

**1° JUZGADO CONSTITUCIONAL**

**EXPEDIENTE : 16580-2013-85-1801-JR-CI-01**

**MATERIA : ACCION DE AMPARO**

**ESPECIALISTA : JIMENEZ CHACA, YASMINE FELICITA**

**DEMANDANTE : EDUARDO ERNESTO VEGA LUNA DEFENSOR DEL PUEBLO ,**

**RESOLUCIÓN N° UNO.**

Lima, dieciocho de  
Junio de dos mil trece.-

*18  
6 ced. Habilidadaciones*

**ATENDIENDO:** **AUTOS Y VISTOS;** Al principal y otrosíes; **Y**

**PRIMERO:** A que, según se advierte de la solicitud en calificación, la Defensoría del Pueblo solicita medida cautelar, para que se deje sin efecto el sorteo público de 12,500 personas en edad de prestar servicio militar que se realizará el 19 de los corrientes, por el Comando de Reservas y Movilización del Ejército, en tanto se resuelva la demanda de amparo; a efectos de preservar los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y al reconocimiento de la personalidad jurídica, los cuales señala, se encuentran en peligro de ser vulnerados irremediablemente con motivo del citado Sorteo.

**SEGUNDO:** A que, planteado así el petitorio cautelar, lo que en realidad está pretendiendo la Defensoría del Pueblo es una medida innovativa, en tanto que, lo que trata con tal petición es modificar la situación de hecho del derecho que se pretende resguardar en el proceso principal; siendo ello así, debe entenderse que esa es su pretensión cautelar.

**TERCERO: Enunciado normativo:** Las medidas cautelares son mecanismos de protección y garantía del resultado del proceso iniciado (o por iniciarse) con la finalidad de evitar que el derecho controvertido sea iluso o se pierda o diluya por el paso inevitable del tiempo al expedirse una sentencia favorable al demandante del proceso. A tal efecto, la normatividad procesal (y la doctrina de la Teoría del Proceso) nos otorga una serie de providencias cautelares a efectos de obtener la finalidad descrita con anterioridad. Por ello, el juzgador –antes de resolver la concesión o no de una medida cautelar- deberá ponderar los derechos afectados (en una eventual ejecución de la misma) con el interés particular del solicitante de la medida, conforme al artículo 15° del Código Procesal Constitucional.

PODER JUDICIAL  
*[Firma]*  
DR. DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1° Juzgado Constitucional de Lima  
C. P. MINISTERIO DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL  
*[Firma]*  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1° Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Exp. N° 173-95-P-03 JULI-PJ

**CUARTO:** A que, siguiendo el criterio expuesto por Marianella Ledesma, tenemos que la medida cautelar es una expresión de tutela urgente, en la que concurren la tutela ordinaria y la tutela anticipada (caso de autos- medida cautelar innovativa).

En ese orden de ideas, la tutela ordinaria se construye con una simple apariencia del derecho y con la urgencia, justificada en el peligro en la demora; situación diversa cuando se trata de una tutela anticipada. Aquí la tutela que se busca alcanzar es de mayor trascendencia, pues ingresamos a una situación excepcional, orientada no al aseguramiento sino a la entrega anticipada del derecho en discusión para su pleno disfrute, sin tener la certeza del derecho invocado. Esto implica una decisión de mayor cobertura pues no asegura nada sino que se entrega directamente al demandante el disfrute del derecho que se busca restablecer. Esto nos lleva a señalar que la tutela anticipada no se construye con la verosimilitud, sino de la casi certeza del derecho que se busca y la urgencia se sustenta en dos situaciones: **a)** La necesidad impostergable del que la pide (ver artículo 674° del Código Procesal Civil aplicado de manera supletoria) y **b)** el peligro irreparable e inminente (ver los artículos 682° y 687° del Código Procesal Civil).

**QUINTO:** A que, en el caso de autos, se desprende de lo referido en el primer considerando, como del contexto de los hechos, que la pretensión cautelar pretendida es una medida coincidente, dado a que un extremo de la pretensión principal es la misma que se peticiona en el presente cuaderno; por consiguiente, los presupuestos para concederse dicha medida, según lo expuesto líneas arriba son: la casi certeza del derecho y la necesidad impostergable, y adicionalmente a ello, las exigencias que establece para la concesión de una medida cautelar el artículo 15 del Código Procesal Constitucional; presupuestos que deberán analizarse a efectos de determinar si es procedente o no lo solicitado por la accionante.

**SEXTO: Fundamentos de la pretensión cautelar:** A que, la Defensoría refiere, que, el mecanismo de sorteo público, cuando haya menos seleccionados, no se condice con la finalidad prevista en la Ley 29248, señala que incluso el Ministerio de Defensa, a través de su Dirección General de Recursos Humanos para la Defensa, sostuvo que: (...) cuando el número de seleccionados voluntarios exceda el requerido por las Instituciones de las FFAA para cubrir las necesidades del personal para el servicio militar en el activo, las juntas de calificación y selección realizarán un sorteo público con la presencia de los postulantes aptos, con la finalidad de definir quienes serán incorporados a filas. Dicho caso no se dará cuanto el número de seleccionados voluntarios sea menor al requerido por las instituciones de las FF AA debido a que actualmente el servicio militar es voluntario y no sería pertinente

PODER JUDICIAL  
DR. DANILO SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
Tribunal Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

incorporar procedimientos establecidos cuando este era obligatorio, por lo que señala, que la vulneración es verosímil incluso para los propios demandados; asimismo manifiesta, que el servicio militar es un mecanismo que concreta el deber de toda persona de contribuir con la defensa nacional, pero no debe traducirse necesariamente en un modelo de servicio militar que lo haga obligatorio, como ocurre con el sorteo previsto en el artículo 50° de la Ley 29248, toda vez que los deberes de solidaridad o colaboración no se satisface con la sola alegación de la necesidad de personal para el servicio militar, sino en la existencia de un riesgo inminente o de afectación real a la seguridad nacional (...); que no se ha cumplido con justificar las razones que obligan a recurrir a una medida como el sorteo (...); que el citado sorteo constituye una amenaza al derecho a la no discriminación de un significativo grupo de personas, entre las que se encuentran las de mayor pobreza y exclusión (...); que la norma en cuestión determina dos supuestos de trato diferenciado que vulneran el derecho a la no discriminación, el que se configura con la obligatoriedad del servicio para aquellas personas que no pueden pagar la multa del 50% de la UIT, respecto de aquellas que si están en condiciones de hacerlo, y el segundo establece la obligatoriedad del servicio para las personas que no cursan estudios universitarios ni son responsables del sostenimiento del hogar (...), lo que no se condice con el modelo voluntario del servicio militar (...).

**SÉTIMO:** A que, de lo glosado en el considerando que precede, como del admisorio de la instancia que aparece descargado en el Sistema, según consta del SIJ, la pretensión principal en los presentes actuados es la inaplicación del artículo 50 de la Ley 29148 -Ley del Servicio Militar-, en virtud a lo cual, a efectos de verificarse los presupuestos exigibles para la procedencia de la medida solicitada, debe tenerse en cuenta los extremos reales de la pretensión principal, como ha sido establecido por la Judicatura.

**OCTAVO: De la casi certeza del derecho pretendido:** A que, teniendo en cuenta los términos expuestos por la recurrente, a efectos de verificarse la casi certeza del derecho pretendido, se requiere determinar la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 29248, en tanto que es en virtud de lo establecido en dicho numeral que se ha dispuesto el sorteo público aludido que se pretende suspender con la presente medida innovativa, para el que corresponde efectuarse un discernimiento preliminar sumario respecto a aquello, de modo que prima facie pueda asumirse si se configura el presupuesto de casi certeza del derecho pretendido.

En ese contexto, debe tenerse en cuenta que, como ha establecido el Tribunal Constitucional entre otras en la STC.0006-2009-PI/TC, para que una disposición normativa pueda intervenir sobre derechos fundamentales

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ BURGOS  
JUEZ  
Corte Constitucional de Lima

VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Doc. Adm. Nº173-06-P-COJLI-PJ

de las personas y por ende pueda ser legítimo, debe satisfacerse las exigencias del principio de proporcionalidad, el cual está compuesto por los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de un test escalonado, en cuanto se examina la medida de intervención de la libertad en diferentes niveles. Así, si es que la medida no satisface uno de los niveles, no será necesario continuar con el examen.

Si bien dicho análisis corresponde efectuarse al resolver el fondo de la controversia, empero, teniendo en cuenta que, como se ha señalado, la medida solicitada requiere la casi certeza del derecho pretendido, debe efectuarse una previa ponderación mínima de dichos criterios, a efectos de verificarse si la medida adoptada en virtud del citado numeral supera los criterios de proporcionalidad en referencia.

En tal virtud, según se desprende del texto literal del artículo 50 de la cuestionada ley: *“Cuando el número de seleccionados voluntarios exceda o sea menor al requerido por las Instituciones de las Fuerzas Armadas para cubrir las necesidades de personal para el Servicio Militar Acuartelado, se realizará un sorteo público, a cargo de la Dependencia de Movilización y Reserva de cada Institución Armada, con presencia de Notario Público. Su finalidad es definir quiénes serán incorporados a filas. Los elegidos por sorteo están obligados a presentarse en el plazo señalado para cada caso a la Dirección de Movilización de la Institución a la que fueron asignados, a fin de realizarse el proceso de selección correspondiente. Aquellos que resulten seleccionados están obligados a presentarse a las Unidades Militares en el plazo que se les indique para incorporarse al servicio acuartelado. Están exceptuados de prestar Servicio Militar Acuartelado los elegidos por sorteo que adolecen de discapacidad física o mental grave y permanente, quienes se encuentren cumpliendo pena privativa de libertad, quienes acrediten ser responsables del sostenimiento del hogar, aquellos que se encuentren cursando estudios universitarios, quienes acrediten estar prestando algún servicio voluntario a la comunidad y los residentes en el extranjero. Mediante Decreto Supremo se podrán establecer otras excepciones, debidamente fundamentadas. Los elegidos por sorteo o seleccionados que no se presenten a las dependencias indicadas en el párrafo precedente, incurrirán en la infracción prevista en el artículo 77 numeral 12) de la presente Ley”.*

Sin embargo, también es de verse del artículo 1° de la citada ley, que el objeto de dicha norma legal es el Servicio Militar Voluntario; de igual modo, el artículo 6° de la misma Ley establece, que está prohibido el reclutamiento forzoso de personas con la finalidad de incorporarlas al Servicio Militar.

De lo glosado se observa, que, siendo que la misma norma legal prevé una prohibición para el reclutamiento forzoso y a la vez el sorteo público para incorporarse personas al servicio militar, que en el fondo constituye un reclutamiento forzado en tanto que no responde a un acto voluntario, que se condice con la finalidad de dicha norma legal, que además, según los hechos y fluye así del informe contenido en el documento adjuntado como anexo 1-E, es asumido por la propia entidad demandada como ilegítima; consecuentemente, ello denota prima facie, que la medida adoptada por el Comando de Reservas y Movilización del Ejército de

PODER JUDICIAL  
MAGISTRADO JESÚS BURGOS  
JUEZ  
Tribunal Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Penalizado de la Corte Constitucional

convocar a un sorteo público en virtud del artículo 50 de la Ley en cuestión, para reclutar personas para el servicio militar, no supera el criterio de necesidad, en tanto que no está justificado que dicha forma de reclutamiento de personas para el servicio militar sea la única medida idónea y necesaria para conseguir el objetivo de cubrir las necesidades de personal para el servicio militar acuartelado, si se tiene en cuenta que conforme a dicho criterio, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado; ello no implica, como se ha señalado, adelanto de opinión respecto al fondo de la controversia, sino, una sumaria prognosis de la constitucionalidad de la norma que sirve de sustento para la convocatoria al citado sorteo público. **Siendo ello así, se cumple con el presupuesto de casi certeza del derecho pretendido.**

**NOVENO: Respetto al peligro irreparable e inminente:** A que, según los hechos expuestos y documentos recaudados, como además, es de público conocimiento, el sorteo público para el reclutamiento de 12,500 personas para el servicio militar, ha sido fijado para el día 19 de junio del año en curso, lo que implica, que existe un peligro inminente e irreparable de que, como consecuencia de la norma legal cuestionada, las personas que sean sorteadas para el servicio militar estarán impedidos de poder oponerse a prestar el servicio militar, en tanto ello conllevaría a que sean sancionados con multa y además, con la suspensión de los efectos legales del Documento Nacional de Identidad (DNI), como establece el artículo 78.9 de la Ley 29248; es decir, se verían limitados en el ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos (dado a que sin dicho documento no se pueden realizar una serie de actos civiles trascendentes en la vida de una persona), lo que constituye en cierto modo, la muerte civil de dichas personas. En tal contexto, estando a la inminente proximidad de dicho evento, el peligro aludido no resulta hipotético sino real, de allí que se configura el supuesto para que se configure el peligro conforme al criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 52) de la STC. STC N° 0023-2005-PI; por consiguiente, **se cumple con el citado requisito.**

**DÉCIMO: De la adecuación de la medida solicitada:** A que, de otro lado, debe indicarse, que, conforme lo establece el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, el pedido cautelar debe ser adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. En ese contexto debe indicarse, que como se ha señalado precedentemente, teniendo en cuenta que la pretensión principal es la inaplicación de las normas legales que establecen el sorteo público para el reclutamiento de personas para el servicio militar, resulta adecuado a la pretensión principal la suspensión de dicho sorteo, hasta que sea

PODER JUDICIAL  
D. DOMINGO SANCHEZ BURGOS  
JUEZ  
Corte Superior de Justicia de Lima

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 073-05-P-06JUI-PJ

resuelto el principal, en razón que no existe otro medio idóneo para resguardar la eficacia de lo que se resuelva en definitiva; consecuentemente, **también se cumple con dicha exigencia.**

**DÉCIMO PRIMERO: De la irreversibilidad de la medida:** Al respecto cabe indicar, que la suspensión del sorteo público convocado no genera perjuicio alguno a la entidad emplazada, en tanto que no genera un estado de irreparabilidad, si se tiene en cuenta que la medida cautelar es provisoria y como tal susceptible de modificarse ante otros elementos de juicio que puedan presentarse en el decurso del proceso principal; es más, en el supuesto que sea desestimada la pretensión principal, el citado sorteo público podrá ser realizado; de allí que tal situación puede ser reversible.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Cabe añadir, que, como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional en el fundamento 49) de la STC N° 00023-2005-PI/TC, si bien la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución, sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3), de la Constitución; motivo por el cual, en dicho fallo el Tribunal ha señalado, que: *“ No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta”*. De allí la necesidad de adoptarse una decisión de tutela preventiva frente a los hechos descritos precedentemente.

Por las razones expuestas, al concurrir los presupuestos necesarios para otorgar tutela cautelar a la demandante, procede ampararse lo petitionado; consecuentemente, acorde a lo dispuesto en el artículo 15° del Código Procesal Constitucional, **SE RESUELVE:**

**DECLARAR PROCEDENTE** la pretensión cautelar solicitada por LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO; en consecuencia, **ORDENO SE SUSPENDA** el sorteo público de 12,500 personas para el servicio militar, convocado por el Comando de Reservas y Movilización del Ejército para el día 19 de junio del año en curso; notificándose a las entidades demandadas y a los Procuradores Públicos que se indican en el admisorio de la instancia del principal, a fin que cumplan con el presente mandato; bajo apercibimiento de hacerse efectiva las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional; **habilitándose día y hora por el Especialista Legal de Actos Externos**

PODER JUDICIAL

SECRETARÍA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO  
CALLE DE LA DEFENSORÍA DE LIMA

VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 172-05-P-06JLI-PJ

del Módulo a fin de notificarse a las partes con la presente resolución.

PODER JUDICIAL

.....  
Dr. DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

.....  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ

1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. Nº 173-05-P-C3JLI-PJ