

30 RAZONES POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE LA JUSTICIA MILITAR (LEY N° 28665)

David Lovatón
Director
Instituto de Defensa Legal

A continuación, una síntesis de las razones por las que consideramos que la Ley N° 28665, Ley de organización y funciones de la justicia militar, es inconstitucional y una “sacada de vuelta” a las sentencias del Tribunal Constitucional del 16 de marzo (Exp. 0017-2003-AI/TC) y 9 de agosto del 2004 (Exp. 0023-2003-AI/TC) sobre el particular.

I. Inconstitucionalidad de los artículos I, 1.1°, 15° al 22°, 23°, 24°, 28°, 31°, 80° y Primera Disposición complementaria: incrustación y no vinculación de la jurisdicción especializada militar en el Poder Judicial

1. El artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 28665 establece: “*La jurisdicción especializada en materia penal militar policial se vincula (subrayado nuestro) en el vértice de su organización con el Poder Judicial...*”. Consideramos inconstitucional este diseño legislativo de la justicia militar por que lesiona el principio de Unidad jurisdiccional consagrado en el artículo 139.1° de la Constitución y el principio de independencia judicial consagrado en el artículo 139.2°, interpretados y desarrollados por el TC.

Esta ley pretende vincular sólo al vértice superior de la justicia militar con el Poder Judicial, esto es, sólo en el ámbito de la Corte Suprema, manteniendo absoluta y totalmente desvinculado del Poder Judicial al resto de la estructura de la jurisdicción especializada militar. Al respecto, la sentencia del TC del 9 de agosto del 2004 fue clara en señalar que: “18... *el principio de unidad no obsta que el legislador pueda establecer, al interior del Poder Judicial, juzgados especializados (subrayado nuestro); siempre que dichos órganos intrajurisdiccionales (subrayado nuestro) aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva... 19... *en última instancia, entonces, el principio de unidad jurisdiccional ha de entenderse como una garantía de la independencia judicial, lo que acarrea los siguientes rasgos comunes a toda judicatura ordinaria:...* (iv) sujeción a los órganos de gobierno del Poder Judicial (subrayado nuestro)”*

De esta manera, la ley lo que ha hecho es, bajo el manto de la “vinculación en el vértice”, “incrustar” en los hechos una “Sala suprema penal militar policial” autónoma en la Corte Suprema de Justicia de la República, con un régimen especial: presupuesto propio, sistema de designación propio y régimen transitorio.

2. Otro aspecto que refleja con claridad que estamos frente a una jurisdicción incrustada y paralela a la justicia ordinaria y no vinculada al Poder Judicial ni al Ministerio Público y que, en los hechos, el órgano que va a seguir rigiendo los destinos de la justicia militar no es la Sala suprema militar policial sino el Consejo Superior penal militar policial, con total autonomía presupuestal.
3. Otra muestra de que estamos frente a una jurisdicción paralela y no vinculada al Poder Judicial ni integrada al Ministerio Público, es el hecho de pretender contar con

una Academia de la magistratura militar propia, distinta a la Academia de la Magistratura prevista en el artículo 151° de la Constitución.

II. Inconstitucionalidad de los artículos IX, X, XII, 49° al 63°: se lesiona la autonomía del Ministerio Público que, como ya señaló el TC, no admite excepción alguna

4. Los artículos IX, X y XII del Título preliminar y el Título III de la ley impugnada regulan inconstitucionalmente *“El Ministerio Público ante la administración de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial en tiempo de paz”*, pues la sentencia del TC del 9 de agosto del 2004 fue contundente al afirmar que —a diferencia del Poder Judicial, en el que el artículo 139.1° de la Constitución contempla excepcionalmente la existencia de la jurisdicción militar— en el caso del Ministerio Público la Constitución no contempla excepción alguna y, por ende, cualquier marco normativo que pretenda regular la existencia y funcionamiento de fiscales por fuera de la organización y estructura del Ministerio Público, resulta inconstitucional al vulnerar los artículos 158°, 159° y 160° de la Carta de 1993.
5. Al punto que en la sentencia aclaratoria del TC del 4 de noviembre del 2004 en ese mismo proceso (Exp. 0023-2003-AI/TC), el Tribunal Constitucional precisó: *“7... este Tribunal considera que 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 (subrayado nuestro)... Sin embargo, la ley impugnada estructura y organiza de tal manera a los fiscales militares policiales de todas las instancias que, en los hechos, termina erigiendo un Ministerio público militar policial paralelo.*

III. Inconstitucionalidad de los artículos 8° in fine, 9.6°, 9.7°, 9.8°, 9.9°, 9.10°, 9.11°, 10° y Cuarta disposición modificatoria y derogatoria, referidos a la Sala suprema penal militar policial

6. Consideramos que una Sala de la máxima instancia de un Poder del Estado, como lo es la Corte Suprema de Justicia de la República, sólo debe estar regulada por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), conforme se desprende del artículo 143° de la Constitución: *“El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación... Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.”*
7. Por otro lado, el artículo 10° de la ley impugnada establece la siguiente conformación de esta Sala suprema penal militar policial: *“10.1° La Sala suprema penal militar policial está integrada por cinco (5) Vocales Supremos, tres (3) con formación jurídico militar policial, los mismos que pasan a la situación de retiro en la fecha de su nombramiento, con el grado militar o policial que ostenten; y dos (2) Vocales provenientes de la jurisdicción ordinaria”*

Esta conformación resulta inconstitucional, por un lado, por que limita la autonomía y potestades del CNM en la designación de vocales supremos consagrada en los artículos 150° y 154.1° de la Constitución. Por otro lado, resulta discriminatorio y violatorio del artículo 2.2° de la Constitución, en perjuicio de los

vocales supremos de la jurisdicción ordinaria, la disposición del artículo 10.2º que establece que el Presidente de la Sala suprema penal militar policial debe ser siempre elegido entre los tres vocales supremos del Cuerpo judicial penal militar policial, discriminando sin justificación alguna a los dos vocales supremos provenientes de la justicia ordinaria.

IV. Inconstitucionalidad de los artículos 5º, 34º, 36.5º, 52º, 77º y Séptima Disposición complementaria: vedado control disciplinario de jueces y fiscales militares paralelo y autónomo al control disciplinario de jueces y fiscales ordinarios

8. La ley impugnada regula –inconstitucionalmente- un sistema paralelo y autónomo de control disciplinario de jueces y fiscales, vulnerando así no sólo los principios de unidad e independencia judicial, sino también la autonomía del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura.

Al respecto, el artículo 154.3º de la Constitución de 1993 diseña el sistema mixto de control disciplinario actualmente vigente para jueces y fiscales y que es el único con sustento constitucional: *“Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:... 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...”* (subrayado nuestro)

En el caso del Poder Judicial, su respectiva Ley Orgánica crea para estos efectos la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) que es la que, en base al artículo 154.3º citado, ejerce el control disciplinario sobre todos los jueces de la República, investigando, proponiendo o imponiendo sanciones. En el caso del Ministerio Público, en forma similar, su respectiva Ley Orgánica contempla que el control disciplinario es ejercido por la Fiscalía Suprema de control interno y por el órgano de gobierno del Ministerio Público, esto es, por la Junta de Fiscales Supremos (artículo 5º LOMP).

Por ende, no existen otros órganos habilitados constitucionalmente –aparte del CNM, la Corte Suprema y la Junta de Fiscales Supremos- para ejercer control disciplinario sobre jueces y fiscales.

9. Por otro lado, los artículos 34º y 52º referidos al “término de funciones” de jueces y fiscales son inconstitucionales por que contemplan algunos supuestos de “término de funciones” de los jueces y fiscales no contemplados en el artículo 154º de la Constitución y en las respectivas leyes orgánica del Poder Judicial, Ministerio Público y CNM. Así, contempla otros supuestos disciplinarios no previstos en la Constitución ni en las respectivas leyes orgánicas: “Por separación del cargo” y “Por incurrir en incompatibilidad”.

V. Inconstitucionalidad de los artículos II, X, XI, XII, 12.3°, 33°, 73°, 74°, 81°, 82° y Cuarta Disposición complementaria: creación de cuerpo judicial y cuerpo fiscal penal militar policial con oficiales en situación de actividad como jueces y fiscales militares, dirigida a burlar lo dispuesto en la sentencia del TC del 9 de agosto del 2004

10. La creación de un “cuerpo judicial” y de un “cuerpo fiscal” penal militar policial es uno de los aspectos centrales de la Ley N° 28665 pero que, sin embargo, incurre en inconstitucionalidad pues viola el principio de separación de poderes, la unidad e independencia judicial y la autonomía del Ministerio Público y del CNM. La ley impugnada regula en varios pasajes y de manera poco sistemática la composición, características y acceso al “cuerpo judicial” y al “cuerpo fiscal”, pero son el artículo 81° y 82° los que en forma bastante extensa regulan esta materia.

11. Lo central por lo que estos “cuerpo judicial” y “cuerpo fiscal” resultan inconstitucionales, es el hecho que los jueces y fiscales militares que forman parte de estos “cuerpos” siguen ostentando la condición de oficiales en situación actividad, condición frontalmente incompatible con el principio de separación de poderes (artículo 43°), con la unidad jurisdiccional (artículo 139.1°), la independencia e imparcialidad judiciales (artículo 139.2°), la autonomía del Ministerio Público (artículo 158°) y la independencia del CNM (artículo 150°), tal y como ya lo señaló con claridad la sentencia del TC del 9 de agosto del 2004.

Es evidente que los jueces y fiscales que forman parte del “cuerpo judicial” y del “cuerpo fiscal” respectivamente, seguirán siendo oficiales en situación de actividad para todos los efectos, conforme se desprende de diversos artículos de la ley impugnada:

12. Siguen ostentando “grado militar” o “grado policial”, de acuerdo al nivel jurisdiccional en la que desempeñen sus funciones; por ende, no son “jueces” o fiscales” a secas, sino “oficiales judiciales” y “oficiales fiscales” respectivamente, que se mantienen en situación de actividad y que sólo pasan a la situación de retiro cuando dejan el cargo jurisdiccional o fiscal.

13. Si un juez o fiscal militar es promovido a un nivel jurisdiccional superior por el CNM, ello determina paralelamente su ascenso en el grado militar o policial equivalente (artículo 81.4°). Y para que no quepa la menor duda sobre la condición de oficiales en situación de actividad de los jueces y fiscales militares, el artículo 81.3° y 82.3° citados contemplan todo un sistema de equivalencias entre el nivel jurisdiccional en el que prestan servicio y el grado militar o policial que les corresponde, lo que incluye el goce de todos los beneficios de bienestar policial o militar.

14. Como se pretende que sigan ostentando esta doble condición de magistrados y oficiales militares o policiales, la ley impugnada establece que no resultan suficientes la formación jurídica en el ámbito penal militar policial para la designación o ascenso en esta jurisdicción especializada, sino que además se exige el cumplimiento “*de los requisitos de capacidad psicosomática, aptitud física y curso de instrucción establecidos para cada grado, según la institución a la que pertenezca*” (artículo 81.4° y 82.4°).

En consecuencia, esta condición de oficiales en situación de actividad es incompatible con la independencia judicial y la autonomía fiscal, más allá de la idoneidad y actitud del juez o fiscal militar que, en su condición de “oficiales judiciales” o de “oficiales fiscales” seguirán sometidos a una estructura jerárquica.

15. Otra muestra contundente de la condición de oficiales en situación de actividad de los jueces y fiscales militares, es su sometimiento a la Ley de situación militar (Ley N° 28359), a la Ley de situación policial (Decreto Legislativo N° 745), a las diversas leyes de ascenso de las Fuerzas Armadas y no a las respectivas leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público. En efecto, la Primera, Segunda y Tercera Disposición modificatoria y derogatoria de la ley impugnada modifican –inconstitucionalmente- las leyes de situación militar y policial, con el objetivo que los integrantes del “cuerpo judicial” y del “cuerpo fiscal” penal militar policial sean regidos por dichas normas, en su condición de oficiales en situación de actividad. Esta inclusión de las leyes de situación militar y de situación policial en el marco normativo de los jueces y fiscales militares, ya fue declarada inconstitucional en la sentencia del TC del 9 de agosto del 2004.

16. La ley impugnada pretende justificar la existencia de un “cuerpo judicial” y de un “cuerpo fiscal”, invocando la necesidad de que los jueces y fiscales militares cuenten con “formación jurídico militar policial”. Sobre el particular, consideramos que no es necesaria la creación de un “cuerpo judicial” y de un “cuerpo fiscal”, totalmente ajenos a la carrera judicial y carrera fiscal respectivamente, vulnerando diversos principios y derechos constitucionales, para preservar la formación jurídico militar policial de los jueces y fiscales de esta jurisdicción especializada. Tampoco consideramos necesario para tal propósito, persistir –inconstitucionalmente- en la doble condición de magistrados militares y oficiales en situación de actividad.

Reiteramos que para preservar esta “formación jurídico militar policial”, respetando el marco constitucional, se requiere que la Academia de la Magistratura cumpla con su rol previsto en el artículo 151° de la Carta de 1993, en coordinación con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

17. En conclusión, estos “cuerpo judicial” y “cuerpo fiscal” no sólo son inconstitucionales por las razones ya expuestas, sino que consideramos que son la vía a través de la cual la ley impugnada pretende burlar o evadir lo dispuesto por la sentencia del TC del 9 de agosto del 2004: si bien los jueces y fiscales militares serán designados por el Consejo Nacional de la Magistratura (una de las exigencias de la referida sentencia), esta designación está restringida a un universo muy limitado –sólo se puede seleccionar del cuerpo judicial o fiscal- y los designados conservan su condición de oficiales en situación de actividad ahora integrantes –ya no del Cuerpo Jurídico- sino del “Cuerpo judicial” o “Cuerpo fiscal”, que siguen formando parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y regulados por la ley de situación militar y policial.

De esta manera, la ley impugnada pretende vaciar de contenido la designación por parte del CNM que tiene como objetivo, finalmente, la selección de jueces y fiscales militares –y no de “oficiales judiciales” ni de “oficiales fiscales”- totalmente independientes e imparciales, lo que supone, entre otros aspectos, que no sigan formando parte de la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional ni ostentando la condición de oficial en situación de actividad con el grado militar o policial respectivo.

VI. Inconstitucionalidad de los artículos 6.2° y 6.3°, 9.6°, 15.7° y Décima Disposición Transitoria: acciones de garantía y contiendas de competencia no son –valga la redundancia- competencia de Sala penal militar de la Corte Suprema

18. El artículo 9.6° de la ley impugnada establece: “*Compete a la Sala suprema penal militar policial de la Corte Suprema de Justicia de la República:... Dirimir las cuestiones de competencia, en relación, con los delitos de función...*”. Al respecto, hasta antes de la publicación de la ley impugnada, las contiendas de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia militar, venían siendo ventiladas y resueltas por la Sala penal de la Corte Suprema, al amparo del artículo 34.3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “*Competencia de las Salas penales:... De las contiendas y transferencias de competencia, conforme a ley*”

19. Como es de público conocimiento y así se puede verificar en los expedientes judiciales respectivos, estas contiendas de competencia se generan en torno a casos de graves violaciones de derechos humanos y que la justicia militar considera, en ocasiones, “delito de función” de abuso de autoridad. Por ende, la tarea central de un tribunal al dirimir este tipo de contiendas de competencia, es determinar si el delito imputado es común o es de función, lo que corresponde hacer –tal y como ha venido siendo hasta ahora- a una Sala penal de la Corte Suprema pues la jurisdicción especializada penal militar policial sólo es competente, según el artículo 173° de la Carta de 1993 y el artículo V del Título preliminar de la propia ley impugnada, para juzgar “delitos de función” y no para determinar cuando estamos frente a un delito común o de función.

En su condición de jurisdicción especializada “excepcional” según el artículo 139.1° de la Carta de 1993, la competencia de la jurisdicción militar, restringida exclusivamente al juzgamiento de delitos de función, no contempla ni puede ampliarse a otras competencias como la dirimencia –valga la redundancia- de las contiendas de competencia, pues ello es potestad de la jurisdicción ordinaria. De lo contrario, resultaría absurdo que la jurisdicción excepcional -como la militar- y no la jurisdicción ordinaria, termine decidiendo los ámbitos de competencia entre una y otra. Es pretender que lo excepcional determine la suerte de lo principal y no a la inversa, como debe ser.

20. Por otro lado, el artículo 15.7° confiere al Consejo Superior Penal Militar Policial competencia para conocer las acciones de garantía, incurriendo así en flagrante inconstitucionalidad: “*Consejo Superior Penal Militar Policial... Conoce de las acciones de garantía establecidas en el Código Procesal Constitucional*”. En efecto, el noveno párrafo del artículo 200° de la Constitución señala que “*Una Ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías...*”, estableciendo así una reserva de ley en razón de la materia: las acciones de garantía dirigidas a la protección de los derechos constitucionales, requieren de ley orgánica.

En la actualidad, el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, regula las acciones de garantía –conforme al mandato constitucional- y, por ende, ninguna otra norma puede conferirle competencia a otro órgano jurisdiccional distinto al señalado por el referido Código Procesal Constitucional:

21. Como ya se ha señalado, la jurisdicción especializada militar policial tiene competencia exclusiva sobre los delitos de función. Por ende, el referido artículo

15.7° también viola lo dispuesto en el artículo 173° de la Carta de 1993 y resulta absolutamente contradictorio con la propia Ley N° 28665, que en su artículo V del título preliminar señala: “*La jurisdicción especializada en materia penal militar policial es competente para juzgar sólo delitos de función*”.

VII. Inconstitucionalidad del artículo 71°: delitos comunes cometidos por jueces y fiscales militares en el ejercicio de sus funciones, no deben ser competencia de la Sala suprema penal militar policial

22. También consideramos inconstitucional el artículo 71° de la ley impugnada por que vulnera la competencia específica de delito de función de la justicia militar prevista en el artículo 173° y el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 2.2° de la Constitución, al instaurar un régimen especial y discriminatorio a favor de los jueces y fiscales militares policiales en el supuesto que incurran en delito común en el ejercicio del cargo.

23. En primer lugar, este artículo es inconstitucional por que vulnera el artículo 173° de la Carta de 1993, que establece que la justicia militar sólo es competente para el juzgamiento de “delitos de función” y los delitos en los que puedan incurrir jueces, fiscales militares “durante el desempeño de sus funciones” no son delitos de función sino delitos comunes.

Los delitos en los que pueden incurrir jueces y fiscales “durante el desempeño de sus funciones” son aquellos tipificados en el Título XVIII del Código Penal, “Delitos contra la administración pública”, Capítulo II, “Delitos cometidos por funcionarios públicos” y, más específicamente, los contenidos en el Capítulo III, “Delitos contra la administración de justicia” como los siguientes:

- Delito contra la función jurisdiccional (artículo 402°)
- Ocultamiento de un menor a las investigaciones (artículo 403°)
- Encubrimiento personal (artículo 404°)
- Encubrimiento real (artículo 405°)
- Omisión de denuncia (artículo 407°)
- Avocamiento indebido (artículo 410°)
- Prevaricato (artículo 418°)
- Detención ilegal o arbitraria (artículo 419°)
- Juez que conoce un proceso que patrocinó como abogado (artículo 420°)
- Negativa del juez a administrar justicia (artículo 422°)
- Negativa al cumplimiento de fiscales o auxiliares jurisdiccionales (artículo 423°)
- Omisión de ejercicio de la acción penal (artículo 424°)

Todos son delitos comunes y no delitos de función y, por ende, no son de competencia de la jurisdicción especializada militar policial sino de la jurisdicción ordinaria.

24. En segundo lugar, el referido artículo 71° pretende instaurar un régimen de privilegio a favor de jueces y fiscales militar, sin que exista justificación alguna para ello. Por ende, incurre en una flagrante vulneración al derecho de igualdad ante la ley (artículo 2.2° Constitución) en perjuicio de los jueces y fiscales de la jurisdicción ordinaria.

VIII. Inconstitucionalidad de la Sexta Disposición complementaria: esta ley no debe ser reglamentada por que regula el ejercicio de derechos humanos y el funcionamiento de la administración de justicia

25. La Ley N° 28665 pretende regular la actuación judicial y fiscal en el ámbito penal militar policial, esto es, la actuación del Estado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos de función, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173° y el primer párrafo del artículo 138° de la Constitución: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*”. Esta materia –tratándose de órganos del Estado y de la protección judicial de derechos constitucionales- es reserva de ley y, por ende, sólo por ley deben ser regulados.

En consecuencia, resulta inconstitucional la Sexta Disposición complementaria que pretende que la ley impugnada sea objeto de reglamentación, pues ello vulnera esta reserva de ley de la que gozan ambas materias: la potestad jurisdiccional del Estado y la tutela de los derechos constitucionales.

IX. Inconstitucionalidad de la Primera a Décima quinta Disposiciones transitorias: régimen transitorio de designación, organización y control disciplinario vulnera las potestades constitucionales del CNM, la independencia judicial y la autonomía del Ministerio Público

26. Inusualmente, la Ley N° 28665 contiene quince extensas Disposiciones Transitorias en las que, en los hechos, regula un marco normativo distinto, transitorio y excepcional de la justicia militar por cuatro largos años, lo que consideramos inconstitucional por las razones siguientes.

27. En primer lugar, muchos aspectos de este régimen transitorio son los mismos que los del régimen normativo previsto en el texto principal de la ley impugnada. En consecuencia, incurren en similar inconstitucionalidad en relación a: i) incrustación y no vinculación al Poder Judicial, ii) inconstitucional excepción al Ministerio Público, iii) Sala suprema militar policial, iv) Sistema de control disciplinario ad hoc, v) cuerpo judicial y cuerpo fiscal militar policial, vi) inconstitucional competencia sobre contiendas de competencia y acciones de garantía, vii) inconstitucional régimen especial de responsabilidad penal de jueces y fiscales militares, entre otros aspectos; respecto de los cuales ya hemos esgrimido nuestros argumentos a lo largo de la presente demanda.

La sentencia del 9 de agosto del 2004 del TC ha sido clara en señalar que la condición excepcional de jurisdicción independiente de la jurisdicción militar, “... *no autoriza a que ésta diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el de la garantía de inamovilidad de los jueces*”. De esta manera, la designación temporal viola esta interpretación constitucional, pues durante 4 años se pone el peligro la independencia e imparcialidad judiciales, la autonomía del Ministerio Público y las prerrogativas del CNM consagradas en el artículo 154° de la Carta de 1993.

28. En segundo lugar, la Primera Disposición Transitoria de la ley impugnada regula un régimen temporal de 4 años, contados a partir de la vigencia de la misma, periodo en el cual el CNM está inhabilitado, en términos prácticos, para realizar nombramientos de jueces y fiscales titulares de la justicia militar. Es decir, que el CNM no podrá ejercer ni cumplir con su mandato constitucional.

La intención de apartar al CNM de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales integrantes de la justicia militar es por demás evidente, y obedecería al deseo de seguir controlando la justicia militar de cara a los casos denunciados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), es decir, de atribuirse competencia para el conocimiento de los casos de violaciones de los derechos humanos y resolver a favor de la justicia militar las contiendas de competencia, las que a tenor de la Décima Disposición Transitoria de la Ley, serán dirimidas por la Sala Suprema Penal Militar Policial, y no –como hasta ahora- por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

29. En tercer lugar, según la Segunda Disposición Transitoria de la ley impugnada, en tanto el CNM “convoque a concurso de selección y nombramiento de los Vocales y Jueces que actuarán en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, suspensión que se extenderá por un período de cuatro años, el mandato constitucional del CNM recaerá en una “Junta Transitoria, Calificadora y Designadora” encargada de la designación “temporal” 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.

A todas luces, esta Junta Transitoria, Calificadora y Designadora es un híbrido que no calza con el Estado de Derecho, que altera sustancialmente el mandato constitucional y que, incluso, termina por desnaturalizar la esencia del CNM. En principio, la Constitución no contempla la existencia ni el funcionamiento de algún órgano distinto al CNM para la selección y nombramiento de jueces y fiscales; en segundo lugar, la Constitución no prevé la intervención conjunta del CNM y otro ente del Estado en el proceso de selección y nombramiento; y, finalmente, la Constitución manda que el CNM seleccione y nombre a magistrados titulares, no a provisionales o temporales.

30. En cuarto lugar, el CNM tiene una gran responsabilidad en la construcción de una administración independiente y creíble para la ciudadanía. Precisamente, en los últimos años, la labor del CNM ha estado vinculada a resolver la alta provisionalidad de jueces y fiscales, herencia nefasta del gobierno autoritario de Fujimori y Montesinos. En ese sentido, la práctica del CNM, en democracia, se ha enderezado a la realización de 8 concursos entre los años 2001 y 2004, todos y cada uno de ellos para cubrir cargos titulares de jueces y fiscales, de todos los niveles del Poder Judicial y del Ministerio Público, en plazas permanentes.

En consonancia con el mandato constitucional, nunca el Consejo Nacional de la Magistratura ha convocado a concursos para cubrir cargos provisionales o temporales de jueces y fiscales. No corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura, entonces, hacer parte, en democracia, de una práctica inconstitucional y que, adicionalmente, va a contracorriente de sus esfuerzos por acabar con la provisionalidad en la magistratura.