

LA LEY 28665 Y SUS EFECTOS EN EL AMBITO DEL MINISTERIO PUBLICO

*Luz Clara Tecco Estrella**

SUMARIO: 1.-Defectos de la Justicia Militar. 2.- El poder constituyente originario y poder constituyente derivado. 3.- El rol del Ministerio Público. 4.- El Defensor del Pueblo. 5.- El Consejo Nacional de la Magistratura.

1.- Defectos de la Justicia Militar

En doctrina especializada se ha señalado que la justicia militar ha demostrado en nuestro país un conjunto de falencias, entre las cuales destacan las siguientes:

a) La dependencia del Poder Ejecutivo. De acuerdo al Artículo I del Título Preliminar de la anterior Ley Orgánica de Justicia Militar, los Tribunales Militares constituyen organismos de los Institutos Armados, encarga-

dos de ejercer función judicial. En tal sentido, dependen del Ministerio del sector y finalmente del Poder Ejecutivo.

b) Su naturaleza esencialmente administrativa

A pesar que la Constitución actual le atribuya funciones jurisdiccionales, la justicia castrense es, esencialmente, un órgano del Poder Ejecutivo, que posee caracteres organizativos propios de la administración¹.

¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú. Ob. Cit. 124-127. En el mismo sentido, Yolanda Doig sostiene que la identificación de la actual configuración de la justicia castrense, con los rasgos definitorios de los órganos de la administra-

- c) Se ha generado un ámbito de protección que va mas allá de lo estrictamente castrense
- d) Se ha constatado un uso del derecho penal como mera extensión del poder de mando militar y policial.
- e) La composición de los tribunales es en base a personal militar en actividad, los cuales son claramente, legos en derecho². Destaca su poca preparación jurídica y el excesivo respeto a la jerarquía, lo cual redundó en la imposibilidad de cuestionar la perspectiva de quien aparezca como superior en la jerarquía castrense y vulnerando el derecho de defensa del acusado.
- f) La actuación de procesos marcadamente inquisitivos.
En el proceso militar la acusación no está en manos de una parte acusadora distinta al órgano judicial, sino que depende del Juez de instrucción o del Tribunal³.

- g) La existencia de un Ministerio Público no independiente.
En doctrina también se ha señalado que el Ministerio Público de la Justicia Militar no constituye un órgano judicial independiente sino subordinado a la función judicial militar, no ejerce la titularidad de la acción penal y no se ha configurado con una clara delimitación de funciones⁴.

Si bien los referentes del Código de Justicia Militar de 1898, esto es, el Código Penal Militar Francés modificado al 31 de agosto de 1878 y el Código Español de Justicia Militar de 1890, fueron ya superados en sus países de origen y sustituidos por regulaciones que rechazan los principios inquisitivos y tradicionales que los inspiraron, en el Perú el modelo de justicia castrense diseñado por el Código de Justicia Militar de 1898, continúa sustancialmente vigente y como lo refleja la nueva ley, intenta preservarse con los defectos anotados.

ción, ha provocado que aquella sea considerada como un sector más de la administración castrense. DOIG DÍAZ, Yolanda. La Justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Ob. Cit. pp. 52-53.

² El Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, modificada por la Ley N° 26677, establece que los tribunales están integrados por oficiales en actividad, en algunos casos pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar.

³ ASECIO MELLADO, José María. Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal. 2001-2002. Ob.Cit. 74-77.

⁴ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El Ministerio Público en la Justicia Militar. En: La Reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal 2001- 2002. Ob.Cit. pp. 390-391.

Con dichos antecedentes, la aprobación de la Ley 28665, la nueva Ley de Justicia Militar, supuestamente estaba dentro de una perspectiva de solución de las graves críticas que generó la justicia militar en nuestro país. Sin embargo, como veremos, el supuesto objetivo protector e institucional democrático, fue dejado de lado por una normativa cuestionable y atentatoria contra el Estado Democrático de Derecho. Las situaciones o consecuencias de la Ley 28665 que nos parecen constitucionalmente inviables son las siguientes:

1. La Ley 28665 en su segunda disposición transitoria establece que los fiscales militares serán nombrados, no por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), sino por una Junta Transitoria, Calificadora y designadora, la misma que será la encargada de la designación de los vocales de la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, del Consejo Superior, Consejos Territoriales y jueces de juzgados de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial.

Asimismo, extiende en la cuarta disposición transitoria dicha facultad para el caso de los fiscales militares.

2. Respecto a los integrantes de dicha Junta transitoria, calificadora y designadora, entre otros, se tiene que la misma se conforma del siguiente modo:

- Dos oficiales jurídicos militares policiales en situación de retiro con grado de General de Brigada o similar y que hubiesen desempeñado labor jurisdiccional en la justicia militar policial, designados por el Consejo Supremo de Justicia Militar.
- Dos oficiales jurídicos militares policiales, igual que los anteriores, pero que hubiesen desempeñado labor fiscal, también designados por el Consejo Supremo de Justicia Militar.
- Tres representantes designados por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM).

Por tanto, la consecuencia de la forma como se ha estructurado a dicha instancia es que siempre los integrantes castrenses tendrán la última palabra en materia de nombramientos.

3. En lo referente al control disciplinario, el artículo XII del Título preliminar de la Ley 28665 establece que el Cuerpo fiscal penal militar policial depende funcionalmente del Fiscal Supremo Penal militar policial. Ello aparece como una cuestión positiva en la medida que se preservaría el aspecto institucional del Ministerio Público. Dicho aserto supuestamente se vería confirmado en tanto la ley señala que los integrantes del cuerpo fiscal penal militar también se encuentran comprendidos en los alcan-

ces del ámbito de control interno del Ministerio Público. Hasta allí, la configuración aparecería como irreproachable. Sin embargo, la ley determina que el control disciplinario, lejos de estar en manos del órgano de control del Ministerio Público, será ejercido a través del Fiscal Supremo penal militar policial y los fiscales penales militares policiales de todos los niveles. Es decir, se genera un espacio cerrado al control institucional que debe existir por parte del Ministerio Público, respecto de todos sus integrantes, sin excepción, sea cual sea la especialidad de los mismos. Ello resquebraja la institucionalidad del Ministerio Público.

4. En el artículo 55.4° se establece que el Fiscal Supremo Penal Militar policial que actúa ante la Sala Suprema Penal militar policial, pasa a integrar la Junta de Fiscales Supremos. Es decir, forma parte del órgano de gobierno del Ministerio Público.
5. Se establece también en los artículos 54.1° y 55.4°, que el Fiscal supremo penal militar policial encargado del control disciplinario, forma parte del control interno del Ministerio Público. Dicha medida aparece como inútil o sin razón de ser, dado que el control interno se da sobre el incumplimiento de deberes, las inconductas funcionales, y no se basan en la especialidad del magistrado.
6. En el artículo 56.1.5° se establece que el Fiscal Supremo Penal Militar policial presenta todos los años un informe de la labor realizada. Dicho informe es elevado al Fiscal de la Nación.
7. En el artículo 56.2° establece que solo con el carácter de excepcionalidad, las funciones del Fiscal Supremo penal militar policial, pueden ser asumidas por el Fiscal de la Nación. Supuestamente, según se deduce del principio de jerarquía administrativa y del rango constitucional, debería ser al revés. Según la redacción del artículo 56.2°, el Fiscal Supremo Penal Militar se encontraría al mismo nivel que el Fiscal de la Nación. Es decir, se está generando una jerarquía paralela a la prevista por la Constitución de 1993.
8. En materia de contienda de competencias, el artículo 9.6° de la ley 2866 otorga a la Sala penal militar policial de la Corte Suprema, la competencia para dirimir las cuestiones de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia militar, facultad que se encontraba en manos de las Salas penales de la Corte Suprema. Es decir, del fuero común se está intentando volver a configurar la contienda de competencia de un modo similar al pasado, con el riesgo que ya se sabe para los casos de violación de derechos humanos.

Es decir, lo que hace la ley es arrebatar a las Salas penales de la Corte Suprema la posibilidad de decidir las contiendas de competencia en los casos de delitos comunes como son los casos de violaciones a los derechos humanos.

Complementado con lo anterior, la ley 28665 en su artículo 6.2° establece que en el caso de contienda de competencia el procedimiento aplicable es el previsto en el Código de Justicia Militar policial, cuando se sabe que ello se encuentra regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, para impedir que respecto a la contienda de competencia exista la posibilidad de ejercer una facultad sancionadora, sobre quienes hagan un uso indebido de la misma, la ley 28665 en el artículo 6.3° ha establecido que el hecho de asumir cuestiones de competencia y luego tramitar una contienda de competencia, no implica responsabilidad disciplinaria ni penal. La vocación de la ley es entonces, por promover un uso y abuso sin que ello genere responsabilidad alguna por parte de los Fiscales penales militares.

2.- El poder constituyente originario y poder constituyente derivado

El texto constitucional que establece la vigencia de los derechos humanos, del

principio de la división de poderes, que reconoce a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado y que en formula en el artículo 139 un conjunto de garantías procesales entre las cuales se encuentra el principio del debido proceso, es fruto de lo que se conoce como el poder constituyente originario, aquel que formula, genera las instituciones políticas con ciertos límites, en orden a preservar los valores y principios anotados.

Es así que la actuación de las instituciones generadas, concreta lo que se conoce como «poder constituyente derivado», es decir, una línea de continuidad en relación al poder constituyente originario. Se trata, sabemos, de un poder constituyente ya juridificado, y que se somete a los límites que se han establecido en la Constitución. Por tanto, el poder constituyente derivado solo podrá actuar dentro de los límites previamente establecidos por el poder constituyente originario, pero que no son los únicos límites⁵.

A grandes líneas se ha establecido respecto de este poder constituyente derivado lo siguiente:

- Emana de la propia Constitución. Por lo tanto su origen debe ser legítimo.
- Lo constituyen el conjunto de órganos en donde se debe expresar la voluntad soberana:

⁵ PEREZ SERRANO, Nicolás. Tratado de derecho político. Pág. 466.

- Poder Legislativo
- Poder Ejecutivo
- Poder Jurisdiccional
- Tienen una función limitada y realizan, concretan un mandato superior.

Encontramos que el poder constituyente derivado residente en el Poder legislativo, mediante la aprobación de la ley 28665, intenta generar una situación contraria a lo establecido en el poder constituyente originario que dio origen a la Carta Política de 1993.

3.- El rol del Ministerio Público

Se reconoce que fue la Constitución de 1979 la que estableció por vez primera la autonomía del Ministerio Público, el cual aunque es parte de la estructura del Estado, no se configura como un Poder, tal como ocurre con el caso del Ejecutivo o Legislativo, ejemp. Se configura como una institución «extra poder». Las funciones que se le han encomendado son:

- Defensor de la Legalidad.
- Custodio de la independencia de los órganos jurisdiccionales y de la recta administración de justicia.
- Titular del ejercicio de la acción penal pública.
- Asesor u órgano ilustrativo de los órganos jurisdiccionales.

Por tanto, estamos frente a funciones amplias y variadas, lo cual determina la configuración de una magistratura independiente. Dicha independencia es lo que permite al Ministerio Público hacer valer las exigencias del poder constituyente originario, cuando las instituciones corran el riesgo de ser desnaturalizadas o desaparecidas por acciones provenientes de cualquier sujeto de derecho público o privado.

Asimismo, los derechos formulados en la Constitución, necesitan o requieren de un proceso donde ellos deben prevalecer por sobre toda exigencia opuesta. La Constitución Política ha formulado ciertos ejes cuya vigencia tiene un impacto en el conjunto de la administración de justicia y en la institucionalidad democrática:

- El artículo 1 de la Constitución Política reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado.
- El artículo 2 de la Constitución reconoce explícitamente la igualdad de todas las personas ante la ley, por tanto, no se debe tolerar discriminaciones de ninguna índole.
- El artículo 43 de la Constitución establece al Perú como una república democrática, social, independiente y soberana.
- El artículo 44 de la Constitución establece como deber primordial del Es-

tado el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

- La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prescribe que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, que hayan sido ratificados por el Perú. Tales derechos y garantías se encuentran regulados en los arts. 2 y 139 de la Constitución.

Por tanto, encontramos que la ley 28665, ley de Justicia militar, es contradictoria con las exigencias que plasman las directrices señaladas.

4.- El Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo es el encargado, por mandato constitucional, de la defensa de los derechos constitucionales. Posee los siguientes alcances institucionales⁶:

- Se trata de una institución de control político y administrativo, independiente de los poderes públicos.
- Solo puede operar eficazmente en Estados comprometidos con el ideal y principios de la democracia.
- Se constituye en un «escudero» de los intereses y derechos ciudadanos frente a la burocracia estatal y cuya actividad puede incurrir en el abuso, negligencia, error, inmoralidad. Por ello es que el defensor contribuye al imperio del Estado de Derecho y contribuye a consolidar la seguridad jurídica de los administrados.
- El defensor del pueblo aunque no tiene atribuciones para revocar los actos administrativos, puede señalar los peligros de tales actos para los derechos ciudadanos.

De acuerdo a lo anotado es que se reconoce que las atribuciones principales del defensor del pueblo serían cinco:

- Salvaguardar la plena vigencia de los derechos humanos de los ciudadanos de un país, frente a los abusos o excesos que surgen desde la actividad de las entidades públicas.
- Con su actividad promueve el conocimiento de los derechos ciudadanos.
- Tiene por tanto, la legitimación para promover la interposición de acciones de garantía.
- La supervisión de los servicios públicos, para promover niveles óptimos de eficiencia, legalidad y moralidad por parte de los operadores.

⁶ Cfr. GARCIA TOMA, Victor. Análisis sistemático de la constitución peruana de 1993. T. I. Pp. 272-274.

- Tiene la iniciativa legislativa en materia de derechos humanos y supervisión de los servicios públicos.

Como conclusión, creemos que el Defensor del pueblo se encuentra en aptitud de hacer frente a la ley 2866 y lo que ella implica, mediante la interposición de una acción de garantía o también mediante la recomendación de una modificación legal que elimine de la ley 28665 las normas que son atentatorias de la Constitución.

5.- El Consejo Nacional de la Magistratura

Constitución Política 1993

Art. 150.- El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de la elección popular.

El Consejo Nacional de la magistratura es independiente y se rige por su ley orgánica.

Constitución Política 1993

Art. 154.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombra-

mientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.

2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al poder judicial ni al ministerio público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.
3. Aplicar la sanción de destitución a los vocales de la corte suprema y fiscales supremos y, a solicitud de la corte suprema o de la junta de fiscales supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.
4. Extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita.

Según se puede concluir de la normativa constitucional citada, el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano independiente en su composición porque sus miembros son nombrados por diversos organismos entre los cuales no se hallan ni el Ejecutivo ni el Legislativo. Su nominación al ser muy diversa y compleja, hace casi imposible que los poderes políticos del Estado, y aún los partidos políticos, puedan tener mayoría en él.

Claramente, se comprueba que la normativa constitucional destaca que la función principal del Consejo Nacional de la Magistratura consiste en seleccionar y nombrar a los jueces y fiscales de todos los niveles y evalúa uno por uno a todos los candidatos a fin de seleccionar a los idóneos.

Supuestamente, la única excepción a esta regla era el caso de los jueces de paz, y eventualmente, con los de primera instancia según el artículo 152 de la Constitución. Sin embargo, la ley 28665 lo que hace es agregar un nuevo supuesto de excepción, y es el caso de los jueces y fiscales penales militares, los cuales ya no tienen que pasar por la aprobación del CNM, dado que la famosa «Junta Transitoria, Calificadora y designadora» es la encargada de nombrar a los jueces y fiscales penales militares. Ahora bien, el que dentro de dicha Junta Transitoria se encuentren tres representantes del Consejo Nacional de la Magistratura, tiene como fin disfrazar el que ya no será el CNM la instancia decisoria, sino la voluntad de los otros integrantes de dicha junta, los cuales pertenecen a las Fuerzas Armadas y Policiales. Por tanto, la propia norma nos revela que frente a la posibilidad de una inconstitucionalidad al incumplir el mandato del artículo 10 de la Constitución, los promotores de la ley no se les ocurrió mejor idea que hacer participar al

CNM en una Junta que claramente, atenta contra la Independencia del CNM. La Constitución es clara: solo el CNM y nadie más, puede nombrar jueces y fiscales. La Constitución no prevé ningún tipo de órgano compartiendo dicha facultad con el Consejo Nacional de la Magistratura.

Como conclusión, podemos señalar que la ley 28665 es inconstitucional al infringir los artículos constitucionales referentes al Consejo Nacional de la Magistratura.

APRECIACION FINAL

La democracia constituye también un ámbito de cultura. En doctrina especializada se afirma que la democracia requiere para su realización o vigencia, de prácticas sociales y comportamientos que afirmen su existencia y vigencia a los miembros de la comunidad⁷. Como resultado de ello, una democracia que fuera ajena a las necesidades y demandas sociales, divorciada de los hábitos del grupo, sería una democracia irreal, inútil y que poco a poco se desgastaría irremediablemente.

Por tanto, el destino de la democracia se encuentra en sus protagonistas, tanto jurídicos como políticos. Frente a un intento que tiende a configurar un panorama favorable a la impunidad de los ac-

⁷ GARCIA TOMA, Víctor. Ob. Cit. T. II., Pág. 29.

tos de violación de derechos humanos, tal cual nuestro país sufrió en el pasado, la cultura democrática debe ser sostenida por instituciones tales como el Ministerio Público, el defensor del Pueblo y el Poder Judicial.

Sabemos que cada magistrado tiene el poder de inaplicar las normas consideradas inconstitucionales, pero dicho poder de inaplicar se ve amenazado por la figura de un juez penal militar, sin formación jurídica y proveniente de una instancia que tradicionalmente ha actuado en la mayoría de los casos, como cómplice de los violadores de derechos humanos. Sabemos que el Defensor del Pueblo se encuentra legitimado para interponer una acción de inconstitucionalidad, mas su facultad no alcanza hasta poder enervar los efectos de la norma.

Ahora bien, el Ministerio Público es la instancia con el rol de velar porque la actuación de los magistrados judiciales y del sistema en general, se proyecte hacia un ámbito compatible con las normas constitucionales. Dicha posibilidad queda sesgada en la nueva ley, en la figura de los fiscales penales militares.

Por tanto, la ley refleja una clara voluntad de evitar que las facultades de las que, está provisto el sistema político y jurídico de la democracia en el Perú, en defensa de los valores y principios cons-

titucionales, sean eficaces. La ley 28665 refleja el intento de dejar vacío de contenido a la normativa constitucional garantista.

Lo anterior nos debe llevar a la reflexión de la necesidad de instaurar un mecanismo mediante el cual los proyectos de ley que, a semejanza de la ley 28665, contengan normas no solamente inconstitucionales sino que atentan directamente contra las garantías institucionales que la Constitución promueve (la independencia del Ministerio Público, del Poder Judicial, la división de poderes, etc.) no lleguen a consagrarse como normas jurídicas. Admitir por un instante la vigencia de tales normas desviaría —tal como ocurre ahora— la atención y recursos de las instituciones del Estado, abocados, como ahora, a tener que luchar contra el poder de una mafia que no da muestras de ceder en sus intentos por lograr la impunidad de sus mentores y partícipes.

Aunque los congresistas no son responsables por las opiniones y dictámenes que hayan emitido en ejercicio de sus funciones, ello debe cambiar si es que mediante la potestad constitucional de poder generar normas jurídicas, se intenta atacar al propio texto y espíritu de la Constitución. Las instituciones y mecanismos que la democracia ha formulado para la defensa de ella misma, no pueden ser desvirtuados por quienes

debieran ser sus defensores. Creemos que es labor de la doctrina especializada determinar la posibilidad de configurar un nuevo delito, el cual consistiría en un concierto o conspiración de los representantes a Congreso para promo-

ver normas que atentan contra el sistema democrático, al alentar subrepticamente una situación favorable a la impunidad de los actos violadores de los derechos humanos, y al pretender resquebrajar las garantías institucionales.

* Fiscal Provincial en lo Penal Titular del Distrito Judicial de Lima. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política en Pre y Post Grado de la UNMSM.