vía procedimental igualmente satisfactoria o dar trámite al amparo de acuerdo al precedente constitucional referido?. (p.86)

Sin embargo, se hace justificable e imprescindible que toda sentencia debe estar motivada en precedentes constitucionales.

El precedente es un caso especial de jurisprudencia. Es un precedente constitucional toda ratio decidendi que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar una decisión suya. En este sentido, el precedente constitucional es un argumento contenido en la parte de la motivación de toda sentencia de la Corte Constitucional, que se diferencia del fallo y de los obiter dicta o afirmaciones de carácter general, en que en estricto sentido no representan un pilar de la sentencia, sino sólo una razón argumentativa de orden secundario (...). (Obando, 2010, p.110)

Los jueces ejercen el último control de acuerdo a su estructura jerárquica.

(...) la figura del precedente impone a los tribunales el deber de resolver un caso según el criterio establecido por los tribunales jerárquicamente superiores dentro de la estructura del sistema judicial o por los jueces que ejercen el rol de último intérprete de la constitución, como el TC. (Torres, 2012, p.45)

Asimismo. Torres (2012) afirma: “(...) que si bien las normas cuestionadas habían generado una restricción al derecho a la propiedad de los pensionistas ello no había significado la anulación del contenido esencial del derecho en mención” (p.46). Lo que denota que un Juez puede adoptar criterios distintos o apartarse de las Resoluciones del Tribunal Constitucional, pero este apartamiento, deben estar debidamente motivadas y fundamentadas.

## **1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.2.1 Descripción de la Realidad Problemática:**

En el Perú en la década del 2000 al 2011 se dieron grandes cambios en la legislación del Consejo Supremo de Justicia Militar hoy Fuero Militar – Policial, cambios que se dieron a nivel de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial – LOFFMP y el Código Penal Militar Policial – CPMP. Estos cambios han originado muchas controversias a nivel de la doctrina especial y al interior del mismo Fuero Militar – Policial, ocasionando reformas incluso pronunciamientos del Tribunal Constitucional, mejorando el accionar de los Magistrados y Fiscales de la Justicia Militar Policial y por ende aceptación del personal militar – policial y de la sociedad jurídica.

Los Magistrados y Fiscales Militares – Policiales a la fecha no vienen aplicando el Precedente Vinculante, para cuya incorporación en la Justicia Militar – Policial se debe precisar cuál va a ser su finalidad, naturaleza; y, si su aplicación será obligatoria o facultativa por los Magistrados Militares – Policiales, cuáles serán sus alcances y las sanciones a quienes

no los aplican. Luego se deberá adecuar el marco normativo de la Justicia Militar – Policial, incorporando la Institución del Precedente Vinculante dentro de su normativa.

**La naturaleza**, de los precedentes **constitucionales** es *normativa* y su efecto es “*erga omnes*”, la de los precedentes **judiciales** es *jurisprudencia* y deberá ser de estricto cumplimiento por los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía dentro del Fuero privativo; asimismo, los precedentes en el Fuero Militar – Policial deben tener una naturaleza similar al judicial común u ordinario.

La Justicia Militar – Policial, juzga los delitos de función del personal militar – policial en situación de actividad y se rige por el principio de *legalidad*; por tanto, los precedentes deben tener el carácter de obligatorio, sin que esto implique una transgresión al principio de legalidad, que es una de las garantías constitucionales a la Tutela Jurisdiccional efectiva.

Incorporar el precedente vinculante en el marco normativo de la Justicia Militar – Policial, es de suma importancia, debido a que se podrá desarrollar diferentes temas de interés en materia militar – policial, a fin de establecer doctrina jurisprudencial vinculante, la cual dará seguridad jurídica a los justiciables por la predictibilidad de las decisiones judiciales de los Magistrados y Fiscales de la Justicia Militar – Policial, legitimándola y trayendo como consecuencia la mejora de la imagen, así como la debida aplicación de la justicia en el Fuero Militar – Policial por parte de los operadores judiciales.

A esta parte podemos decir, que todo órgano que tenga la potestad de administrar justicia, como es el Fuero Militar – Policial, debe aplicar el artículo VI in fine del Código Procesal Constitucional “*Por el cual los jueces quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio, del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*”.

No cabe duda, que se abre un debate mayor, pues este mecanismo ha sido creado, no por vía legislativa, sino por vía jurisprudencial, en aplicación del principio de autonomía procesal que faculta al intérprete Supremo de la Constitución a (re) configurar sus normas de naturaleza procesal, consecuentemente es de aplicación sus resoluciones en sede del privativo militar – policial.

En este siglo 21, en los Magistrados “Jueces” del Fuero Militar – Policial, existen discrepancias de criterios al aplicar, básicamente las normas procesales, que hace que no exista predictibilidad en los procesos o expedientes judiciales; si bien, el principio de legalidad es el eje de la Justicia Militar – Policial, sin embargo, a nivel de las normas procesales su incidencia es menor, por lo que es posible adecuar el marco normativo de la Justicia Militar – Policial, incorporando la Institución del Precedente Vinculante para hacer más predecible el Sistema de justicia privativa.

La actual normativa de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial, conformada por la Ley N° 29182 y el Decreto Legislativo N° 1096, imposibilita desarrollar “Acuerdos Plenarios” sobre diversos temas en materia militar – policial a fin de establecer doctrina jurisprudencial vinculante, debida a que expresamente, la citada norma:

- 1) No otorga fuerza vinculante sino señala que, *“la doctrina jurisprudencial vinculante guía el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar Policial”*.
- 2) No está regulada su publicidad (publicación).
- 3) Existen discrepancias sobre quien las aprueba.

La Ley N° 29182 – Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial (LOFFMP), modificada por el Decreto Legislativo N° 1096 y por la Ley N° 29955, de manera contradictoria establece, en su artículo 5°, numeral 6. y en el artículo 8°, dos tipos de doctrinas que deben ser emitidas en la Justicia Militar – Policial:

**Primero.**- Es la *doctrina jurisdiccional*, que debe ser aprobada por el *Consejo Ejecutivo* del Fuero Militar – Policial (numeral 6. del artículo 5° de la Ley N° 29182).

**Segundo.**- Es la *doctrina jurisprudencial*, que debe ser aprobada, por el Pleno (artículo 8° de la Ley N° 29182).

Por tanto, se deben introducir cambios en la legislación del marco normativo de la Justicia Militar – Policial, en su Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial; y, en

su Código Penal Militar – Policial, para una efectiva aplicación del precedente vinculante y de esta manera lograr la predictibilidad en este tipo de justicia, para mejorar su imagen y aplicación en la población del personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú; y, de la sociedad en general.

### **1.2.2 Problema Principal:**

¿Por qué es necesario adecuar la institución del precedente vinculante, en el ordenamiento normativo de la Justicia Militar Policial?.

### **1.2.3 Problemas Secundarios:**

1) ¿Cómo se describe la institución del precedente vinculante ligada al ordenamiento normativo de la Justicia Militar – Policial?

2) ¿Qué numeral y artículo se deben derogar, modificar e incorporar en el ordenamiento de la Justicia Militar – Policial en coherencia al precedente vinculante?

## **1.3 OBJETIVOS**

### **1.3.1 Objetivo General:**

Determinar mediante el uso de instrumentos metodológicos la viabilidad de la institución del precedente vinculante en el ordenamiento normativo de la Justicia Militar Policial.

### **1.3.2 Objetivos Específicos:**

a) Describir la institución del precedente vinculante en el ordenamiento normativo de la Justicia Militar – Policial.

b) Identificar el numeral y artículo a derogar, modificar e incorporar en el ordenamiento normativo de la Justicia Militar – Policial.

## **1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA**

### **1.4.1 Justificación:**

En el momento actual no se encuentra idóneamente regulada la naturaleza y efectos de los precedentes vinculantes constitucionales, razón por la cual no cumple su función de otorgar certeza y estabilidad al ordenamiento jurídico. La situación se agrava cuando los órganos jurisdiccionales y administrativos no aplican de oficio los precedentes vinculantes.

La falta de predictibilidad que se da a través de la no aplicación del precedente vinculante constitucional y la emisión de estos en forma contradictoria no contribuyen a consolidar y fortalecer la imagen del Tribunal Constitucional. La falta de predictibilidad también se observa, en el propio ámbito del Tribunal Constitucional cuando excede las facultades que tiene.

Por lo expuesto, la presente investigación trata de determinar la naturaleza y los efectos del precedente constitucional vinculante, a fin de proponer su adecuada regulación, formalización de su emisión, difusión y aplicación, así como de conocer si tiene límites en sus funciones el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los precedentes constitucionales vinculante.

### **1.4.2 Importancia:**

La importancia de la presente investigación está en la función que desempeña el precedente constitucional vinculante, que es la de dar certeza, estabilidad, eficacia, integridad y unicidad al ordenamiento jurídico, para lograr una justicia jurisdiccional administrativa predecible, eficiente y justa.

La investigación trata de determinar la naturaleza y efectos de los precedentes constitucionales vinculantes, si del estudio se determina que no es adecuada su regulación plantear modificatorias para que su rol sea más eficiente, en la adecuada aplicación de la justicia.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 BASES TEÓRICAS

##### 2.1.1 EL PRECEDENTE VINCULANTE

###### ORIGEN

Respecto a las bases teóricas sobre el precedente vinculante existen diversos autores, sin embargo encuentro similitud. León (2014) afirma:

Tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, donde el juez resuelve de acuerdo a la costumbre y en base a las sentencias dictadas por los tribunales en casos semejantes.

El *Common law* (se convirtió en vinculante) es el resultado de normas no escritas elaboradas dentro de la más larga tradición, por tribunales de justicia donde parte del axioma que la experiencia en la solución de casos anteriores proporcionará el fundamento más importante para los estándar de acción y principios de decisión.

En el derecho inglés y norteamericano, la observancia de las decisiones jurisprudenciales ocupa un lugar de preferencia y altamente estimado, mientras que en el derecho escrito, desempeña un papel accesorio.

Países como Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia, La India se encuentran dentro de la familia jurídica del *Common law*, el cual engloba principios como igualdad, seguridad jurídica, universalidad, y así también procedimientos y valores jurisprudenciales, entendiéndose, como elementos casuístico del Derecho Angloamericano, el case law, constituido por los precedentes judiciales de sus tribunales.

Esta familia jurídica está basada en el (Case Law) en el que la autoridad deriva a la regla de la observancia el precedente judicial (Stare Decisis), el mismo que solo puede operar previa publicidad a través de los law reports.

El principio *Stare Decisis et non quieta moveré*, (*Stare Decisis*) establece que una Corte está obligada a seguir la decisión de otras Cortes que hayan resuelto un caso con las mismas condiciones. De esta manera el derecho que deben aplicar los jueces no es únicamente aquel contenido en las normas desarrolladas por el legislador o las agencias estatales, sino también, el desarrollo por las decisiones que en el pasado han tomado los jueces.

Un principal aporte de esta familia jurídica es el *Distinguishing* que permite a un juez apartarse de un precedente vinculante alegando las particulares diferencias entre un caso y otro, *siendo ésta la principal vía de actualizar este sistema legal.* (p.28 - 29)

Sobre lo sostenido por la autora, considero que el *Common Law* es un derecho creado por jueces. Por eso en el Perú el derecho se codificó, es decir se positivizó (los derechos fundamentales – son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto).

### 2.1.2 PARTES

Sobre la estructura de las partes. León (2014) sostiene:

1) ***El Holding.***- Equivale a la “ratio decidendi” de los países de herencia continental, es la parte de la decisión o sentencia que fundamenta al precedente. Es la regla o principio que define el Tribunal al resolver el caso concreto, delimitado por el contenido de esa misma regla que se considera vinculante. No es el decisorio, sino el fundamento jurídico más importante. La misma sentencia precisa cuál es la ratio decidendi.

2) ***El Dictum.***- *El “obiter dictum”* se refiere a las motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o abundantes, las cuales no tienen carácter de fuerza vinculante, sólo poseen carácter persuasivo.

3) ***El rationale.***- Alude a la motivación del holding, el fundamento de la regla que resuelve el caso y que constituye el holding, elemento que tiene especial relevancia para elaborar la doctrina vinculante. (p.32)

Comparto en parte con la investigadora, porque en toda sentencia y sobre toda las que son o constituyen precedente, considero que el holding, que es el soporte básico de lo que se

resuelve, y el dicta o dictum, es la argumentación adicional que generalmente se incluye en los considerandos pero que no es lo decisivo. Sólo los primeros son vinculantes. Los segundos no tienen ese valor y son meramente ilustrativos y por cierto no obligan.

### **2.1.3 LA NECESIDAD DEL PRECEDENTE COMO FUENTE DE DERECHO**

Al respecto, sobre la necesidad del precedente vinculante como fuente del derecho. León (2014) señala:

La Constitución Política de 1993, en el artículo 139°, inciso 8), establece “*El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, debe aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario*”.

El citado artículo sólo considera como fuente formal de derecho a la ley, a la costumbre y a los principios generales del derecho. Sin embargo, el Código Procesal Penal, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial, consideran que el precedente vinculante tiene efectos normativos aplicables al interior del Poder Judicial. Es decir, el Sistema Jurídico Peruano admite, como fuente de derecho, al Precedente Judicial Vinculante.

En un sistema jurídico como el nuestro, es necesario que el precedente judicial vinculante sea fuente de derecho a fin de dar predictibilidad a las resoluciones judiciales y seguridad jurídica a todas las personas que recurren al órgano jurisdiccional. (p.29)

Asimismo, todas las resoluciones que en ella se da la calidad de “vinculante”, es de aplicación obligatoria por los Magistrados, por tanto es un precedente vinculante. Villota (2011) afirma:

Para el Tribunal Constitucional la jurisprudencia se refiere a los casos que ha resuelto el Tribunal fijando criterios generales de interpretación; en cambio, el precedente constitucional vinculante, es aquella situación en la que el Tribunal declara un criterio de interpretación con carácter vinculante y tiene efecto normativo, es decir, es fuente de derecho; sin que ningún órgano pueda apartarse de dicho criterio, salvo que el Tribunal establezca un nuevo precedente. La misma figura del precedente vinculante ha sido recogida en materia de casación, en el artículo 400° del Código Procesal Civil cuando señala que las decisiones que

tomen mayoría absoluta las Salas Civiles de la Corte Suprema constituyen precedente de obligatorio cumplimiento. (Consulta 08 de abril).  
<http://gforno.blogspot.com/2011/10/antecedente-precedente-y-practica.html>.)

Es cierto que el precedente implica un criterio interpretativo que asume el órgano máximo de una entidad y que considera debe ser aplicado con carácter general para casos similares dentro de su propia administración o fuero.

A su turno, a fin de determinar a qué Sistema del Derecho pertenece el Derecho Peruano, al respecto a su turno. Chávez (2015) cita:

En el sistema de Derecho romano germánico (civil law), al cual pertenece el Derecho Peruano, la ley, en su acepción material, es la fuente principal de Derecho, a falta de ley rige la costumbre, y a falta de ley y costumbre, se aplican los principios generales del Derecho. La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico mediante la interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia, por regla general, no es fuente directa, sino indirecta de Derecho.

En el sistema de Derecho del Common law (Derecho anglosajón) la fuente principal del Derecho es el precedente judicial. También es fuente de Derecho la ley, pero la importancia inicial del Derecho legislado es inferior al Derecho judicial, ya que entienden que la norma legal, sólo se verá plenamente incorporada al Derecho una vez que haya sido aplicada e interpretada por los tribunales. Citando tan pronto como se pueda la interpretación y aplicación hecha en la sentencia no así el texto legal; ya que consideran que sólo en presencia de dichas sentencias sabrá el jurista lo que quiere decir la ley, porque solamente entonces encontrará la norma jurídica en la forma que resulta familiar, es decir, en la forma de regla jurisprudencial. (p.33)

Considero que la jurisprudencia, es fuente del derecho, porque es doctrina sentada por los tribunales al aplicar la ley, la costumbre o los principios generales; que, la norma jurídica puede estar contenida en la ley (norma legal), en la costumbre (norma consuetudinaria), en los principios generales, en las sentencias judiciales (normas jurisprudenciales) en los contratos, testamentos, etc. (normas particulares); que en el common law, la ley se incorpora

plenamente al ordenamiento jurídico una vez que ha sido interpretada y aplicada por los tribunales.

## **2.1.4 PARA QUE SIRVEN LOS PRECEDENTES Y FUNCIONES DEL PRECEDENTE VINCULANTE**

### **2.1.4.1 PARA QUE SIRVEN LOS PRECEDENTES**

Sobre la importancia de los precedentes vinculantes. León (2014) afirma: “La doctrina señala que deben utilizarse los precedentes por tres razones: 1) Argumento ad ejemplo, 2) Argumento de autoridad, encontramos 3 modalidades: a) El precedente vertical, b) El precedente horizontal, c) El auto precedente, y 3) Argumento de justicia formal” (p.30). Coincido con las razones propuestas, porque sirven para fijar pautas interpretativas cualificadas y de indiscutible fuerza argumentativa que deben ser observadas por parte de los órganos y tribunales de justicia, mientras no exista una mejor razón que justifique su inaplicación o su desvinculación en el caso concreto.

### **2.1.4.2 FUNCIONES DEL PRECEDENTE VINCULANTE**

Respecto a la doctrina. León (2014) establece que: “el precedente vinculante cumple las siguientes funciones: 1) Uniformar la jurisprudencia, 2) Hacer realidad una justicia predecible, 3) Garantizar la seguridad jurídica, 4) Dar certeza y estabilidad al ordenamiento jurídico y 5) Eliminar la arbitrariedad del Juez” (p.31). A respecto Considero que estas funciones, optimizan una particular forma de interpretación de los preceptos constitucionales o legales en la solución de problemas normativos o probatorios.

Sobre la Corte Suprema máxima instancia judicial, cuyas resoluciones pueden corregir, modificar o anular las resoluciones prolasadas por los Juzgados inferiores. Castillo afirma:

La Corte Suprema es el máximo exponente del derecho judicial y sus fallos deben reflejar ese destacado lugar. Sus pronunciamientos encabezan la jerarquía de los precedentes y expresan la interpretación correcta y razonada del derecho (*función nomofiláctica*) y el control de la actividad judicial de los órganos inferiores (*función de uniformidad*). Un tribunal supremo tiene la última palabra en el establecimiento y decisión del derecho. Sus

decisiones con definitivas aunque no infalibles. (Consulta 16 de mayo)  
[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_46.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_46.pdf)

El precedente judicial comparte todas las funciones del precedente constitucional, sin embargo, este tiene obligatoriedad *erga omnes*, mientras que el judicial es obligatorio para los órganos jerárquicamente inferiores del poder Judicial.

Asimismo, el precedente como herramienta sostiene. Vinatea que:

*El precedente se constituye como un instrumento de seguridad jurídica, que a su vez, tiene como elementos la certeza jurídica, la eficacia jurídica y la ausencia de arbitrariedad, y que es un valor fundamental de la predecibilidad de las decisiones judiciales. (Consulta 18 de mayo)* <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/aplicacion-presente-vinculante-tc/aplicacion-presente-vinculante-tc.pdf>

Coincido con el autor en que el precedente vinculante como un sólo mecanismo de unificación de la jurisprudencia, que consolida un Estado Constitucional de Derecho, sería limitarlo, pues éste está referido a la Teoría de la Argumentación, que por ser una regla de racionalidad, constituye que la acción conduzca a resultados no arbitrarios, predictibles y ejecutables, teniendo como base la presencia del mismo.

## **2.1.5 VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE**

### **2.1.5.1 VENTAJAS EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE**

La doctrina respecto a las ventajas. León (2014) afirma:

1) **Crea una justicia predecible**.- Acaba con las sentencias contradictorias y con ello da seguridad jurídica que garantiza la igualdad de las personas frente a la ley, y aumenta la credibilidad institucional.

2) **Controla la corrupción**.- Impide las interpretaciones antojadizas de las normas jurídicas por abogados y jueces.

3) **Reduce la carga procesal y acelera la administración de justicia.**- Trae como consecuencia, economía al ahorrar tiempo y energía.

4) **Genera estabilidad.**- Al sistema jurídico y legitimidad del órgano jurisdiccional al dar credibilidad al sistema judicial.

5) **Permite una continua capacitación.**- De los magistrados así como a nivel de las universidades permite a los catedráticos mejorar la calidad de la enseñanza. Así mismo por su publicidad, son de conocimiento público.

6) **Termina con el monopolio jurídico.**- De crear derecho, en la medida que el juez al interpretar la norma, estaría precisando o delimitando sus alcances. (p.33)

Coincido con las ventajas propuestas por la autora, además proponer la ventaja que **“Genera confianza en el sistema judicial”** porque a mayor justicia predecible, mayor credibilidad y confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia.

### **2.1.5.2 DESVENTAJAS EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE**

Así mismo, sobre las desventajas del precedente vinculante. León (2014) afirma:

1) Afecta el principio de discrecionalidad del juez.

2) Implica una labor de depuración jurídica refiriendo el precedente a una nueva interpretación. La purificación del ordenamiento jurídico, vía expurgación, es una facultad únicamente del Tribunal Constitucional contenido en el artículo 204° de la Constitución, sin embargo de esta cualidad no se encuentra premunida la judicial, que al aplicar el precedente vinculante puede generar leyes muertas, leyes vigentes pero sin embargo ineficaces, las que no han sido derogadas del ordenamiento jurídico.

3) Reduce la posibilidad del criterio contradictorio.

4) Exige un repertorio de publicaciones seguro, saber distinguir los “*obiter dictum*” de la “*ratio decidendi*” por el interesado y finalmente por el juez inferior es complicado. (p.34)

El investigador está de acuerdo con la autora sobre las desventajas citadas más aún porque reduce la labor de ponderación judicial o el balancing test, labor de depuración y reduce ostensiblemente la posibilidad del criterio contradictorio.

### **2.1.6 EL PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO EN EL PERÚ**

En el ordenamiento jurídico peruano se incorpora el precedente judicial o *stare decises* como fuente formal de Derecho.

En tanto así, la creación del Derecho debe ser siempre la obra conjunta entre el legislador y el juez, puesto que el legislador dicta la ley, pero ésta no opera por sí sola, sino a través del juez, quien, mediante la interpretación, establece su sentido con relación a un hecho concreto sometido a su decisión, interpretación que servirá de fundamento para la solución de otros casos futuros iguales, de tal modo que éstos no tengan respuestas jurídicas contradictorias. Desde esta perspectiva, como no puede ser de otra forma, nuestro ordenamiento jurídico establece los casos en que los tribunales encargados de administrar justicia crean precedentes o doctrina jurisprudencial vinculatoria, para que los Magistrados inferiores apliquen dicho precedente vinculante en casos iguales o similares.

### **2.1.7 EL PRECEDENTE VINCULANTE, PRECEDENTE JUDICIAL O DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN LA JUSTICIA MILITAR – POLICIAL**

Teniendo en cuenta que el precedente o doctrina jurisprudencial en la justicia militar policial debe ser: 1) **Claro**, la “*ratio decidendi*” debe ser identificable fácilmente, no debe ser confundida con el “*obiter dicta*”, y, 2) **Breve**, a fin de que quienes los estudian pueden estar “*razonablemente*” al día frente a la inmensa “*producción*” de decisiones judiciales por los numerosos jueces militares - policiales asignados en los diferentes Tribunales Superiores Militares Policiales del país.

Sobre el marco normativo que se aplica en la Justicia Militar – Policial, tenemos la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial (LOFFMP), modificada

por el Decreto Legislativo N° 1096, por Ley N° 29955 y STC recaída en el Expediente 00022-2011-PI/TC, de fecha 08 de julio de 2015 publicado en el diario oficial “El Peruano” el 22 de agosto de 2015, de manera contradictoria establece, en el artículo 5°, inciso 6) y en el artículo 8°, dos tipos de doctrinas que deben ser emitidas en la Justicia Militar – Policial. Una es la *doctrina jurisdiccional*, que debe ser aprobada por el **Consejo Ejecutivo** del Fuero Militar – Policial (*inciso 6 del artículo 5°*) y, la otra, es la *doctrina jurisprudencial*, que debe ser aprobada por el **pleno** (*artículo 8°*).

Analizadas ambas normativas, las cuales son muy parcas, dan a entender que no son obligatorias y además, que no han sido desarrolladas desde su entrada en vigencia y que es materia del presente trabajo de Investigación.

Respecto a la competencia del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar – Policial de aprobar la doctrina jurisdiccional en materia penal militar – policial, esta norma no sería eficaz debido a las consideraciones siguientes:

- EL CONSEJO EJECUTIVO.- Órgano de administración, no tiene competencia jurisdiccional. Establecer que la doctrina jurisdiccional sea aprobada por un el Consejo Ejecutivo constituye una transgresión a la autonomía de los jueces, conforme lo ha señalado, el poder Judicial, en su voto singular, el Juez Supremo José Luis Lecaros Cornejo, en la resolución N° 297-2013-CE-PJ, de fecha 28 de noviembre de 2013.

- LA DOCTRINA JURISDICCIONAL.- Está referida al órgano jurisdiccional (judicial) y no al órgano fiscal, a pesar de la naturaleza especial de la jurisdicción militar - policial otorgada constitucionalmente. La labor de los jueces y fiscales es distinta. La Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial, diferencia la función jurisdiccional (*órgano judicial*) de la función fiscal. El artículo 8° de la LOFFMP establece que el Tribunal Supremo Militar – Policial, para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, se organiza en una Sala Suprema Revisora, una Sala Suprema de Guerra y una Vocalía Suprema.

Los artículos 21° al 25° de la LOFFPM establecen que el órgano Fiscal Militar – Policial posee autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, tiene una estructura propia y la designación de sus fiscales la realiza la Fiscalía Suprema Militar – Policial;

correspondiendo a su Presidencia dirigir y orientar el ejercicio de la función fiscal en el Fuero Militar – Policial.

En razón a ello, la Presidencia de la Fiscalía Suprema viene aprobando una serie de Directivas y Circulares que regulan la actividad de los Fiscales Militares – Policiales, como la Directiva N° 0001-2013-FMP/FMP/P “*Sobre Instrucciones Generales para establecer un Sistema de Turnos Fiscales, Directorio de Fiscales Militares Policiales a nivel nacional y la Operatividad Fiscal para la recepción de las denuncias presentadas por los delitos de función previstos en el Código Penal Militar – Policial*”, El “*Manual de Actuaciones Fiscales y sus Formatos Técnicos del Fiscal Militar – Policial*” aprobado por Resolución Administrativa N° 037-2013-PFSMP/SP, de fecha 27 de diciembre de 2013, etc., al considerar que los Fiscales Militares actúan con autonomía e independencia, que “*son un cuerpo jerárquicamente organizado*”, que “*deben sujetarse a las instrucciones que imparten sus superiores*” y además que “*actúan de forma corporativa sobre la base del principio de unidad de la función fiscal*”.

Por lo tanto, los fiscales Supremos integrantes del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar – Policial no pueden aprobar Acuerdos Plenarios que establezcan doctrina jurisprudencial vinculante, siendo esta atribución sólo del órgano jurisdiccional, es decir de los Vocales Supremos (*Jueces Supremos*) que integran la Sala Plena del Fuero Militar – Policial, por efectos de su competencia jurisprudencial.

En relación a que el pleno del Tribunal Supremo Militar – Policial, apruebe la doctrina jurisprudencial, tenemos:

- El pleno del Tribunal Militar – Policial (pleno jurisdiccional) está integrado por los vocales Supremos (*Jueces Supremos*) integrantes de la Sala Suprema Revisora, la Sala Suprema de Guerra y la Vocalía Suprema, teniendo como atribución, aprobar la doctrina jurisprudencial.

- El artículo 32° del Reglamento de la Ley N° 29182 “*Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial*”, aprobado por Resolución Administrativa 126-2011/FMP/TSM/SG, establece que los vocales Supremos, previa convocatoria del

Presidente del Tribunal Supremo Militar – Policial, se reúnen para coordinar la labor jurisdiccional y desarrollar criterios jurisprudenciales.

– El artículo 8° de la LOFFMP es una norma muy parca. De ella se entiende que la doctrina jurisprudencial no tiene carácter vinculante para los jueces militares policiales, por lo que, a fin de dar seguridad jurídica a los justiciables, así como predictibilidad a las decisiones judiciales que darán credibilidad a la Justicia Militar – Policial legitimándola y mejorando su imagen frente a la sociedad, se debe establecer, expresamente, el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial, la forma de su aprobación, señalar que, excepcionalmente el juez podrá apartarse del precedente vinculante establecido, para lo cual deberá fundamentar su decisión y que el precedente vinculante se publicará en el Diario Oficial El Peruano o en la Página web del Fuero Militar – Policial.

Asimismo, se debe establecer el órgano encargado de monitorear el cumplimiento de los precedentes y cuáles serían las consecuencias del incumplimiento del precedente vinculante por parte del juez, que pueden ser jurídicas procesales, jurídicas disciplinarias y jurídicas penales.

Por lo expuesto, se hace justificable introducir cambios y adecuar la legislación en el marco normativo de la Justicia Militar – Policial, en la Ley de Organizaciones y Funciones del Fuero Militar – Policial y en el nuevo Código Penal Militar – Policial, para una efectiva aplicación del precedente vinculante y de esta manera lograr la predictibilidad en este tipo de justicia.

### **2.1.8 JUSTICIA MILITAR**

Respecto a las bases históricas y fundamentos de la Justicia Militar. Eto (1996) afirma:

La expresión fuero deriva de la voz latina FORUM, equivalente a foro o tribunal. Desde el punto de vista jurídico militar, la acepción más general del termino fuero, es la que alude a la compilación o campo de leyes medievales, así como las que existieron en su momento como el fuero juzgo y el fuero real. La expresión es de vieja raigambre histórica y se le asigna un origen nobilísimo, pues conserva implícitamente la idea de preeminencia y privilegio, de franquicia o excepción. Es este contexto y romanceando el termino, fue anexado o vinculado

a lo militar, surgiendo así acuñado el término de fuero militar. En la actualidad se ha superado la noción que implica la idea de extensión, de privilegio. Por tanto, el fuero es hoy por hoy el centro o médula donde ejerce su acción la justicia militar – policial.

Con la finalidad de justificar la especialidad de la jurisdicción militar – policial frente a la ordinaria y así marcar distancia de las garantías de la jurisdicción, se recurren a razones de diversa índole. Los argumentos pueden ser muchos, diversos pero podemos agruparlos en CUATRO (4) grupos siguientes:

- 1) La especialidad del derecho que aplica.
- 2) La necesidad de jueces militares en un entorno militar.
- 3) El mantenimiento de la disciplina castrense.
- 4) El cumplimiento de las funciones encomendadas a las fuerzas armadas.

Es así, que desde una perspectiva que involucran aspectos propio de la vida militar - policial queda claro que nadie puede poner en duda la necesidad de una jurisdicción o justicia especializada en dichas materias; sin embargo, en lo que no existe consenso es que si por tal modalidad de jurisdicción ha de entenderse una función militar – policial que exige una determinada formación jurídica o una responsabilidad judicial que teniendo características muy particulares en orden a la materia sobre la que versa no deja de ser esencialmente jurídica. Naturalmente pocos se atreven a afirmar que la llamada jurisdicción militar – policial, sea en estricto sensu militar, al argumentar en pro de un estatus paralelo al de la jurisdicción ordinaria, no hacen otra cosa que legitimar su existencia a partir de lo que representa la institución castrense.

El Tribunal Constitucional ha tenido tres etapas en materia de jurisdicción militar, la primera en la cual se declara que la legislación preconstitucional (Decreto Ley N° 23201, que aprueba la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1917 – 1980) no se adecuaba al marco constitucional previsto en la Constitución Política de 1993 (STC 023 – 2003 – AI/TC); la segunda etapa se produce con la dación de la Ley N° 28805 nueva Ley de Organización, Funciones y Competencias de la Jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial,

en la que el Tribunal Constitucional establece igualmente que no se cumplen los estándares de constitucionalidad al igual que la legislación anterior (STC 004 – 2006 – PI/TC y 006 – 6006 – PIU/TC); y la tercera etapa se produce con la dación de la Ley N° 29182 en donde el Tribunal Constitucional cambia su línea de jurisprudencia.

Asimismo, con respecto a la independencia y autonomía del Fuero Militar – Policial el Congreso de la República al emitir la Ley N° 29182 la delimita, respetando derechos fundamentales, como deben tipificarse los delitos de función y la prohibición de aplicarse a los civiles.

El Tribunal Constitucional, cita como referente el caso Pullart vs Reino Unido donde el Tribunal Europeo de derechos humanos señala que la imparcialidad del Juez no puede ser alegada en abstracto, sino que tiene que ser probada en cada caso concreto. Igualmente cita los casos Castillo Petruzzi, Lori Berenzon y Cantoral Benavides vs Estado Peruano, en donde indica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalo que la imparcialidad de los jueces militares resulta afectada por el hecho que los jueces tienen doble función de combatir a los grupos insurgentes y de juzgar a imponer penas a los miembros de dichos grupos. Por tanto las sentencias de la corte interamericana en materia de justicia militar nos han versado sobre el juzgamiento en la jurisdicción militar, de militares en actividad por la comisión de delitos de función.

Se hace referencia igualmente al caso Morri vs Reino Unido del Tribunal Europeo de derechos humanos, el cual establece que un Tribunal Militar puede en principio constituir un tribunal independiente e imparcial, sin embargo la convención solo tolerara ese tipo de tribunales siempre que exista suficiente salvaguarda para garantizar su independencia e imparcialidad.

Concluye el Tribunal Constitucional que la Corte Interamericana en ese momento juzgo a civiles acusados por traición a la patria, por jueces sin rostro, y que las Fuerzas Armadas tenían la función de combatir militarmente y de Juzgar a los grupos insurrectos. Situación que no se presenta en el momento actual del desarrollo de la justicia militar.

En cuanto al proceso de nombramiento, la Corte Interamericana ha precisado que los Jueces Militares designados por el Poder Ejecutivo es comprensible siempre que juzgue delitos de función (caso Castillo Petrucci vs Perú ).

La Ley N° 29182 ha dispuesto que los jueces del Tribunal Supremo Militar – Policial sean nombrados por el Presidente de la República a propuesta de la sala plena del Fuero Militar – Policial, mediante evaluación de, méritos y mediante temas entre oficiales en actividad del cuerpo jurídico. Este Tribunal Supremo elige a los jueces militares y a los jueces superiores.

El Tribunal Constitucional concluye que la forma de nombramientos guarda observancia conforme a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **2.2 MARCO LEGAL**

**2.2.1 El Código Procesal Constitucional** (Ley N° 28237 del 31 de mayo de 2004), art. VII, dispone: *“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”*.

De acuerdo con este texto, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden o no ser vinculantes para el propio Tribunal y demás órganos del Estado. Constituirán precedente vinculante, o sea tendrán un efecto normativo general y abstracto, cuando así lo exprese el propio texto de la sentencia, en cambio, cuando no contengan esta declaración, no tendrán la calidad de precedente normativo obligatorio.

### **2.2.2 El Código Procesal Civil (CPC) de 1991, prescribe:**

“Art. 400. Doctrina jurisprudencial. Cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio. El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.

### **2.2.3 El Código de Procedimientos Penales dispone:**

“Art. 301.A. 1. La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Pagina Web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo –en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta.

En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la

sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial”.

#### **2.2.4 La Ley Orgánica del Poder Judicial**, artículo 22°, establece:

“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las ejecutorias que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial El Peruano, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

**2.2.5 La Ley N° 29955**, modificó el artículo 5°, e incorporó el inciso 6), estableciendo que:

“**Artículo 5°.-** El Fuero Militar Policial es único y ejerce jurisdicción en el ámbito nacional a través de sus órganos jerárquicamente organizados. Está integrado por órganos jurisdiccionales y fiscales de nivel equivalente.

El consejo Ejecutivo del Fuero Militar – Policial es el máximo Órgano de gobierno y administración. Está conformado por los vocales y fiscales supremos militares policiales, que

son un total de doce oficiales generales o almirantes, en situación de actividad o retiro, que pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar Policial.

(...)

Compete al Consejo Ejecutivo del Fuero Militar – Policial:

(...)

6) Aprobar la **doctrina jurisdiccional** en materia penal militar policial, que guía el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar – Policial...”.

**2.2.6 La Ley Orgánica del Fuero Militar Policial – LOFMP (artículo 8°)** establece que:

*Artículo 8°.- El Tribunal Supremo Militar Policial es el máximo órgano jurisdiccional del Fuero Militar – Policial. Su sede es Lima para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo Militar Policial se organiza en una Sala Suprema de guerra y una Vocalía Suprema. Actúa como pleno para los acuerdos en **doctrina jurisprudencial...**”*

## **2.3 LEGISLACIÓN COMPARADA**

### 2.3.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Art. 8, estipula que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial.

### 2.3.2 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Art. 26, dispone el derecho de toda persona a ser juzgada por tribunales imparciales y públicos.

### 2.3.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Art. 14, derecho de las personas a ser sometidas a un tribunal competente, independiente e imparcial.

#### 2.3.3.1 Convención Americana de Derechos Humanos o Parte de San José de Costa Rica (1969)

Art. 8.1, derecho de las personas a contar con tribunales competentes, independientes e imparciales.

#### 2.3.4 ALEMANIA: Ley del Tribunal Constitucional Federal

Art. 78, dispone que si el tribunal constitucional llega a la convicción que el derecho federal es incompatible con la ley fundamental, declara la nulidad de la ley.

#### 2.3.5 COLOMBIA: Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

Art. 45, dispone que la sentencia de la corte constitucional colombiana tiene efectos hacia el futuro.

#### 2.3.6 ESPAÑA: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Art. 39.1, dispone que cuando se declare la inconstitucionalidad de una Ley se declarare igualmente de los preceptos programáticos.

### 2.4 **MARCO FILOSÓFICO**

En el Derecho existen dos corrientes filosófico – doctrinario – jurídicas: el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

El iusnaturalismo tiene su origen en el pensamiento jurídico griego, recogida por los Romanos y posteriormente por el Cristianismo. La concepción iusnaturalista no es una teoría jurídica sino fundamentalmente una teoría de la justicia; no se trata, de un derecho natural sino de una justicia natural; posteriormente engloba a la teoría jurídica. Considera que existen

unos principios ético – jurídicos, absolutamente válidos, permanentes e independientes de la voluntad humana, que el ser humano puede conocer y plasmar en el derecho positivo.

Lo válido y permanente del iusnaturalismo es la constante crítica y reconstrucción en un intento de trascenderlo y cambiarlo por otro derecho positivo más justo, es decir más acorde con los principios permanentes de justicia.

El positivismo jurídico se desarrolla principalmente en la segunda mitad del Siglo XIX y primera del Siglo XX, buscando dar al derecho una definición puramente científica y todos los conceptos que utilice para esa descripción serán categorías y conceptos eminentemente científicos. El derecho es una técnica coactiva utilizada por el soberano con la intención de influir sobre los demás. La norma es válida si es dada conforme a un ordenamiento jurídico, no interesando la justicia de la misma para su validez; lo que interesa son los juicios analíticos cuya verdad viene determinada por la misma estructura lógico – formal.

Las discusiones sobre el positivismo jurídico en la actualidad han estado muy vinculadas al planteamiento de la filosofía Anglosajona, básicamente a la de Dworkin, pero también por la obra de Alexy. El argumento básico de Dworkin contra el positivismo jurídico hartiano, viene a ser: el derecho no está constituido únicamente por reglas sino también de manera destacada por principios de los cuales alguno de ellos no pueden derivar de alguna regla de reconocimiento, si no de razones morales, por lo que no se puede aceptar la clara división entre derecho y moral, señalando posteriormente que el derecho no consiste exclusivamente en normas, sino que es una práctica interpretativa en donde juega un papel importante en los fines y valores que definen la misma.

Robert Alexy, también está en contra de la teoría de la separación entre derecho y moral, la necesidad de incluir aspectos morales en el derecho tiene interés desde la perspectiva del participante y se fundamenta en tres argumentos: el argumento de la corrección, de la injusticia y de los principios. El primer argumento quiere decir que el Juez o el legislador que no erigiera una pretensión de corrección al establecer o aplicar normas incurriría en una especie de contradicción formativa; el argumento de la injusticia se refiere fundamentalmente a las normas aisladas, una norma extremadamente injusta no es jurídica; entre los principios hay algunos que son morales, por lo que el juez cuando decide desde el contenido, decide por razones morales; la relación entre el derecho y la moral viene establecida por la tesis.

El paradigma neo constitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico sino como esta forma final de entender el derecho. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del derecho del Estado Constitucional como sistema el derecho puede considerarse como un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo que cumplen ciertos requisitos. Pero además el derecho puede verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc.

Teorías no positivistas del derecho de mayor impacto consideran al derecho como una práctica social (en la terminología de Dworkin, y una práctica interpretativa en la teoría de Alexy, como una serie de procedimientos) y no simplemente como un conjunto de reglas y principios.

El neo constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo son expresiones que se utilizan para aludir una nueva cultura jurídica. El constitucionalismo puede encargar un cierto tipo de estado de derecho designando una determinada forma de organización política; en segundo lugar es también una teoría del derecho; en tercer lugar una ideología que justifica o defiende la formula política así designada. Establece la vinculación necesaria entre derecho y moral. La característica del neo constitucionalismo es que los principios priman sobre la regla, origina una revisión sobre las fuentes del derecho, menos estatista y legalista; es decir, concibe la norma jurídica tomando en consideración los principios, originando una teoría de la interpretación, alejada del formalismo decimonónico, pasando por el tamiz de la teoría de la argumentación.

La corriente filosófica – doctrinaria – jurídica aplicable y vinculada al presente trabajo en el neo constitucionalismo inspirada en el iusnaturalismo, es decir que el derecho no solamente se limita a una aplicación de enunciados normativos sino a la justificación del as decisiones en el momento de aplicar del derecho, para cuyo efecto se tiene que considerar argumentos de carácter lógico jurídico y también de carácter valorativo.

## 2.5 HIPÓTESIS

### 2.5.1 Hipótesis General

La adecuación del precedente vinculante al ordenamiento jurídico de la justicia militar – policial es necesaria porque permite dar estabilidad y certeza al mismo.

### 2.5.2 Hipótesis Específicas

2.5.2.1 El precedente vinculante es un parámetro normativo o disposición jurídica para la resolución de casos particulares y concretos emitidos por un tribunal superior.

2.5.2.2 La modificación del Art 8 de la LOFFMP e incorporaciones del numeral 6 del Art. 453° del Código Penal Militar Policial y numeral 17 del Art. 25° del Reglamento Interno de la Organización y Funciones del OCMAG – MP, facilita la coherencia con el precedente vinculante jurisprudencial.

### 2.5.3 Operacionalización, Variables e Indicadores

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<b>PRECEDENTE VINCULANTE</b>	CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEDENTE VINCULANTE	1. Origen y partes	10	Encuesta	Cuestionario encuesta
		2. Necesidad del precedente como fuente del derecho	10		
		3. Ventajas y desventajas	10		
		4. Precedente vinculante, precedente judicial o doctrina jurisprudencial en la Justicia	10		

		Militar Policial			
<b>MARCO NORMATI VO DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL</b>	<b>PROCESO JURISDICCIONAL DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL</b>	5. Artículos a derogar y modificar en la LOFFMP	10		
		6. Inciso a incorporar en el art. 453° de CPMP	10		
		7. Inciso a incorporar en el art. 25° de Reglamento Interno de Organización y Funciones del OCMAG - MP	10		

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA

#### 3.1 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

##### 3.1.1 Tipo y nivel de investigación

De acuerdo a la orientación es Aplicada, características de las Ciencias Sociales como es el Derecho, porque se pretende aportar a la solución de un problema socio – jurídico, teórico y práctico.

##### 3.1.2 Método

- El método que se utilizó es descriptivo, para caracterizar la situación concreta y señalar sus características y propiedades.
- Explicativa, mediante el análisis y síntesis, así como la deducción e inducción para tratar de responder o dar cuenta del porqué de la situación concreta que se investiga.
- Correlacional, para vincular a las dos variables en su calidad de causa efecto.

##### 3.1.3 Diseño

El diseño que se utilizó es tomando como referencia la muestra donde:

$$m = O_X r O_Y$$

Dónde:



m = muestra

O = Observación

X = Variable Independiente

Y = Variable Dependiente

r = relación

### 3.1.4 Estrategia de prueba de hipótesis

La Hipótesis fue sometida a prueba mediante la aplicación de un diseño de investigación donde se recolectó datos a través de instrumentos de medición, analizada e interpretada dichos datos mediante métodos de estadística descriptiva e inferencial.

La prueba usada es el paramear Chi Cuadrado con la ayuda del programa estadístico SPSS V.17, aplicado a las Ciencias Sociales.

## 3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

### 3.2.1 Población

Aproximadamente 300 entre:

- Jueces del Fuero Militar – Policial.
- Fiscales del Fuero Militar – Policial.
- Abogados especializados en Derecho Penal Militar – Policial del FMP.

### 3.2.2 Muestra

La muestra se ha determinado mediante la aplicación de la fórmula de muestreo.

$$\eta = \frac{Z^2 N p \cdot q}{e^2 (N - 1) + 2^2 p \cdot q}$$

Dónde:

Z = Coeficiente de confianza (para un nivel de P 5)

N = Población

p = Probabilidad a favor (50%)

q = Probabilidad en contra (50%)

E = Error de estimación o precisión (5%)

$\eta$  = Tamaño de la muestra

Reemplazando: 
$$\eta = \frac{(1.96)^2 (300)(0.5)(0.5)}{(0.05)^2 (300 - 1) + (1.96)^2 (0.50)(0.50)}$$

$$\eta = 169$$

*De los cuales: 20 son Jueces del FMP*

*49 Fiscales del FMP*

*100 Abogados especializados en DPMP*

### 3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

#### 3.3.1 Técnicas

**Encuesta** : Técnica que permite recoger y registra datos conteniendo preguntas abiertas, cerradas y mixtas.

**Observación** : Método fundamental de toda investigación para obtener el mayor número de datos.

**Cuestionario** : Instrumento para recolectar datos, que consiste en un conjunto de preguntas respecto a una o más variables a medir.

**Análisis de documentos:** Que permite reunir datos importantes de los expedientes judiciales de algunos juzgados.

#### 3.3.2 Instrumentos

Constituyen el material físico que corresponden a las diferentes técnicas y estas son:

- Guía de encuesta.
- Modelo de cuestionario.
- Cuadro o guía de análisis de documentos.

}

## CAPÍTULO IV

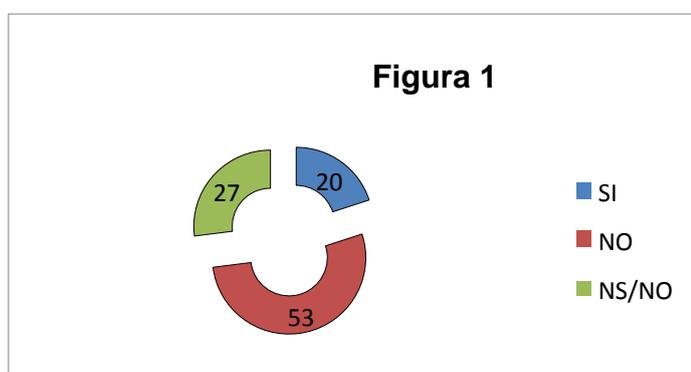
### PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

#### 4.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

1. ¿Tiene conocimiento de la figura jurídica del precedente vinculante?

**TABLA 1**

ITEM	CANTIDAD				
	JMP	FMP	AB OG	TOT AL	%
SI	16	8	10	34	20
NO	2	35	50	89	53
NS/NO	2	4	40	46	27
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>



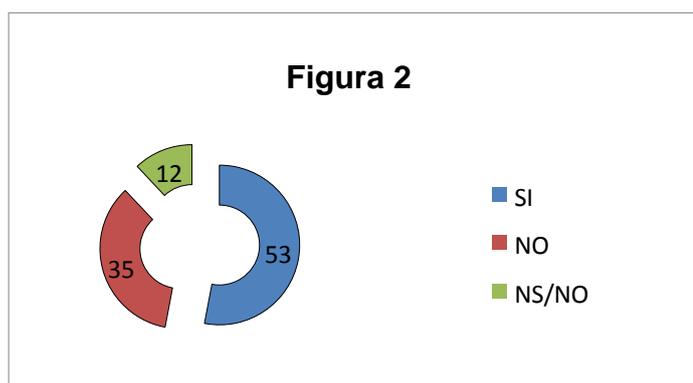
#### Interpretación

*Figura 1.* El 80% de los encuestados (magistrados y abogados especializados del FMP) manifiestan no conocer y no saber o no opinan sobre la existencia de la figura jurídica del precedente vinculante; y, solamente un 20% expresan conocer esta figura jurídica.

2. ¿Los precedentes vinculantes tienen efecto erga omnes, por lo que deben cumplirse por los poderes del Estado y los Órganos jurisdiccionales?

**TABLA 2**

ITEM	CANTIDAD				
	JM P	FM P	AB OG	TOT AL	%
SI	14	25	51	90	53
NO	5	20	34	59	35
NS/NO	1	4	15	20	12
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>



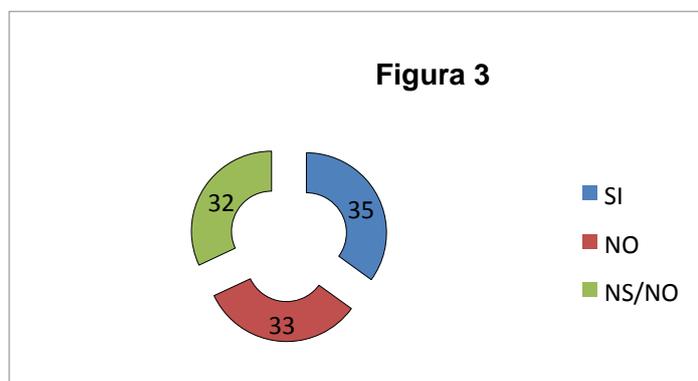
### Interpretación

*Figura 2.* El 53% de los encuestados expresan que la figura jurídica del precedente vinculante tiene efecto erga omnes y que estas deben cumplirse por los Poderes del Estado y los órganos jurisdiccionales. El 35% manifiesta lo contrario; y, el 12% no sabe o no opina.

3. ¿La función del precedente vinculante es dar estabilidad y certeza al ordenamiento jurídico?

TABLA 3

ITEM	CANTIDAD					%
	JM P	FM P	AB OG	TOT AL		
SI	18	12	30	60	35	
NO	1	10	44	55	33	
NS/NO	1	27	26	54	32	
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>	



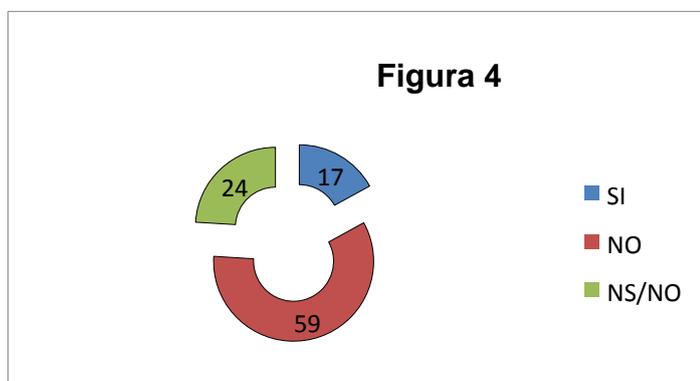
### Interpretación

*Figura 3.* El 35% de los encuestados manifiestan que efectivamente la función del precedente vinculante es dar estabilidad y certeza al ordenamiento jurídico. El 33% expresa que no; y, el 32% no sabe o no opina.

4. ¿Los órganos jurisdiccionales y administrativos cumplen con aplicar los precedentes vinculantes?

TABLA 4

ITEM	CANTIDAD					%
	JM P	FM P	AB OG	TOT AL		
SI SI	2	4	23	29	17	
NO	10	20	70	100	59	
NS/NO	8	25	7	40	24	
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>	



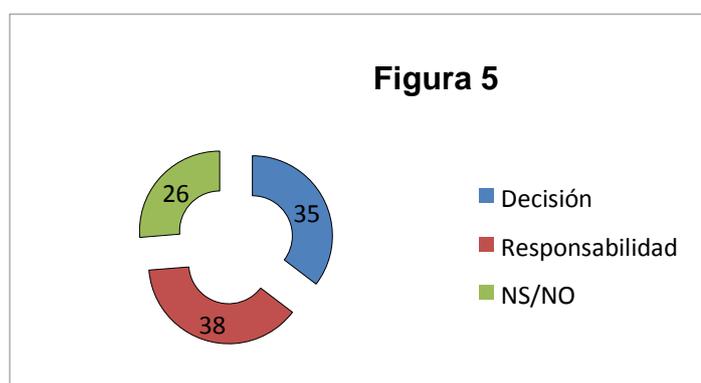
### Interpretación

*Figura 4.* El 17% de los encuestados del Fuero Militar – Policial manifiestan que los órganos jurisdiccionales y administrativos si cumplen con aplicar los precedentes vinculantes. El 59% expresa que no; y, el 24% no sabe o no opina.

5. ¿La inobservancia o no aplicación de los precedentes vinculantes tienen consecuencias?

**CUADRO 5**

ITEM	CANTIDAD				
	JM P	FM P	AB OG	TOT AL	%
En la Decisión	10	20	30	60	35
En la Responsabilidad	10	25	30	65	38
NS/NO	0	4	40	44	26
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>



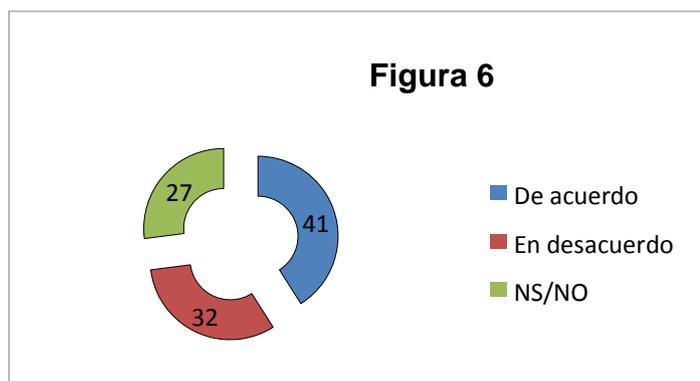
### **Interpretación**

*Figura 5.* El 35% de los encuestados manifiestan que la inobservancia o no aplicación del precedente vinculante tiene consecuencias en la decisión; el 38% expresa que tiene consecuencias en la responsabilidad; y, el 26% en ninguno de ellos.

## 6. ¿El Poder Judicial aplica el precedente vinculante?

TABLA 6

ITEM	CANTIDAD				
	JM P	FM P	AB OG	TOT AL	%
De acuerdo	18	40	12	70	41
En desacuerdo	1	2	51	54	32
NS/NO	1	7	37	45	27
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>

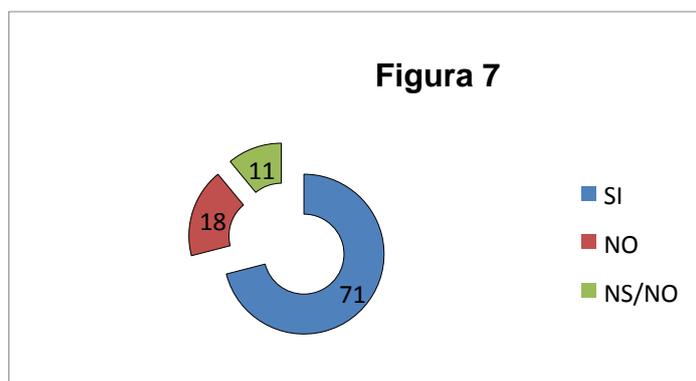
**Interpretación**

*Figura 6.* De manera general el 41% de los encuestados precisan que el Poder Judicial aplica el precedente vinculante; el 32% dice que no lo aplica; y, el 27% no sabe o no opina.

7. ¿Sabe en qué consiste el Fuero Militar – Policial?

**TABLA 7**

ITEM	CANTIDAD				
	JM P	F MP	AB OG	TOT AL	%
SI	20	48	52	120	71
NO	0	1	29	30	18
NS/NO	0	0	19	19	11
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>



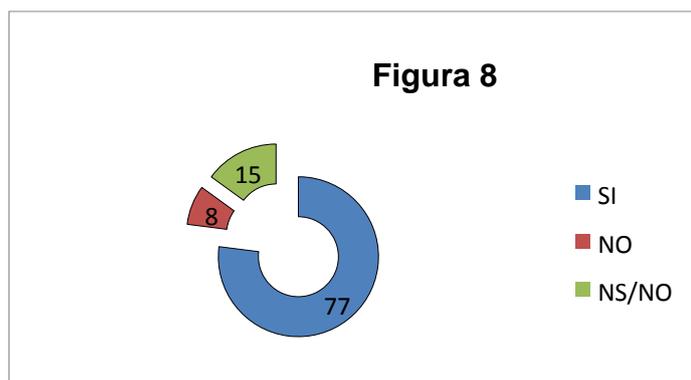
### Interpretación

*Figura 7.* El 71% de los encuestados que pertenecen al Fuero Militar – Policial si saben que significa esta jurisdicción: el 18% no sabe en qué consiste; y, el 11% no sabe o no opina.

8. ¿Considera necesario adecuar el precedente vinculante en el marco normativo de la Justicia Militar Policial?

**TABLA 8**

ITEM	CANTIDAD				
	JM P	FM P	AB OG	TOT AL	%
SI	18	40	72	130	77
NO	1	4	9	14	8
NS/NO	1	5	19	25	15
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>



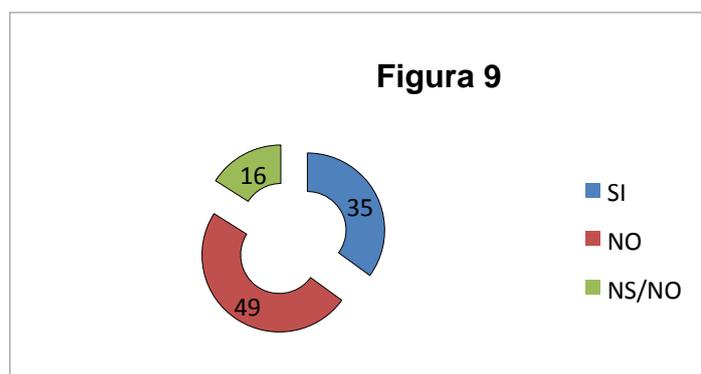
### Interpretación

*Figura 8.* El 77% de los encuestados consideran necesaria la adecuación del precedente vinculante al ordenamiento normativo de la Justicia Militar – Policial; el 8% no lo considera necesario; y, el 15% no sabe o no opina.

9. ¿Considera que los Magistrados del Fuero Militar – Policial cumplen con aplicar los precedentes vinculantes?

**TABLA 9**

ITEM	CANTIDAD				
	JM P	FM P	AB OG	TOT AL	%
SI	9	20	31	60	35
NO	11	28	43	82	49
NS/NO	0	1	26	27	16
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>



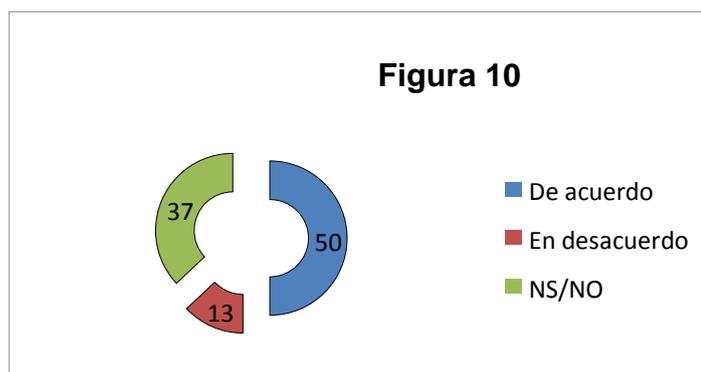
### **Interpretación**

*Figura 9.* El 35% de los encuestados consideran que los Magistrados del Fuero Militar – Policial cumplen con aplicar el precedente vinculante; el 49% considera que no se cumple la aplicación; y, el 16% no sabe o no opina.

10. ¿Los Magistrados Militares Policiales no aplican los precedentes vinculantes por falta de conocimiento?

**TABLA 10**

ITEM	CANTIDAD				
	JM P	FM P	AB OG	TOT AL	%
De acuerdo	15	35	35	85	50
En desacuerdo	5	10	6	21	13
NS/NO	0	4	59	63	37
<b>TOTAL</b>	20	49	100	<b>169</b>	<b>100%</b>



### Interpretación

*Figura 10.* El 50% de los encuestados están de acuerdo que los Magistrados Militares – Policiales no aplican el precedente vinculante por falta de conocimiento; el 13% están en desacuerdo; y, el 37% no saben o no opinan.

## 4.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para contrastar la hipótesis planteada se ha redactado previamente la siguiente Hipótesis Nula:

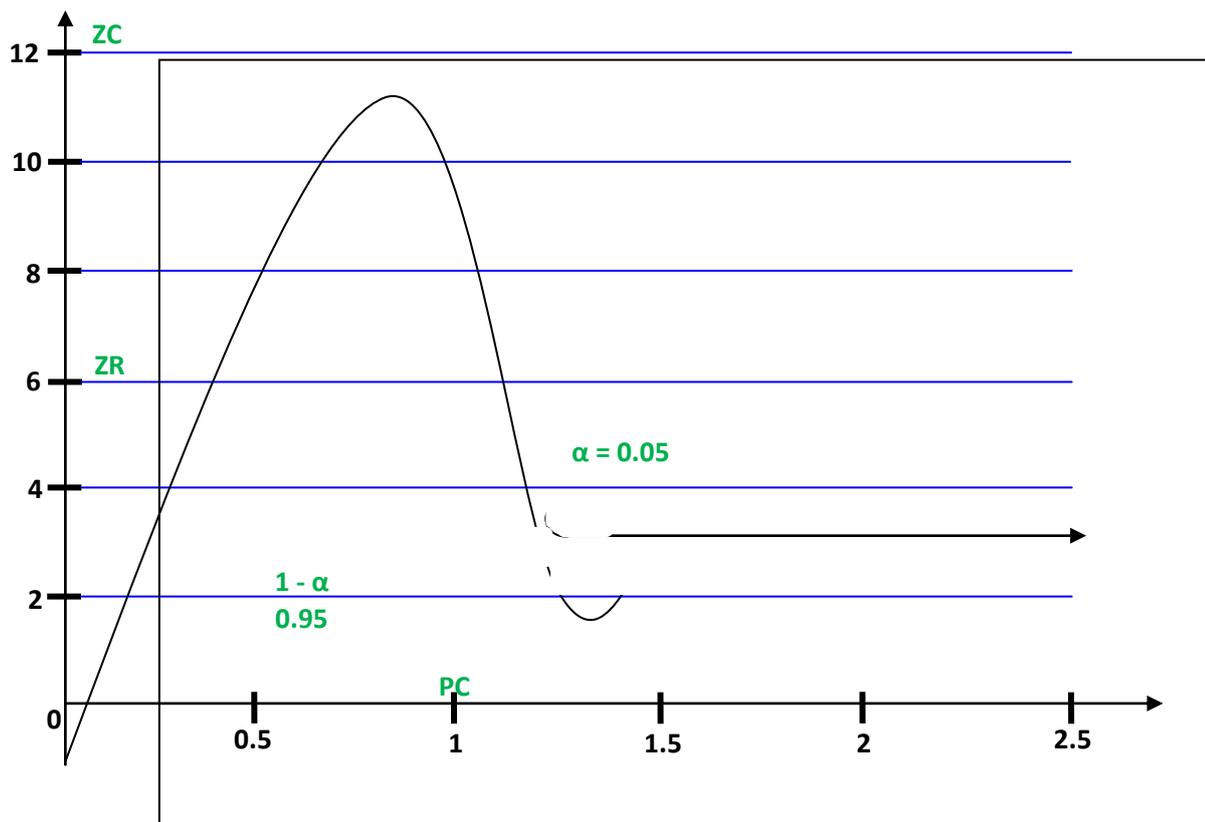
$H_0$ : La adecuación del precedente vinculante al ordenamiento jurídico de la justicia militar – policial no permite dar estabilidad y certeza al mismo.

$H_a$ : La adecuación del precedente vinculante al ordenamiento jurídico de la justicia militar – policial permite dar estabilidad y certeza al mismo.

En términos de hipótesis estadística de la prueba  $\text{CHI}^2$  cuadrado, se rechaza la  $H_0$  y se acepta la  $H_a$  a un nivel de significación de  $\alpha = 0.05$ .

Después de probar la Hipótesis planteada se siguió el siguiente procedimiento:

$$x^2 = \sum \frac{(O - E)^2}{E}$$



ZC = Zona critica

ZR = Zona de rechazo

PC = Punto critico

## CUADRO ESTADÍSTICO

### Prueba de muestras relacionadas

	Diferencias relacionadas				t	gl	Sigm (bilateral )	
	Media	Desviación	Error	95% de Confianza				
				Inferior				Superior
Adecuación del precedente vinculante al ordenamiento jurídico de la Justicia Militar Policial permite estabilidad y certeza	63777,714	21831,036	8251,356	- 839680,55	- 43587,374	- 7729	6	0.000

Dando como resultado igual a 0.000 que es menor al 0.05, infiriéndose que existe suficiente evidencia para rechazar la  $H_0$ ; con lo que se puede opinar que la adecuación del precedente vinculante al ordenamiento jurídico de la Justicia Militar Policial permite dar estabilidad y certeza al mismo.

## CAPITULO V

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Al no existir criterios uniformes en las Resoluciones emitidas por los Magistrados Militares – Policiales, provoca la falta de predictibilidad; y que si bien la normativa con que cuenta, estos son la Ley N° 29182 - Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial, modificada por el Decreto Legislativo N° 1096 y por Ley N° 29955, contienen dos artículos que regulan el precedente vinculante, estos no ayudan, ni contribuyen para lograr la predictibilidad en este tipo de justicia privativa.

En la Normativa vigente de la Justicia Militar – Policial, está regulado el precedente vinculante, concretamente en el numeral 6. del artículo 5°, 8° de la LOFFMP y en el artículo 32° del Reglamento de la mencionada Ley; sin embargo, en los mismos artículos, existe contradicción. Además dichas normas son muy inconsistentes, a tal punto que sólo se limitan a decir en el primer artículo que, *el consejo Ejecutivo del Fuero Militar – Policial aprobará la doctrina jurisdiccional* en materia penal militar – policial que guía el accionar de los operadores jurisdiccionales y fiscales del Fuero Militar – Policial, mientras que los demás artículos señalan que *el pleno aprobará la doctrina jurisprudencial*, sin precisar cuál es su naturaleza, sus efectos y que parte de la sentencia del pleno jurisdiccional constituye precedente vinculante, si su incumplimiento es causal de Revisión de Sentencia Firme; por tanto, el Código Penal Militar - Policial, no contempla el recurso de casación, además, que pasa cuando un juez que no lo aplica y donde deben publicarse. Así como está regulado, no tiene ningún efecto positivo para la predictibilidad de la Justicia Militar – Policial.

**SEGUNDA.-** Al encontrarse regulada la doctrina jurisprudencial en la legislación militar – policial no es viable realizar acuerdos plenarios en aplicación del artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, cualquier acuerdo, directiva u otro documento que se apruebe, que no reúna las características del precedente vinculante, será sólo una guía pedagógica para el accionar de los jueces militares policiales, al igual que los precedentes vinculantes emitidos por la jurisdicción ordinaria.

**TERCERA.-** El precedente vinculante o doctrina jurisprudencial en el Fuero Militar – Policial son sentencias del Tribunal Supremo Militar – Policial, pleno jurisdiccional que

adquiere la autoridad de cosa juzgada y constituye precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia.

La regla del precedente, consiste en la exigencia de que las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo Militar – Policial se resuelva uniformemente los casos sustancialmente idénticos, siendo posible separarse del propio precedente motivando suficiente y razonablemente el cambio jurisprudencial.

**CUARTA.-** Los Magistrados del Tribunal Supremo Militar – Policial al crear doctrina jurisprudencial o precedente judicial militar – policial obligatorio generará justicia predecible y con ello la ansiada seguridad jurídica al procesado militar – policial, contribuyendo con la trayectoria histórica, sólida y fortalecerá la legitimidad a la administración de la justicia militar – policial peruana ante la sociedad y la comunidad internacional.

Y la incorporación del precedente judicial militar – policial vinculante generará confianza, credibilidad, reducirá la carga procesal y acelerará la administración de justicia dentro de los Órganos jurisdiccionales del Fuero Militar – Policial y por ende de los operadores jurisdiccionales.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA.-** Proponer al Consejo Ejecutivo del Fuero Militar – Policial, previo tramite del Juzgado Militar Policial N° 7 – Amazonas con sede en el distrito y provincia de Bagua de la Región Amazonas y la Secretaria General del FMP, máximo órgano de gobierno y administración que apruebe los proyectos de Ley que deroga el numeral 6. del artículo 5° y modifique el artículo 8° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial e incorporaciones de numeral 6. del artículo 453° del Decreto Legislativo N° 1094 – Código Penal Militar – Policial y numeral 17. del artículo 25° del Reglamento Interno de la Organización y Funciones del Órgano de Control de la Magistratura; y mediante oficio lo solicite al Congreso de la Republica, de conformidad al artículo 5° de la Ley N° 29182 – Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial modificada por Ley N° 29955.

**SEGUNDA.-** Incorporar el precedente en el marco normativo de la Justicia Militar – Policial, cuya doctrina desarrollada dará seguridad jurídica a los justiciables por la predictibilidad de las decisiones judiciales de los Magistrados de la Justicia Militar – Policial; ya que el 60% de los mismos no tienen conocimiento de la figura jurídica del precedente vinculante siendo justificable y necesaria.

**TERCERA.-** Derogar el numeral 6. del artículo 5° y modificar el artículo 8° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial, así como incorporar el numeral 6. al artículo 453° del Código Penal Militar – Policial para regular, de manera adecuada el precedente vinculante como mecanismo de predictibilidad.

**CUARTA.-** Incorporar el numeral 17 del artículo 25° del Reglamento Interno de la Organización y Funciones del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial ya que no existe al interior de la Justicia Militar – Policial un área que sancione cuando el juez no aplica el precedente vinculante.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTILLO, J. L. (2008) *“El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional, su alcance y valor en el derecho peruano”*. Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_46.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_46.pdf).
- DE LAMA, M.G. (2012). *“El Ius Resistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal”*. Tesis Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4447>.
- DOIG, Y. (2001). La Reforma del derecho Penal Militar – Anuario de Derecho Penal 2001 – 2002, *“La Justicia Militar a la Luz de las Garantías de la Jurisdicción”*. Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2001\\_19.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2001_19.pdf).
- ETO, G. (1996). *“El Régimen Constitucional de la Justicia Militar en el Perú”*. © Dereito Vol. 5, n.º 2: 81-111 (1996) ISSN 1132-9947. Pág. 88. Recuperado de <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/2635>.
- HART, H. *“El Concepto del Derecho”*. (Trad. Genaro Carrión), Buenos Aires, Perrot, 1961. Pág. 176.
- LEÓN, J. V. (2014) *“La incorporación del precedente vinculante en la justicia militar policial”*. El Jurista del Fuero Militar – Policial. Publicación Académica del Centro

de Altos Estudios de la Justicia Militar. Año III – Número 4. Diciembre 2014. Lima - Perú 2014, pp. 25-41.

OBANDO, V. R. (2010). “*Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*”. Tesis para optar el Grado Académico de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Recuperado de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1190>.

RUIZ, J. H. (2012). “*La aplicación de la teoría del precedente vinculante norteamericano en el Perú y sus repercusiones jurisprudenciales*”. Tesis para optar el título de abogado. Recuperado por <http://tesis.usat.edu.pe/xmlui/handle/usat/278?show=full&locale-attribute=fr>.

TORRES, N. (2012). “*El control de convencionalidad: Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*”. Tesis para optar el Título de Licenciada en Derecho. Recuperado por <https://es.scribd.com/document/134771331/Doctrina-Juez-Constitucional-Responsabilidad>.

VILLOTA, M. A. (2011). “*Antecedente, precedente y práctica parlamentaria*”. Recuperado por <http://gforno.blogspot.com/2011/10/antecedente-precedente-y-practica.html>.

## **FUENTES LEGALES**

1. Constitución Política del Estado de 1993.
2. Ley N° 29182 “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial”.

3. Decreto Legislativo N° 1096 “Decreto Legislativo que modifica artículos de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial.

4. Decreto Legislativo N° 1094 “Código Penal Militar Policial”.

5. STC recaída en el Expediente 00022-2011-PI/TC de fecha 08 de julio de 2015 publicado en el diario oficial “El Peruano” el 22 de agosto de 2015, que declaran Infundada en parte, Fundada en parte, Infundada e Improcedente la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo único de la Ley N° 29548, diversos artículos del D. Leg. N° 1094 y diversos artículos del D. Leg. N° 1095.

### **FUENTES ELECTRÓNICAS**

1. Congreso de la República del Perú, [www.congreso.gob.pe/](http://www.congreso.gob.pe/).
2. Tribunal Constitucional del Perú, [www.tc.gob.pe/](http://www.tc.gob.pe/).
3. Poder Judicial del Perú [www.pj.gob.pe/](http://www.pj.gob.pe/).
4. Academia de la Magistratura, [www.amag.edu.pe/](http://www.amag.edu.pe/).
5. Biblioteca Jurídica Virtual, <http://www.bibliojuridica.org/>.
6. Buscador de publicaciones y revistas, <http://dialnet.unirioja.es/>.
7. Buscador de páginas web, [www.google.com](http://www.google.com).
8. Buscador de páginas web, [www.bing.com](http://www.bing.com).
9. Buscador de páginas web, [www.fmp.gob.pe](http://www.fmp.gob.pe).
10. Buscador de Blogs, [gforo.blogspot.com/2011/10/antecedente-precedente-y-practica.htm](http://gforo.blogspot.com/2011/10/antecedente-precedente-y-practica.htm).

## ANEXOS

### **DEFINICIÓN DE TÉRMINOS**

#### **CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL**

Este código es un instrumento moderno que nos ayudará a preservar de mejor forma el orden y la disciplina en las FFAA y PNP, garantizando además que los efectivos del orden que incurran en delitos de función sean juzgados con todas las garantías del debido proceso como corresponde a un Estado democrático y constitucional de derecho. Ello no significa ningún beneficio indebido o impunidad para militares y policías, sino simplemente la garantía de que sus derechos serán respetados.

El nuevo Código, llamado Código Penal Militar Policial, dado mediante Decreto Legislativo N° 1094, responde a la nueva jurisprudencia del TC, que reconoce que el concepto de DELITO DE FUNCIÓN puede variar según las circunstancias; igualmente, guarda concordancia con el marco jurídico señalado y aceptado por organismos supranacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de DDHH, en sus últimas sentencias, así como la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Colombia y España y la Corte Suprema de Canadá.

#### **DISCIPLINA**

En su forma más simple es la coordinación de actitudes, con las cuales se instruye para desarrollar habilidades más rápido, o para seguir un determinado código de conducta u "orden".

La Disciplina es la capacidad de actuar ordenada y perseverantemente para conseguir un bien. Exige un orden y unos lineamientos para poder lograr más rápidamente los objetivos deseados.

## **FUERO MILITAR – POLICIAL**

El Fuero Militar – Policial, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial de Perú. Constituye una jurisdicción excepcional e independiente del Poder Judicial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función. Tiene competencia solamente en el ámbito penal militar y policial. Sólo se aplica a los policías y militares.

## **JERARQUÍA**

La jerarquía es una estructura que se establece en orden a su criterio de subordinación entre personas, animales, valores y dignidades. Tal criterio puede ser superioridad, inferioridad, anterioridad, posterioridad, etc; es decir, cualquier cualidad categórica de gradación agente que caracterice su interdependencia. Tiene un uso frecuente en las clasificaciones mitológicas y teológicas; y, se aplica a todo tipo de ámbitos (físicos, morales, empresariales, etc.).

Como concepto infraestructural, define el modo de formación entre los diversos rangos atribuibles a un determinado sistema en el que cada elemento esté supeditado gradualmente al elemento inmediatamente previo. Un ejemplo clásico es la jerarquía de un programa la cual se establece entre pasos en orden a su ordinograma.

Ejemplos de uso son la jerarquía de la Iglesia, la jerarquía militar, la jerarquía de tripulación, la jerarquía burocrática (escalafón), la jerarquía de valores, la jerarquía corporativa, etc.

## **JUSTICIA MILITAR**

Se entiende, por un lado, al régimen jurídico que regula a la institución de las Fuerzas Armadas de un Estado en el marco de las relaciones internas de sus integrantes, y dentro de aquellas cuestiones propias delegadas a la jurisdicción militar, en virtud de las especiales características que reviste el funcionamiento del orden castrense. Y en una segunda acepción, al aparato jurídico de administración de justicia, por medio del cual se ejerce la jurisdicción militar.

## **PRECEDENTE**

Puede entenderse como precedente a cualquier antecedente de una situación. El precedente puede servir como apoyo en el marco de un juicio. El fallo, en este sentido, puede derivar de resoluciones previas que sirven como precedente para finalizar un litigio. Un precedente, por lo tanto, se convierte en una fuente que crea derechos.

## **PRECEDENTE VINCULANTE**

El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efecto similar a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

## **SUBORDINACIÓN**

Subordinación se refiere a la relación de dependencia que existe entre un elemento con otro. En el caso de las relaciones interpersonales este vendría a ser la sujeción al mando, al dominio o a la orden que impone un individuo, por ende en estos casos existirá una relación de poder y una dominación que podría ser simbólica o formal.

En el campo de la milicia la subordinación es común y este término es ampliamente utilizado, para marcar los rangos que tienen las personas dentro de la jerarquía militar, siendo el de menor rango el cabo y el de más alto rango el General.

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Un Tribunal Constitucional o Corte Constitucional es un órgano jurisdiccional que es responsable, principalmente, de hacer efectiva la primacía de la constitución. Tiene la

atribución de interpretación de la constitución y de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y otras normas de rango infralegal, esto es, tiene la facultad de revisar la adecuación de las leyes, y en último término de los proyectos de ley y los decretos legislativos o del poder ejecutivo, a la constitución.

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.

**PROYECTOS DE LEY****PROYECTO DE LEY****LEY QUE DEROGA EL NUMERAL 6. DEL ARTÍCULO 5° DE LA LEY N° 29182  
- LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL FUERO MILITAR – POLICIAL****Artículo 1°.- Objeto de la Ley**

La presente Ley deroga el numeral 6. del artículo 5° de la Ley N° 29182 – Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial.

**Artículo 2°.- De la derogatoria**

Deróguese el numeral 6. del artículo 5° de la Ley N° 29182 – Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar – Policial.

**PROYECTO DE LEY****LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 8° DE LA LEY N° 29182 – LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL FUERO MILITAR – POLICIAL****DICE:****Artículo 8.- Naturaleza y sede**

El Tribunal Supremo Militar Policial es el máximo órgano jurisdiccional del Fiero Militar – Policial. Su sede es la ciudad de Lima.

Para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo Militar Policial se organiza en una Sala Suprema Revisora, una Sala Suprema de Guerra y una Vocalía Suprema. Actúa como Pleno para los acuerdos de doctrina jurisprudencial.

Por acuerdo de Sala Plena, a propuesta de su Presidente, se podrán constituir otras Salas en función de los asuntos que le sean sometidos a su consideración.

**DEBE DECIR:****“Artículo 8°.- Naturaleza y sede**

El Tribunal Supremo Militar Policial es el máximo órgano jurisdiccional del Fiero Militar – Policial. Su sede es la Ciudad de Lima.

Para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo Militar Policial se organiza en una Sala Suprema Revisora, una Sala Suprema de Guerra y una Vocalía Suprema. Actúa como pleno jurisdiccional para aprobar el precedente vinculante o doctrina jurisprudencial que tiene carácter normativo y es de obligatorio cumplimiento a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano” o en la página web del Fiero Militar – Policial, lo que suceda último, para todas las instancias del Fiero Militar – Policial hasta su modificación por otro Pleno. Las otras instancias pueden apartarse del precedente siempre que realicen una fundamentación de hecho y derecho; y, además señalen las razones de su inaplicación. Al aprobar el precedente, el Pleno señalará la parte de la sentencia Plenaria que constituye precedente vinculante”.

## **PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE INCORPORA CUANDO LA SENTENCIA CONDENATORIA HAYA SIDO PRONUNCIADA INCUMPLIENDO EL PRECEDENTE VINCULANTE QUE ESTABLECE LA DOCTRINA LEGAL, PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES, EN MATERIA PENAL MILITAR POLICIAL AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1094 - CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL**

**Artículo Único.- Incorporación del numeral 6. en el artículo 453° del Decreto Legislativo N° 1094 - Código Penal Militar Policial**

Incorpórese el numeral 6. al artículo 453° del Decreto Legislativo N° 1094 - Código Penal Militar Policial, con el siguiente texto:

**“Artículo 453°.- Procedencia**

(...)

6. Cuando la sentencia condenatoria haya sido pronunciada incumpliendo el precedente vinculante que establece la doctrina legal, principios jurisprudenciales, en materia penal militar policial.”

(...)

## **PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE INCORPORA INCUMPLIR EL JUEZ MILITAR POLICIAL EL PRECEDENTE VINCULANTE ESTABLECIDO EN MATERIA MILITAR POLICIAL A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 001 - 2012 - FMP/CE/SG, QUE APRUEBA EL REGLAMENTO INTERNO DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL ÓRGANO DE CONTROL DE LA MAGISTRATURA MILITAR POLICIAL**

**Artículo Único.- Incorporación del numeral 17. en el artículo 25° del Reglamento Interno de la Organización y Funciones del Órgano de Control de la Magistratura**

Incorpórese el numeral 17. al artículo 25° del Reglamento Interno de la Organización y Funciones del Órgano de Control de la Magistratura, con el siguiente texto:

**“Artículo 25°.- Faltas muy graves**

(...)

17. Incumplir el juez militar policial el precedente vinculante establecido en materia militar policial”.