

# TGACETA

## CONSTITUCIONAL & PROCESAL CONSTITUCIONAL

### DIRECTORES

Domingo García Belaunde  
Víctor García Toma  
Samuel B. Abad Yupanqui

TOMO 78 / JUNIO 2014

*Especial*

### CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Inconstitucionalidad parcial de las leyes Servir y del Servicio Militar

Reglas para determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental

Arbitraje potestativo: ¿mecanismo de imposición o de negociación colectiva?

TC fija plazo para la presentación del recurso de queja establecido en el Código Procesal Penal

Elementos probatorios en casos de violación sexual

### JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Sancionar la declaración de paternidad en una institución educativa policial o militar constituye estado de cosas inconstitucional

Embarazo no implica ruptura del vínculo paterno-filial en caso de derechohabientes

Clausura municipal por razones de seguridad no debe ser de carácter permanente

### ENTREVISTA

Al Dr. Víctor García Toma: evaluación del TC saliente y sus nuevos integrantes

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN

**46**  
autores

ENTRE OTROS:

Víctor García Toma  
Luis Castillo Córdova  
Carlos Hakansson Nieto  
Aníbal Quiroga León  
César Abanto Revilla  
Ricardo Beaumont Callirgos

**GACETA**  
JURIDICA

## La constitucionalidad y el servicio militar

Carlos HAKANSSON NIETO\*

### I. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL ANTE LA LEY N° 29248 Y EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1146

La sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 00015-2013-PI/TC) declaró fundada e inconstitucional en parte el artículo 78.9 del Decreto Legislativo N° 1146 e inconstitucional el segundo párrafo del artículo 48 y la frase "o sea menor" del artículo 50 de la Ley N° 29248, modificada por el Decreto Legislativo N° 1146, correspondiendo su expulsión del ordenamiento jurídico, sin perjuicio que el sorteo pueda ser utilizado, correspondiendo al Congreso el deber de emitir una debida regulación.

El Tribunal dispuso en su resolución que no pueden imponerse multas para los ciudadanos omisos al servicio militar, pero sí podrá suspenderse temporalmente sus derechos civiles. Como se encontraba regulado, los ciudadanos que eran sorteados pero no acudían al llamamiento debían ser sancionados con una multa del 50% de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) y, además, con la suspensión de los efectos legales de su Documento Nacional de Identidad (DNI); es decir, quedarían suspendidos sus derechos como ciudadano para realizar actos notariales, celebración de contratos, obtención de pasaporte, operaciones financieras, etc; pero que una vez que se pagaba la multa, se levantará la suspensión. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha declarado sin efecto parte del artículo 78.9 de la Ley del Servicio Militar, es decir, la fijación de una multa del 50% de la UIT, pero considerando conforme con la Carta de 1993 la suspensión temporal

*En razón de la reciente sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional referida al servicio militar, el autor considera cuestionable que se haya decretado tan solo en parte la inconstitucionalidad de la Ley del Servicio Militar cuando las disposiciones cuestionadas, esto es, la que regula el sorteo para el llamamiento y las que contienen la consecuencia ante su incumplimiento, la multa y la muerte civil, se encuentran íntimamente vinculadas. Más aún, si el referido sorteo resulta a todas luces inconstitucional por no partir de una manifestación de voluntad de las personas que podrían ser electas sino de una imposición estatal.*

SUMILLA

del ejercicio de los derechos civiles. A continuación un breve resumen y crítica a sus argumentos:

#### 1. El pago de una multa para evitar el servicio militar es discriminatorio

El Máximo Intérprete de la Constitución declaró inadmisibles que se permita a un ciudadano liberar del servicio militar obligatorio mediante el pago de una compensación pecuniaria. Una disposición que promueve un evidente trato discriminatorio a una mayoría de ciudadanos en razón a su capacidad económica, produciéndose una vulneración del derecho a la igualdad. Al respecto, el Tribunal Constitucional argumenta que "[l]a multa (...) lejos de adecuarse a la finalidad represiva que le corresponde como institución del derecho administrativo sancionador, constituye una válvula de escape idónea para permitir que determinadas personas se sustraigan de su pretendido deber de contribuir al Sistema de Defensa Nacional a través del servicio militar. En ese sentido, se estima que existen razones suficientes para concluir que la regulación impugnada

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Piura. Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo (Comisión Europea).

deviene inadmisibles en términos constitucionales". De este modo, el Tribunal considera que la imposición de una multa en el artículo 78.9 de la Ley de Servicio Militar es inconstitucional, con lo cual quedaría expulsada del ordenamiento jurídico la frase del mismo artículo que establecía la aplicación de dicha multa.

**2. La suspensión de los derechos civiles es temporal**

Con relación a la suspensión de los derechos civiles como una medida sancionatoria a los omisos al servicio militar, el Tribunal considera que no resulta irrazonable disponer la suspensión de los efectos legales del DNI estableciendo en su resolución que "es constitucionalmente posible imponer las referidas sanciones a aquellos que se resistan a cumplir con sus deberes reconocidos en la Constitución, tales como aquel que manda a los ciudadanos participar de la defensa nacional"; sin embargo, advierte además que resulta evidente que bajo ninguna circunstancia será admisible que algún deber o principio constitucional sirva de excusa para privar a una persona de su capacidad de ejercicio de forma indefinida o irreversible, concluyendo que la naturaleza del artículo 78.9 de la Ley del Servicio Militar debe respetar el ordenamiento constitucional "siempre que se prevean mecanismos dirigidos a salvaguardar el derecho fundamental a la personalidad jurídica de tal manera que, antes que constituirse como una condena de 'muerte civil', la medida restrictiva en cuestión esté sujeta a un plazo, a una condición o, cuando menos, a un procedimiento de revisión". Por ese motivo, el Máximo Interpreté exhorta al legislador para que en el más breve plazo se regule un mecanismo

alternativo que evite que la sanción de suspensión de los efectos del DNI derive en una condena equivalente a una "muerte civil", como sería privarle a un ciudadano de su capacidad de ejercicio de forma permanente.

**3. Si se podrán realizar sorteos para cubrir las vacantes del servicio militar**

Dado que la sentencia del Tribunal Constitucional no ha dejado sin efecto el artículo 50 de la Ley de Servicio Militar, por no haberse alcanzado al menos con cinco votos conformes de los magistrados (sólo se alcanzaron cuatro votos), se ha declarado la validez de los sorteos que se convoquen para cubrir las vacantes requeridas para cumplir con el servicio militar; con lo cual, *si el sorteo decide no acudir al servicio militar, el Tribunal ha validado la sanción de suspender, temporalmente, sus derechos civiles derivados del uso del DNI*. Por eso, el Tribunal ha exhortado al Congreso para que, en el más breve plazo, regule un mecanismo que evite que la sanción de suspensión de los efectos del DNI derive en una condena de muerte civil. Para lograrlo, el Parlamento debe establecer que dicha medida restrictiva esté sujeta a un plazo (por ejemplo uno o dos años de suspensión), a realizar una concreta prestación a la comunidad (llámese un voluntariado) o, al menos, un procedimiento de revisión; es decir, si el ciudadano sorteado pueda probar que se encuentra en alguna de las excepciones previstas en el artículo 50 de la Ley del Servicio Militar, ser responsable del sostenimiento del

**El Estado no debería imponer sino promover las carreras militares a fin de que estas puedan profesionalizarse y competir con otras legítimas opciones que los jóvenes posean."**

hogar, cursar estudios universitarios, ser residente en el extranjero o padecer de discapacidad física o mental grave y permanente. También se encontrarían exceptuados de realizar el servicio militar las personas que se encuentren cum-

pliendo alguna pena privativa de la libertad.

Al respecto, con relación a la naturaleza y finalidad del sorteo de plazas vacantes, el diccionario de la Real Academia Española, define al concepto sortear como "someter a personas o cosas al resultado de los medios fortuitos causales que se emplean para fiar a la suerte una resolución". Nos parece que nada hay más alejado de la constitucionalidad que someter a la suerte determinados aspectos y decisiones que están íntimamente relacionados con el ámbito personal y con la libre determinación de las personas en una comunidad política. El sorteo implica una manifestación de voluntad de la persona que acepta con otra ese medio como una solución práctica a una determinada decisión, con fines lícitos, que surtirá efectos entre las partes y asumiendo sus consecuencias jurídicas y económicas, pero nunca como una imposición estatal que pueda estar amparada por la constitucionalidad. En ese sentido, el sorteo de vacantes solo podría ser amparado por lo constitucional en la medida en que el universo de personas implicadas manifiesten su voluntad de realizar el servicio militar pero que las plazas ofrecidas no alcancen para todos los aspirantes que reúnan las mismas condiciones académicas, físicas y psicológicas para realizar una carrera en las fuerzas armadas.

**II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO SE OCUPA DE IMPONER EL ORDEN INTERNO, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA DEFENSA NACIONAL EN UN AMBIENTE DE LIBERTADES, NUNCA IMPONIÉNDOSE A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LAS PERSONAS**

Los principios de idoneidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad deben estar presentes en todo juicio de constitucionalidad que busca analizar el contenido y propósito de una ley, o norma del mismo rango, y descubrir si guarda o no conformidad con los principios que deben inspirar a un Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, la naturaleza de toda norma debe guardar concordancia con los valores y principios que inspiran la constitucionalidad, por eso el establecimiento de deberes a los ciudadanos de cualquier comunidad política debe estar armonizado con el pleno disfrute de los derechos humanos.

Para que las carreras militares y el servicio militar voluntario sigan siendo atractivas a los jóvenes de hoy, especialmente en un mundo globalizado, el mantenimiento de la suspensión temporal del ejercicio de los derechos civiles no es una medida idónea. La redacción de la norma se inspira en un contexto histórico lejano en unos tiempos de avance hacia una gobernabilidad democrática. Las deficiencias para cubrir el número de plazas del servicio militar deben resolverse haciendo más atractiva la carrera militar frente a la educación técnica y superior, las cuales tampoco son incompatibles y podrían estar integradas como parte de la formación de los miembros de las fuerzas armadas. El número de postulantes a las fuerzas armadas disminuyó porque en el país creció la oferta educativa para la enseñanza superior,

todavía más con la ley que permitió la creación de filiales. El servicio militar debió cambiar de estrategia y volverse más atractiva. Ofrecer la posibilidad de una carrera técnica, o el ingreso directo a universidades públicas al culminar el servicio, podrían ser buenas medidas inclusivas a ciudadanos con menos oportunidades de desarrollo personal.

Debemos tener presente que la carrera militar también responde a una vocación, como la de médico, abogado, filósofo o ingeniero, no se debe imponer a la fuerza y menos valerse de la ley para conseguirlo. No olvidemos que las leyes se expiden por la naturaleza de las cosas y no para crear diferencias entre las personas. Su concepción más clásica, la concibe como la ordenación de la razón, dada para el bien común y promulgada por una autoridad competente. Coincidimos con el Tribunal en que la imposición de una multa solo fomentará la evasión de la norma a los ciudadanos que dispongan de los medios económicos para burlar la Ley del Servicio Militar; pues los ciudadanos con menos recursos recurrirán al ingenio de la solidaridad familiar, incluso vecinal, para lograr los mismos objetivos pero en condiciones discriminatorias.

El Estado no debería imponer sino promover las carreras militares a fin de que estas puedan profesionalizarse y competir con otras legítimas opciones que los jóvenes posean en un Estado democrático. Solo así habrá disposición para servir a su país de la forma más conveniente y de acuerdo con su vocación, condiciones, libre determinación y proyecto de vida personal. En resumen, los ciudadanos que poseen más recursos económicos pueden evadir el servicio militar obligatorio por sorteo y cumplirán con el país, los que menos tienen deben realizar el

servicio con amenaza de suspensión del ejercicio de sus derechos civiles si incumplen su obligación cívica. Un trato discriminatorio fundado en la diferente capacidad económica de las personas.

Los derechos civiles están reconocidos y amparados por la Constitución, el artículo 31 de la Carta de 1993 establece claramente que es "[n]ulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos". Una interpretación constitucional mediante el principio de *favor libertatis* nos ayuda a comprender que se trata de una disposición que abarca a todos los derechos que ampara la Carta de 1993, incluyendo lo dispuesto por el artículo 3 (derechos innominados). Es más, para mayor abundamiento, si el artículo 32 de la Constitución peruana establece que no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales (pues se entiende que se realizaría finalmente por una ley de reforma constitucional), con mayor razón una ley ordinaria aprobada por el Congreso tampoco podría lograr el mismo cometido de restringir o abolir los derechos y libertades; de hacerlo, la Constitución se convertiría en un documento fácilmente burlado por el legislador, imponiendo sanciones, económicas y legales, que afectan los derechos humanos por la supuesta afectación de deberes cívicos, los cuales no pueden quedar resumidos solo en el debido cumplimiento del servicio militar, sino que se tratan de deberes que también pueden realizarse cumpliendo con pagar los impuestos y conducirse como un ciudadano respetuoso de las instituciones que conforman un Estado Constitucional de Derecho. La decisión del Tribunal de no declarar la

inconstitucionalidad de una sanción que equivale a una muerte civil, aunque sea temporal, afecta la dignidad de la persona, la raíz y fundamento de los derechos humanos.

### **III. NO CABE LA INCONSTITUCIONALIDAD A MEDIAS DE LAS NORMAS LEGALES**

Un tema aparte pero vinculado con el contenido de la resolución que comentamos es analizar si una

sentencia puede ser declarada inconstitucional en parte; sobre el particular entendemos que ello sólo sería posible en la medida en que las pretensiones del demandante no estén estrechamente vinculadas entre sí, pese a su encuentro en una misma demanda de inconstitucionalidad, producto de la estrategia legal de la parte considerada afectada en sus derechos. En el presente caso, de

acuerdo con nuestros comentarios, no nos encontramos en este escenario, pues, tanto la imposición de una multa, como el sorteo y muerte civil temporal contemplados en la Ley N° 29248 y su modificatoria en el Decreto Legislativo N° 1146 se encuentran estrechamente vinculados, unos con otros, y por tanto son todos actos inconstitucionales producto de una imposición estatal. ■