

## **DECLARAN INCONSTITUCIONAL LEY DE JUSTICIA MILITAR... ¿SE REPETIRÁ LA HISTORIA?**

**David Lovatón Palacios**  
**Director del Instituto de Defensa Legal**  
[Justicia Viva N° 240, 20 de abril del 2006](#)

Esta semana se ha hecho pública la sentencia de fecha 29 de marzo del 2006 emitida por el Tribunal Constitucional (TC), en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por la Fiscal de la Nación contra la Ley N° 28665, Ley de organización, funciones y competencia de la justicia militar (Expediente N° 0004-2006-PI/TC).

El TC ha declarado inconstitucional gran parte de los artículos de la referida ley, dando la razón al Ministerio Público, Corte Suprema, Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), Defensoría del Pueblo, Colegio de Abogados de Lima (CAL), organizaciones de sociedad civil y expertos en derecho constitucional, que se habían pronunciado en diversos tonos, en el ámbito nacional y del sistema interamericano de derechos humanos, por la flagrante inconstitucionalidad de la Ley N° 28665.

No era, por ende, ninguna "campaña de orden nacional e internacional, orientada a eliminar a la justicia militar en el Perú" supuestamente orquestada por "algunas organizaciones y personas de señalada tendencia anti militarista", como equivocadamente afirmaron en un pronunciamiento público los ex comandantes generales del ejército el pasado 8 de marzo, sino tan sólo la exigencia de que la justicia militar se adecue -no que desaparezca- al orden constitucional; prueba de ello es que seguirá existiendo después de esta sentencia del TC. Así, en vez de buscar enemigos ocultos donde no los hay, los militares honestos -que seguramente pretenden representar los ex comandantes generales- deberían marcar distancia de quienes sólo han tenido como propósito buscar la impunidad a través de una justicia militar inconstitucional.

### Principales aspectos de la sentencia del TC

Sin duda es una sentencia muy bien fundamentada, independientemente que se discrepe de algunas de sus consideraciones. Merece, por tanto, un análisis jurídico más profundo y detallado que desborda al presente artículo; sobre todo si próximamente el TC debe emitir otra sentencia en relación a la demanda de inconstitucionalidad que el Colegio de Abogados de Lima ha planteado contra esta misma norma. Sin perjuicio de ello, muy preliminarmente podemos destacar que los principales aspectos de esta sentencia en relación a la Ley N° 28665, son los siguientes:

1. Inconstitucional el cuerpo judicial y fiscal militar policial. Magistrados no pueden mantener condición de militares en actividad. No restricciones al CNM para seleccionar y designar a jueces y fiscales militares

El TC ha reiterado -una vez más- que el juez o fiscal militar no puede ostentar, a la vez, la condición de oficial en situación de actividad, pues ello vulnera frontalmente la independencia e imparcialidad judicial: "A fin de proteger los principios de independencia e imparcialidad judicial, el juez militar no puede desempeñarse, a la vez, como oficial en actividad de las fuerzas armadas (ya sea oficial de armas u oficial del cuerpo o servicio jurídico), toda vez que la situación de actividad implica un nivel de pertenencia orgánica y funcional al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia, al Poder Ejecutivo" (párrafo 68).

Por tanto, todas las disposiciones vinculadas a la condición de oficial en actividad de los jueces o fiscales militares (equivalencia en grados, requisitos previos para ascender, beneficios asistenciales, intervención del Poder Ejecutivo, entre otras), han sido declaradas inconstitucionales por el TC.

En cuanto al Cuerpo judicial penal militar policial y al Cuerpo fiscal penal militar policial - que estaban conformados por oficiales en situación de actividad-, el TC los ha declarado inconstitucionales también, fundamentalmente por que suponen, por un lado, una indebida restricción a las facultades del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) al pretender restringir el universo de candidatos a magistrados militares, sólo a quienes pertenezcan a dichos Cuerpos judicial y fiscal. Por otro lado, también son inconstitucionales porque han pretendido establecer -sin justificación válida- un estatuto jurídico especial, distinto al de los jueces y fiscales ordinarios previsto en las respectivas leyes orgánicas del Poder Judicial y Ministerio Público, lo que habría afectado los principios de igualdad, independencia y unidad jurisdiccional.

Pero lo más grave es que el Tribunal ha determinado que estos Cuerpos judicial y fiscal pretendieron ser instrumentalizados para nombrar como jueces o fiscales militares a miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. El hilo de la madeja en esta trama puesta al descubierto por el TC, es la inconstitucional Junta transitoria, calificadora y designadora prevista en las disposiciones transitorias:

"...se evidencia cómo el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, diseñado por la Ley 28665, pretende servir como instrumento para nombrar como jueces... a miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional... mediante un inconstitucional organismo denominado Junta transitoria... hasta en tres pasos se aprecia el modo en que los oficiales en actividad de los Cuerpos o Servicios jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, designados por una Junta transitoria -y no por el CNM-, van a convertirse en vocales y jueces "titulares" de la jurisdicción militar..." (párrafo 78).

## 2. Fiscales militares sometidos exclusivamente a la Ley Orgánica del Ministerio Público. Ministerio Público no tiene que esperar desarrollo legislativo

En cuanto al Ministerio Público, la sentencia ha reiterado que no hay excepción posible en el ámbito de la justicia militar pues la Constitución no la contempla y que, en ese sentido, toda Fiscalía por fuera del Ministerio Público vulnera su autonomía consagrada en el artículo 158° de la Carta de 1993. Por ende, ha declarado inconstitucionales los artículos 55° (incisos 1 y 2), 56° (inciso 2) y 82° (inciso 1) de la Ley N° 28665:

"...por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, el principio de igualdad, así como las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que, además de encontrarse establecidos en un estatuto jurídico 'especial', introducen en el Ministerio Público una Fiscalía Penal Militar Policial compuesta por oficiales que provienen de un organismo como el denominado Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial, que no han sido elegidos conforme a los preceptos de la Norma Fundamental y no dependen de los órganos de gestión del Ministerio Público..." (párrafo 103).

En cuanto al Fiscal Supremo Penal Militar Policial, lo que está señalando la sentencia es que debe ser seleccionado y designado por el CNM, como cualquier otro fiscal supremo y que, por ende, debe comportarse y sujetarse a la Ley Orgánica del Ministerio Público que supone, entre otros aspectos, conducción por parte del Fiscal de la Nación y por ninguna otra autoridad:

"...establecen... una Fiscalía Penal Militar Policial compuesta, entre otros, de un Fiscal Supremo Penal Militar Policial, el que se constituye en la autoridad de esta nueva "fiscalía". En suma, se crea una entidad... al interior del Ministerio Público, que resulta independiente y autónoma respecto de este órgano constitucional, implantando una organización especial

e incluso un sistema disciplinario especial, lo que no hace sino evidenciar la fractura de la autonomía de un órgano unitario como lo es el Ministerio Público..." (párrafo 107).

"... el Fiscal de la Nación es quien preside el Ministerio Público, por lo que el Legislador no puede disponer que un determinado grupo de fiscales tenga como órgano que los preside a uno distinto a la Fiscalía de la Nación... es inconstitucional... que el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial dependa funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial" (párrafo 108).

Finalmente, el TC reitera la exhortación que en su momento ya hizo al Ministerio Público, en el sentido de que no tiene que esperar el posterior desarrollo legislativo para llevar a cabo lo que le corresponde en la designación de los fiscales militares. Por ende, ahora la pelota está en la cancha de la Fiscalía de la Nación:

"...tal como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, "la organización y funcionamiento de representantes del Ministerio Público para que ejerzan sus atribuciones en el ámbito de la jurisdicción militar no requiere inexorablemente del dictado de legislación ad hoc". En ese sentido, el Tribunal Constitucional debe declarar que el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial" (párrafo 186).

### 3. Inconstitucional la OCMA militar

El Tribunal también ha declarado inconstitucional el artículo 5º y la Séptima Disposición Complementaria de la Ley N° 28665, que contemplaban un régimen disciplinario especial para los jueces militares. Al respecto, el TC ha señalado que "...este colegiado debe reiterar lo expuesto respecto del principio de unidad de la función jurisdiccional, según el cual el Estado peruano... posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que cada uno de sus órganos deben poseer no sólo similares garantías y reglas básicas de organización y funcionamiento, sino también un mismo régimen disciplinario. En ese sentido, si el Legislador... ha optado por crear una Sala Suprema Penal Militar dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República, entonces esta Sala debe someterse al régimen disciplinario existente dentro del Poder Judicial y no como ha establecido la disposición cuestionada, que permite la coexistencia de dos regímenes disciplinarios dentro del Poder Judicial; uno para los miembros de la Sala Suprema Penal Militar Policial, y otro para el resto de órganos jurisdiccionales..." (párrafo 92).

Sin embargo, llama poderosamente la atención que, habiendo consagrado que no pueden coexistir dos estatutos jurídicos ni dos regímenes disciplinarios para los jueces, en virtud del principio de unidad jurisdiccional, la propia sentencia admita que para las instancias inferiores de la justicia militar -distintas a la Sala Suprema- "...no existe prohibición constitucional para que el legislador pueda crear un régimen disciplinario especial... por lo que la regulación del régimen disciplinario de las instancias de la jurisdicción militar debe asemejarse, en lo posible, al régimen estatuido para el caso del Poder Judicial" (párrafo 93).

Consideramos que en este último punto la sentencia bajo comentario es incoherente con todo lo demás que consagra: ¿qué institución solicitará al CNM, eventualmente, la destitución de un juez o un vocal superior? El artículo 143.3º de la Constitución señala claramente que sólo puede hacerlo la Corte Suprema. ¿Entonces para qué contemplar la posibilidad de un régimen disciplinario especial distinto al establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial?§

### 4. Inconstitucional que la justicia militar dirima las contiendas de competencia entre la justicia ordinaria y la militar

Por otro lado, la sentencia ha declarado inconstitucional el artículo 9º inciso 6 que establecía que la novísima Sala Suprema Militar Policial era competente para las contiendas de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia militar. Era claro, por un lado, que esta disposición rebasaba la competencia exclusiva de la justicia castrense: sólo juzgamiento de delitos de función y, por otro lado, resultaba absurdo que la justicia especial (la excepción) y no la justicia ordinaria (la regla) dirimiera las contiendas de competencia entre una y otra (párrafos 45 y 46).

#### 5. Inconstitucional la competencia de la justicia militar para conocer acciones de garantía

En este caso, también era evidente que el TC iba a declarar la inconstitucionalidad del artículo 15º inciso 7 de la Ley N° 28665, que pretendió conferirle competencia a la justicia militar para conocer de acciones de garantía, cuando es consenso doctrinal que ello es competencia exclusiva de la jurisdicción constitucional y por que, se reitera, la justicia militar sólo tiene una competencia material: el juzgamiento del delito de función de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173º de la Carta de 1993 (párrafo 60).

#### 6. Inconstitucional la autonomía presupuestal de la justicia militar y la titularidad del pliego por parte del Presidente del Consejo Superior Militar Policial

La sentencia también ha declarado inconstitucional la pretendida autonomía presupuestal de la justicia militar prevista en la Ley N° 28665, por vulnerar los principios de unidad e independencia judicial y por que, como era obvio, la Sala Suprema Penal Militar policial no podía estar supeditada presupuestalmente -subordinada, al final- al Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, a quien inconstitucionalmente se le pretendió dar la titularidad de dicho pliego presupuestal (párrafo 63).

#### 7. Inconstitucional la reglamentación de la Ley N° 28665 por parte del Poder Ejecutivo

También ha sido declarada inconstitucional la Sexta Disposición Complementaria de la Ley N° 28665, en la parte que pretendía que dicha ley fuera reglamentada vía Decreto Supremo por el Poder Ejecutivo. Como es obvio, la organización y actuación de un Poder del Estado -en este caso, del Poder Judicial- no puede ser reglamentado por otro Poder del Estado.

#### 8. Inconstitucional todo el régimen transitorio e inconstitucional para la designación de jueces y fiscales militares previsto en las Disposiciones Transitorias

Casi todo el régimen transitorio y abiertamente inconstitucional previsto en las Disposiciones Transitorias de la Ley N° 28665, ha sido expulsado del ordenamiento de inmediato por la sentencia. Así, la Segunda, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias han sido declaradas inconstitucionales en su totalidad y, por ende, los nombramientos que realizó la inconstitucional Junta transitoria, calificadora y designadora han quedado sin efecto, tal como adelantaron en su momento los sendos comunicados públicos del CNM y la Sala Plena de la Corte Suprema.

Es interesante resaltar que el TC ha considerado que este régimen transitorio viola las atribuciones constitucionales del CNM y que "el hecho de que esta Junta transitoria se encuentre conformada por tres representantes del CNM no la legitima para designar temporalmente a los jueces y fiscales de la especialidad penal militar..." (párrafo 166).

Vacatio sententiae: ¿era necesaria nuevamente?

Finalmente, debemos expresar nuestra discrepancia con el extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional que vuelve a contemplar una vacatio sententiae -en esta oportunidad

de seis meses- para que la referida sentencia surta efectos jurídicos, dándole nuevamente la oportunidad al Parlamento para que vuelva a legislar sobre la materia.

En nuestra opinión es un error. Primero, porque la propia sentencia se ha esforzado en sustentar su carácter de "sentencia interpretativa" en relación a algunas disposiciones de la Ley N° 28665 impugnada; por lo que, siendo así, resultaba innecesario un nuevo plazo al legislador. Segundo, porque el Parlamento ha mostrado, hasta ahora, incapacidad para regular esta materia de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, por ende, el TC ya no estaba obligado a volver a remitir esta materia al ámbito legislativo. Tercero, porque el Parlamento, en cualquier momento y en uso de sus atribuciones, puede legislar en relación a la justicia militar; ¿para qué darle un nuevo plazo entonces? ¿Para volver a esperar la hora nona y advertir -como se hizo con la Ley N° 28665- que, de no aprobarse una nueva ley, "desaparecería" la justicia militar? Cuarto, el TC ha tenido el cuidado de declarar la inconstitucionalidad de sólo algunos párrafos de los artículos impugnados y, por ende, ha precisado la redacción de la norma ajustada a la Constitución.

Creemos que no era necesario que el TC contemplara una nueva *vacatio sententiae*. Por el contrario, consideramos que ese nuevo plazo dado al Parlamento podría promover la polarización de posiciones en torno al tema de la justicia militar. Con lo resuelto por esta sentencia del 29 de marzo, la materia ya está regulada de conformidad con el orden constitucional. Si posteriormente el Parlamento desea perfeccionar, aclarar, desarrollar, etc. algún aspecto de dicha normatividad, lo podrá hacer dentro del marco ya definido por la jurisprudencia del TC.