

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"



OFICIO N° 117 -2022 -PR

Lima, 27 de abril de 2022

Señora
MARÍA DEL CARMEN ALVA PRIETO
Presidenta del Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Autógrafa de Ley que modifica el artículo 10 de la Ley 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas. Al respecto consideramos conveniente observar la misma por lo siguiente¹:

Sobre la Autógrafa de Ley

1. La autógrafa de ley tiene como objeto modificar el artículo 10 de la Ley N° 28359 para establecer el periodo de ejercicio del cargo del jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y de los Comandantes Generales de las instituciones armadas. Asimismo, establece las causales de cese en dichos cargos.

La modificación del artículo 10 de la Ley N° 28359 tiene como propósito establecer lo siguiente:

- a. El Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y el Comandante General de cada institución armada ejercen el cargo por dos (2) años (ya no como máximo 2 años).
- b. Se establecen las causales de cese antes de los dos (2) años:
 - i) muerte; ii) solicitud de pase al retiro; iii) incapacidad física permanente (debidamente declarada por junta médica que precise su inhabilitación para el ejercicio de la función); iv) por incurrir en falta muy grave (de acuerdo al régimen disciplinario de las fuerzas armadas); v) incurrir en la comisión de delito doloso (declarada por sentencia firme del Poder Judicial), y; vi) por incurrir en la comisión de delito flagrante (sin diferenciar si fue por dolo o por culpa).
- c. Asimismo, dispone que el Presidente de la República: i) comunicará al cesado, de manera personal, el motivo del cese, y; ii) le entregará un documento escrito, en el que se sustente la causal de cese.

2. Respecto al párrafo precedente (c.), debemos señalar:

No corresponde al Presidente de la República comunicar de manera personal el cese del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas

El literal a) del artículo 5 de la Ley N° 28359 dispone que "el grado militar se acredita con el Despacho otorgado a nombre de la Nación (...) por el Presidente de la República, mediante Resolución Suprema, refrendada por el Ministro de Defensa, para Oficiales Generales y Almirantes, a propuesta de su respectiva Institución Armada".

¹ Sobre la base del Informe N° 054-2022-JUS/GA.

En aplicación del principio de razonabilidad², si la concesión del grado militar se realiza a través de una resolución suprema, el cese en el ejercicio del cargo debe configurarse a través del mismo tipo normativo.

No obstante, en la autógrafa de ley se está disponiendo de una formalidad distinta (comunicación al cesado sobre los motivos del cese y entrega de documento escrito motivado) al empleado para acreditar el grado militar y que habilita al ejercicio del mismo (emisión de resolución suprema).

Como puede apreciarse, se genera una injerencia arbitraria sobre la potestad del Presidente de la República en torno al cese del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y el Comandante General de cada institución armada.

En efecto, se desconoce la potestad del Presidente de la República de emitir resoluciones, conforme establecen el artículo 118 numeral 8) de la Constitución y el artículo 11 numeral 4) de la Ley N° 29158 (Ley de organización y funciones del Poder Ejecutivo).

A mayor abundamiento, este extremo cuestionado de la autógrafa (comunicación al cesado sobre los motivos del cese y entrega de documento escrito motivado) constituye un acto posterior a la emisión de la resolución suprema y que no le corresponde al Presidente de la República.

Ello se puede acreditar en el artículo 11 numeral 4) de la Ley N° 29158³ que dispone dos estaciones procedimentales en torno a las resoluciones supremas:

- Decisión: Esta decisión de carácter específico es rubricada por el Presidente de la República. Además, es refrendada por el ministro a cuya competencia corresponda.
- Notificación o publicación: Con posterioridad a la citada estación, son: i) notificadas (de acuerdo a la Ley del Procedimiento Administrativo General), o; ii) se publican en los casos dispuestos por ley.

Debe prestarse especial atención a que el citado extremo de la autógrafa de ley vulnera el mandato del artículo 11 numeral 4) de la Ley N° 29158, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad⁴.

² "La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor Justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, 'implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos' (Exp. 0006-2003-AI/TC. F.J. 9)" (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA, fundamento jurídico 12).

³ Artículo 11.- Facultad normativa del Presidente de la República
Corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos: (...)

4. Resoluciones Supremas.- Son decisiones de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Son notificadas de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General y/o se publican en los casos que lo disponga la ley".

⁴ "Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos.

En principio, dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquel hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él.

La competencia deviene en la atribución de autoridad otorgada para generar una manifestación de poder. Su otorgamiento no sólo comprende el ejercicio de disposición, sino también el límite de su uso como potestad. En ese contexto, el Estado, a través de uno de sus órganos u organismos constitucionales puede manifestar válidamente, fruto de una competencia imperativa o discrecional –según lo dispongan la Constitución o las normas del bloque de constitucionalidad-, su voluntad política" (Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0013-2003-CC, fundamento jurídico 10.5).

En efecto, desconoce una competencia personal⁵ exclusiva del Presidente de la República establecida en el artículo 118 numeral 8) de la Carta Política y desarrollada por el referido dispositivo legal, ya que instituye un procedimiento adicional sobre el Presidente de la República, el cual es distinto al previsto por ambas normas.

En todo caso, el procedimiento de notificación referido en la autógrafa corresponde a otro funcionario, mas no al Presidente de la República, ya que los citados dispositivos contienen mandatos cerrados que constituyen reglas sobre el ámbito de actuación presidencial.

No corresponde al Presidente de la República notificar con documento escrito, sustentando la causal, el cese del Jefe del Comando Conjunto de la Fuerzas Armadas

El numeral 14) del artículo 118 y el artículo 167 de la Constitución Política establecen el rol del Presidente de la República en torno a: i) su función como presidente del Sistema de Defensa Nacional; ii) su potestad de organizar, distribuir y disponer de las Fuerzas Armadas, y; iii) su calidad como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

Las tres calidades mencionadas en el párrafo precedente constituyen los límites establecidos por los citados dispositivos de la Carta Fundamental para el ejercicio de las funciones del Presidente de la República en torno a las Fuerzas Armadas.

En ese sentido, nuestro modelo regula dichas funciones no como actividades discrecionales amplias, sino como una reglada por el numeral 14) del artículo 118 y el artículo 167 del Texto Político; vale decir, esta materia se encuentra ya acotada o restringida en términos constitucionales. Ello le sirve de base para ejercer un mínimo de discrecionalidad para la realización de los actos previstos en la autógrafa de ley, ya que se enmarcan dentro de su potestad como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional al desarrollar aspectos y materias relativas a la discrecionalidad en la actividad estatal ha señalado que la discrecionalidad política tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental⁶.

Cualquier requisito adicional a los previstos en el numeral 14) del artículo 118 y el artículo 167 de la Carta Fundamental en torno a las Fuerzas Armadas, excede dichos mandatos y, en consecuencia, vulnera el principio de supremacía constitucional y el principio de interdicción de la arbitrariedad, consagrados en los artículos 51 y 103 de la Carta Política, respectivamente.

5 "La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué operadores o agentes del poder político se encuentran facultados para realizar un determinado acto a nombre y en representación del Estado.

En puridad, el sistema constitucional hace referencia a ciertos sujetos denominados autoridades para que, operando algún órgano u organismo constitucional, sean protagonistas de ciertas acciones hacia terceros (otras autoridades o gobernados)" (Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0013-2003-CC, fundamento jurídico 10.5).

6 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0009-2004-AA/TC, fundamento jurídico 9.



Por las razones expuestas, se observa la Autógrafa de Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,

JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES
Presidente de la República

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ
Presidente del Consejo de Ministros

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 28359, LEY DE
SITUACIÓN MILITAR DE LOS OFICIALES DE LAS FUERZAS
ARMADAS**

**Artículo único. Modificación del artículo 10 de la Ley 28359, Ley de Situación
Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas**

Modifícase el artículo 10 de la Ley 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, en los términos siguientes:

**“Artículo 10.- Del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y
del Comandante General de la respectiva institución armada**

El General de División del Ejército, el Vicealmirante de la Marina de Guerra o el Teniente General de la Fuerza Aérea, en situación de actividad, que sea designado Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o Comandante General de su institución armada; ostentará la denominación de General de Ejército, Almirante de la Marina de Guerra o General del Aire, respectivamente, otorgándosele los distintivos correspondientes.

Las denominaciones previstas en el párrafo anterior son ejercidas únicamente con fines de representatividad y las preeminencias que corresponden al cargo. No constituyen grado en la jerarquía militar, ni mayor remuneración o beneficio adicional alguno al percibido por los Generales de División, Vicealmirantes y Tenientes Generales de la respectiva institución armada.

Los Oficiales Generales o Almirantes que sean nombrados como Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o Comandante General de la institución armada correspondiente, ejercen sus funciones por un periodo de dos (2) años; pudiendo prorrogarse por un año adicional únicamente en el caso del Jefe del Comando Conjunto.

El Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o los Comandantes Generales de las instituciones armadas pueden ser cesados antes de los dos (2) años únicamente por las causales siguientes:

- Por muerte.





- Por solicitud de pase a retiro del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o de los Comandantes Generales de las instituciones armadas.
- Por incapacidad física permanente debidamente declarada por una junta médica, que precise su inhabilitación para el ejercicio de la función.
- Por incurrir en falta muy grave, de acuerdo al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- Por incurrir en la comisión de delito doloso, declarada por sentencia firme del Poder Judicial.
- Por incurrir en la comisión de delito flagrante.

El motivo del cese deberá ser comunicado de manera personal por el Presidente de la República, quien le entregará además un documento por escrito, debidamente sustentado en una de las causales de cese.

En caso de cumplir los cuarenta (40) años de servicios como Oficial durante el ejercicio de cualquiera de los cargos señalados en el presente artículo, pasan a la situación de retiro”.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ocho días del mes de abril de dos mil veintidós.

MARÍA DEL CARMEN ALVA PRIETO
Presidenta del Congreso de la República

LADY MERCEDES CAMONES SORIANO
Segunda Vicepresidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA