



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Garantías judiciales aplicables a los procesos por delito de
terrorismo a la luz del caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Una
asignatura pendiente, la regulación del tipo penal de
terrorismo**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Pedro Alejandro Boyd Gamarra

**Asesor(es):
Dra. Susana María Mosquera Monelos**

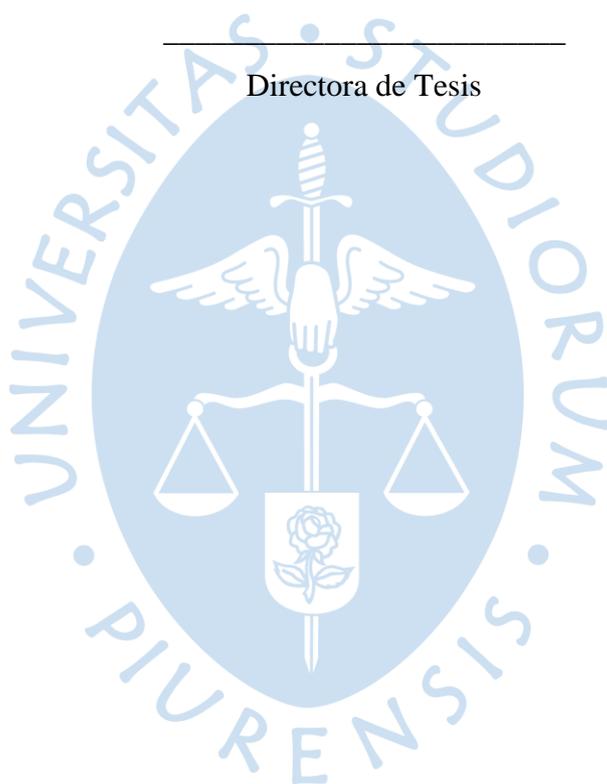
Piura, julio de 2019



Aprobación

Tesis titulada “*Garantías judiciales aplicables a los procesos por delito de terrorismo a la luz del caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Una asignatura pendiente, la regulación del tipo penal de terrorismo*” presentada por el bachiller Pedro Alejandro Boyd Gamarra en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Susana María Mosquera Monelos.

Directora de Tesis





Dedicatoria

A Dios y a mi familia, por creer siempre en mí y concederme la fortaleza necesaria para afrontar y lograr mis objetivos.





Agradecimiento

A Dios, por su amor incondicional y por permitir que todo lo que me he propuesto a lo largo de mi vida, lo esté logrando.

A mis padres Pedro y Mery, por su amor infinito y sus consejos de vida, por permitir que este sueño sea una realidad.

A mi hermana María Alejandra, por enseñarme a enfrentar la vida con alegría, optimismo y paciencia.

A mis familiares que se encuentran en el cielo, por su protección y amor infinito.

A la Dra. Susana Mosquera, por su orientación, para sacar adelante un tema tan complicado y delicado para la sociedad peruana, por los consejos y la paciencia durante la elaboración del presente trabajo.





Resumen Analítico-Informativo

Garantías judiciales aplicables a los procesos por delito de terrorismo a la luz del caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Una asignatura pendiente, la regulación del tipo penal de terrorismo.

Pedro Alejandro Boyd Gamarra.

Asesor(es): Dra. Susana María Mosquera Monelos.

Tesis.

Abogado

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, julio de 2019

Palabras claves: Terrorismo, derecho al debido proceso, estado de emergencia, justicia militar, jueces sin rostro, margen de apreciación, derecho al juez natural, traición a la patria.

Introducción: Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación de Derecho Internacional Público. El autor presenta los resultados del análisis de los mecanismos jurídicos utilizados por el Estado peruano durante la aparición de organizaciones subversivas, en la década de los ochenta y noventa. Asimismo, toma en consideración las opiniones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Castillo Petruzzi, para mejorar el ordenamiento jurídico actual, ante un posible resurgimiento de grupos terroristas, evitando así, cometer errores del pasado.

Metodología: Método descriptivo, enfoque interpretativo y analítico.

Resultados: El autor ha dividido el trabajo de investigación en cuatro partes. El primer capítulo, describe el contexto en el que se desarrolló la aparición de los grupos subversivos, y los mecanismos que utilizó el Estado peruano para combatir los ataques terroristas. El segundo capítulo, explica la función del Derecho Internacional Humanitario, y si el Estado peruano y los terroristas vulneraron o no estas normas. Asimismo, describe las características del Derecho Penal militar y común, así como, la justicia sin rostro. El tercer capítulo, resalta la importancia de los sistemas internacionales protección de derechos humanos y realiza la valoración de la justicia sin rostro como una posible herramienta útil para la protección de magistrados. El cuarto capítulo, explica la situación actual del Derecho Penal y el análisis del artículo 2º del Decreto Ley N° 25475..

Conclusiones: Se concluye que, los mecanismos adoptados por el Estado peruano para combatir a los grupos terroristas no fueron los adecuados, vulnerando derechos fundamentales. Asimismo, ha transcurrido mucho tiempo desde este suceso y, el Estado no ha hecho lo necesario para revertir esa situación, manteniendo parte de la legislación penal de emergencia.

Fecha de elaboración del resumen: 14 de junio de 2019

Analytical-Informative Summary

Judicial guarantees applicable to the processes for terrorism in the light of the case Castillo Petruzzi vs. Perú. A pending subject, the regulation of the criminal type of terrorism.

Pedro Alejandro Boyd Gamarra.

Advisor: Dra. Susana María Mosquera Monelos.

Thesis.

Lawyer

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, July 2019

Keywords: Terrorism, right to due process, state of emergency, military justice, margin of appreciation, right to natural judge, treason.

Introduction: Degree thesis in Law pertaining to the line of investigation of Public International Law. The author presents the results of the analysis of the legal mechanisms used by the peruvian State during the appearance of subversive organizations, in the eighties and nineties. Also, take into consideration the opinions issued by the Inter-American Court of Human Rights in the case Castillo Petruzzi, in order to improve the current legal system, in the face of a possible resurgence of terrorist groups, thus avoiding, past mistakes.

Methodology: Descriptive method, interpretative and analytical approach.

Results: The author has divided the research document in four parts. The first chapter, describes the context in which the emergence of subversive groups was developed, and the mechanisms used by the peruvian State to combat terrorist attacks. The second chapter, explains the role of International Humanitarian Law, and whether the peruvian State and the terrorists violated these rules. Also, describes the characteristics of military and common criminal law, as well as, faceless justice. The third chapter, highlights the importance of international systems for the protection of human rights and evaluates faceless justice as a possible useful tool for the protection of magistrates. The fourth chapter, explains the current situation of Criminal Law and the analysis of article 2° of Decree Law N° 25475.

Conclusions: It is concluded that, the mechanisms adopted by the peruvian State to fight terrorist groups are not adequate, violating fundamental rights. Also, a long time has passed since this moment and the state has not been necessary to reverse that situation, as well as, the emergency criminal part. In the face of a new appearance of terrorist organizations, he will make the same mistakes, which is why, I believe, we must take into account the pronouncements of international bodies, to modify terrorist legislation and implement a faceless justice for the protection of magistrates.

Summary date: June 14, 2019.

Abreviaturas

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CANI	Conflicto Armado no Internacional
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CVR	Comisión de la Verdad y Reconciliación
DAS	Departamento Administrativo de Seguridad
DIDH	Derecho Internacional de Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DINCOTE	Dirección Nacional contra el Terrorismo
FF.AA.	Fuerzas Armadas
MAS	Muerte a Secuestradores
MRTA	Movimiento Revolucionario Túpac Amaru
M-19	Movimiento 19 de abril
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PAP	Partido Aprista Peruano
PCP-SL	Partido Comunista Peruano- Sendero Luminoso
PNP	Policía Nacional del Perú
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SIN	Sistema de Inteligencia Nacional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional



Tabla de Contenidos

Introducción	1
Capítulo 1 Garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	5
1. Contexto histórico político de Perú en los años previos a la crisis terrorista	5
2. Justicia militar y estado de derecho	7
2.1. La Justicia militar antes de la aparición de los grupos subversivos	7
2.2. Ámbito de aplicación de la justicia militar.....	9
3. Estrategia del Estado peruano para hacer frente al fenómeno terrorista.....	12
4. Estado de emergencia ante situaciones de crisis.....	15
4.1. Evolución y concepto	15
4.2. El caso peruano	18
5. Tribunales de excepción	21
6. Derecho a un juicio justo en delitos de terrorismo	23
7. Características del debido proceso.....	25
7.1. Derecho de acceso a la justicia.....	27
7.2. Garantía del juez natural.....	28
7.3. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable	31
7.4. Derecho a la pluralidad de instancias	33
7.5. Derecho de defensa	35
7.6. Presunción de inocencia.....	37
7.7. Derecho a la prueba.....	39
Capítulo 2. Independencia e imparcialidad judicial en contextos de crisis y emergencias	43
1. La situación de violencia armada desde el punto de vista del DIH	43
1.1. Principios rectores y ámbito de aplicación del DIH.....	43
1.2. La situación de violencia armada y la obligación del Estado peruano a respetar las normas del DIH	46
1.3. Situación de emergencia.....	48
2. El Derecho Penal en situaciones de crisis y emergencia	50
2.1. Modelos penales	50

2.2. Los principios de la función jurisdiccional	52
3. Características del Proceso penal peruano.....	54
3.1. Las características del Proceso penal militar y requisitos mínimos de juicio justo	57
3.2. La jurisdicción militar peruana.....	59
3.3. Restricción al ámbito de competencia de la jurisdicción militar.....	61
4. Jueces sin rostro	62
4.1. Los jueces sin rostro en Colombia	62
4.2. Las críticas que presenta la implementación de este mecanismo.....	66

Capítulo 3. Consideraciones para aceptar las situaciones de crisis y emergencia nacional como argumentos que justifiquen una restricción de derechos.....

1. Terrorismo y seguridad nacional	69
2. La legislación anti-terrorista en el Perú de los años noventa.....	74
2.1. Tipos penales peruanos sobre terrorismo	74
2.2. El Decreto Ley N° 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.....	76
2.3. Delito de traición a la patria	82
3. Mecanismo supranacional de protección de los derechos humanos como garantía de control del sistema interno	88
3.1. Recepción de los estándares convencionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	93
3.2. La adopción de las decisiones y lineamientos jurisprudenciales de la CorteIDH en los casos de terrorismo por parte del Tribunal Constitucional y el Estado peruano	95
3.3. Técnicas de diálogo interjurisdiccional para mejorar la interacción entre el derecho interno y los órganos internacionales que supervisan la aplicación de los tratados.....	100
3.4. La aplicación del margen de apreciación nacional en el caso Castillo Petruzzi.....	107
3.5. ¿Existe la posibilidad de implementar a los jueces sin rostro para los casos de terrorismo?.....	112

Capítulo 4 Reflexiones finales, propuesta de regulación y consideraciones de la función del Derecho penal	121
Conclusiones	135
Referencias bibliográficas.....	141
Legislación nacional y comparada.....	147
Jurisprudencia de la CorteIDH y del TEDH.....	148
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano	149





Introducción

En los últimos años, nuestro país se ha visto inmerso en una notable crisis política, los funcionarios públicos han direccionado su labor para su propio interés, dejando en el olvido a la población. Cada día, podemos ver en los medios de comunicación, el malestar que expresan los ciudadanos ante esta situación. Coyuntura similar a la que se presentó en los años ochenta y noventa, que provocó la creación y el avance catastrófico del movimiento terrorista “Sendero Luminoso”. Los líderes senderistas, aprovecharon la mala gestión que realizaron los gobernantes de ese entonces, para captar adeptos y justificar su intervención, buscando una sociedad justa y equitativa. En ese tiempo, las autoridades se vieron acorraladas, por este fenómeno terrorista, que se expandía rápidamente por todo el territorio nacional, por tanto, creyeron que, ante esta situación de emergencia, podían adoptar medidas legislativas drásticas para combatir el terrorismo, generando la suspensión y posterior afectación de derechos fundamentales de población inocente y de personas pertenecientes a los grupos subversivos, mostrando una actitud semejante o superior a la de los terroristas. Ante esta situación, los afectados se vieron obligados a denunciar al Estado peruano ante tribunales supranacionales.

Precisamente sería la CorteIDH y la CIDH -como entes protectores de los derechos humanos-, los encargados de exhibir ante la opinión pública, los graves problemas que presentaba la legislación de emergencia-antiterrorista adoptada por el Estado peruano. Por esa razón, hemos elegido tres de los casos que llegaron ante estos órganos internacionales, que nos ayudarán a comprender la situación que atravesaba el Perú en ese momento y darán a conocer las decisiones que se adoptaron para darle una pronta y rápida solución al avance terrorista. Entre estas decisiones tenemos la aplicación del estado de emergencia, la implementación de la justicia militar- que vulneraba el derecho al debido proceso- para juzgar a civiles acusados de los delitos de traición a la patria, que para el gobierno fue equiparado a la comisión de actos terroristas, tergiversando el verdadero significado de este delito y la regulación especial del delito de terrorismo y traición a través de decretos-leyes, separándolos del Código Penal.

El primer caso, es *Loayza Tamayo vs. Perú* (1997), la señora Loayza Tamayo, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada sin orden expedida por autoridad judicial competente el 6 de febrero de 1993 en Lima, por miembros de la DINCOTE, y acusada de ser colaboradora del grupo Sendero Luminoso. Estuvo detenida por ese organismo durante 20 días; permaneció 10 días incomunicada y luego fue presentada a la prensa vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Finalmente, fue juzgada en

el Perú dos veces por los mismos hechos, la primera por un Tribunal Militar, que la absolvió, y la segunda por un tribunal civil que la juzgó por el delito de terrorismo y la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad, siendo sometida a tratos crueles e inhumanos.

El segundo caso, *Castillo Petruzzi vs. Perú* (1999), un grupo de terroristas chilenos pertenecientes al grupo subversivo MRTA, fueron capturados el 14 de octubre de 1993 por la DINCOTE, por el secuestro al empresario Raúl Hiraoka Torres, siendo juzgados por tribunales militares y condenados a cadena perpetua por el delito de traición a la patria. Los imputados recibieron tratos crueles e inhumanos, asimismo, afectaciones al derecho al debido proceso.

El tercer caso, *Cantoral Benavides vs. Perú* (2000), Luis Alberto Cantoral Benavides, fue detenido el 6 de febrero de 1993 por la DINCOTE, siendo sometido a un proceso ante tribunal militar por el delito de traición a la patria, del que fue absuelto. Sin embargo, fue trasladado al fuero ordinario, siendo procesado por el delito de terrorismo, condenándolo a 20 años de prisión, sin haberse reunido prueba suficiente para ser condenado por ese delito.

En consecuencia, la CorteIDH, consideró que, el gobierno no reguló adecuadamente el delito de terrorismo, el juzgamiento de los acusados no fue apropiado, porque se sometieron a la competencia de un tribunal militar sin rostro, donde no podían conocer su identidad (debido a que la vida de los magistrados se vio amenazada y no podían ejercer adecuadamente su función jurisdiccional) y no se respetaron sus derechos dentro del proceso, vulnerando el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido a garantías judiciales, recomendando que, el gobierno adopte las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, si revisamos la legislación terrorista actual, encontramos que la descripción del tipo penal terrorismo sigue siendo la misma, regulada en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475 (1992), de aquella legislación antiterrorista de emergencia, que debió regir sólo por un periodo de tiempo corto. Las autoridades no han reformulado el delito de terrorismo, a pesar de que se trata de un fenómeno que viene transformándose continuamente. En ese orden de ideas, decidí realizar mi trabajo de investigación sobre este tema, porque considero que, la situación actual que vive nuestro país, puede tener como consecuencia el resurgimiento de movimientos terroristas, que encontrará a un Estado debilitado (como el de ese entonces), que no se ha preocupado durante este tiempo, de corregir los errores del pasado y, de presentarse esta situación, estaría en riesgo de volver a cometerlos.

En el primer capítulo de este trabajo, se describe el contexto en el que se desarrolló la aparición de Sendero Luminoso, y los mecanismos que utilizaron los gobiernos para combatir los ataques terroristas: la declaración de estado de emergencia, la implementación de la justicia militar como tribunal de excepción, entre otros. Asimismo, este primer capítulo desarrolla los derechos que comprenden el derecho al debido proceso o garantías judiciales, y cómo fueron vulnerados en el juzgamiento a las personas acusadas de terrorismo.

En el segundo capítulo, se desarrolla brevemente qué es el Derecho Internacional Humanitario y qué papel desempeña dentro de los conflictos armados. Se trata, de responder a la pregunta si el Estado peruano y los grupos subversivos vulneraron o no estas normas. También, se mencionan las características del Derecho Penal militar y común, los principios rectores de la función jurisdiccional, así como, el ámbito de aplicación de la jurisdicción militar. Finalmente, se explicará en qué consiste la justicia sin rostro, así como, las críticas y problemas que surgen en su aplicación, para esto, se tomará en comparación el caso de Colombia, que fue uno de los primeros países latinoamericanos en aplicar este instrumento, ante la situación de riesgo a su integridad que sufrieron los magistrados colombianos, como respuesta a las amenazas que estaban recibiendo por parte de los narcotraficantes, que no permitían que los jueces desempeñaran adecuadamente su labor.

En el tercer capítulo, se analizan sobre los informes de organismos internacionales sobre terrorismo y las sentencias y dictámenes de órganos de protección de derechos humanos. Además, se desarrolla el proceso penal que se utilizó para el juzgamiento de los delitos de terrorismo y traición a la patria, así como, la descripción del tipo penal de cada uno de ellos. Asimismo, resaltaremos la importancia de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y sus órganos de supervisión, que no buscan vulnerar la soberanía de un Estado u obstaculizar o imponer sus reglas y condiciones, por el contrario, son instrumentos necesarios que ayudan a perfeccionar los ordenamientos jurídicos internos de los Estado en materia de derechos humanos, generando un ambiente de seguridad en los ciudadanos porque sus derechos fundamentales no se verán vulnerados. Para esto, se necesitará de unos medios para la comunicación entre los Estados y los órganos internacionales, siendo los más importantes el control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional. Por último, se estudia en este capítulo si el Tribunal Constitucional respetó o no la línea jurisprudencial y las decisiones adoptadas por la CorteIDH, el respeto que debe existir si es posible que el Estado de ese entonces pudo haber utilizado como mecanismo de defensa la teoría del margen de apreciación nacional, técnica de argumentación utilizada en el sistema europeo de protección de derechos humanos. Para terminar, se plantea el supuesto de un Estado de

Derecho, como el actual, que viene siendo atacado por crimen organizado, la corrupción y que podría ser amenazado por nuevos grupos terroristas. De tal manera que en el supuesto de que se sugiera nuevamente la aplicación de la figura del sistema de la justicia sin rostro hay que determinar si es posible su aplicación. Valorando si se trata de una herramienta útil para la protección de magistrados, garantizando un ambiente de seguridad y tranquilidad en la población o si debe ser descartada por sus deficiencias en materia de garantías.

En el cuarto capítulo, se presenta la situación actual del Derecho Penal, instrumentalizado para expandir su ámbito de intervención, para dar solución a los problemas que surgen dentro de una sociedad, asumiendo que es el indicado para toda respuesta y contexto. Desde la teoría del Derecho penal del enemigo, se valora su aplicación en el contexto peruano. Asimismo, se analiza desde la jurisprudencia de la CorteIDH en a los casos peruanos, el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, que regula la acción típica penal del delito de terrorismo, éste artículo que pertenece a una legislación de emergencia que buscó sancionar todas las acciones posibles relacionadas con el terrorismo, por lo que cabe plantearse de forma legítima una duda sobre su permanencia en un contexto jurídico nuevo. En ese sentido, revisaremos este artículo- teniendo como consideración la gravedad del delito de terrorismo y las consecuencias que produce en la sociedad y en la estabilidad de un Estado- porque el funcionamiento adecuado de un sistema judicial depende también de la determinación y claridad que tenga la descripción de la acción delictiva que se pretende sancionar, para así evitar que los órganos de justicia cometan arbitrariedades al momento de tomar una decisión.

Capítulo 1

Garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1. Contexto histórico político de Perú en los años previos a la crisis terrorista

El 11 de julio de 1978, el Presidente del Perú, General Francisco Morales Bermúdez Cerruti, mediante el Decreto Ley N° 22231, aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita por el Gobierno de la República del Perú, el 27 de julio de 1977. Asimismo, el 28 de julio de 1980, durante el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry (1980-1985), entró en vigencia la Constitución Política de 1979. Esta Carta Magna, manifestaba que los tratados internacionales celebrados por el Estado peruano formaban parte del derecho interno, además, los que versaban sobre derechos humanos, se les otorgaba jerarquía constitucional y en caso de conflicto entre la ley y el tratado, prevalecerá este último¹. Además, brindaba la oportunidad a los ciudadanos de, una vez agotada la jurisdicción interna, poder acudir ante tribunales u organismos internacionales para defenderse, por la presunta vulneración de sus derechos². Finalmente, en su disposición Décimo Sexta, ratificaba a la CADH y la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)³. Sin embargo, en mayo de ese año, nacería en Ayacucho, el Partido Comunista Peruano-Sendero Luminoso (PCP-SL), considerado como una organización terrorista, que desencadenó un enfrentamiento contra el Estado y la sociedad peruana, terminando con la vida de aproximadamente 31,331 personas⁴.

Este nuevo gobierno, significaba la restitución de la democracia tras dos décadas de gobierno militar, generando gran expectativa e ilusión en la población. No obstante, una serie de malas decisiones políticas dieron como resultado problemas de desempleo, huelgas de trabajadores que reclamaban sus beneficios sociales, crisis económica, inflación, aumento de la pobreza, inadecuada distribución de la riqueza, y desatención de las personas de las zonas rurales entre otros. Esa situación que fue aprovechada por Abimael Guzmán Reinoso, quién utilizó estos problemas como argumentos para iniciar su guerra contra el estado y tomar el poder a como dé lugar. Su movimiento subversivo, inició en Ayacucho, específicamente en Huamanga, lugar donde el Estado nunca había llegado, presentándose ante los pobladores

¹ Artículo 101 y 105 de la Constitución Política de 1979.

² Artículo 305 de la Constitución Política de 1979.

³ Disposición Décimo Sexta de la Constitución Política de 1979.

⁴ Comisión de la verdad y reconciliación, "Informe Final 2003", Tomo II pp.13.

como una especie de mesías que, llegaba a salvarlos de las injusticias que se estaban cometiendo, identificando como principal responsable al Jefe de Estado. Las personas que se oponían a su ideología, eran asesinadas. Sin embargo, el gobierno nunca logró identificar las características principales de este grupo, simplemente en un momento de desesperación, delegó facultades amplias a los miembros de la PNP y FF.AA. que, en su intento por detener el avance terrorista, vulneraron los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el gobierno de Fernando Belaunde, se reportaron 7795 víctimas, siendo el 48% responsabilidad de Sendero Luminoso y el 45% de las fuerzas armadas y policiales⁵. Al finalizar su mandato presidencial, algunos sectores del territorio nacional se encontraban en estado de emergencia, sometidos a la relativización de derechos fundamentales. En ese lapso de tiempo, el territorio peruano estuvo con declaratoria de emergencia en seis ocasiones⁶.

En 1985, Alan García Pérez, asumió el cargo de presidente, mientras que, Sendero Luminoso, se expandió, por todo el territorio nacional haciendo más complicado la detección del accionar subversivo⁷. Los senderistas, asesinaron a jueces, políticos, militares, fiscales, abogados, periodistas, ciudadanos de a pie, destruyeron edificaciones públicas y privadas. Sin una adecuada estrategia antisubversiva, las FF.AA. y la PNP, hicieron detenciones injustificadas, desapariciones forzadas, asesinato de internos en los establecimientos penitenciarios, muerte de personas inocentes, enterradas en fosas comunes, hechos que no fueron sancionados. La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), informó que durante el gobierno del Partido Aprista Peruano (PAP), se dieron 8173 muertes y desapariciones, siendo el 58% responsabilidad de organizaciones subversivas y el 30% a las fuerzas armadas y policiales⁸.

El inicio de la década del noventa encontró al país en una grave crisis económica y una ola de violencia exacerbada. Alberto Fujimori Fujimori, presidente en ese momento, buscó, a través del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), una nueva estrategia para acabar con la organización terrorista criminal, que consistía en un servicio de inteligencia, donde grupos de las fuerzas armadas disfrazados de civiles, hicieron un análisis del problema actual y cómo podrían acabar con los principales líderes de Sendero Luminoso. Para esto les reconoció a estos “escuadrones de la muerte” amplias facultades discrecionales de intervención sin la debida supervisión o fiscalización, favoreciendo a la creación de un ambiente de impunidad

⁵ Comisión de la verdad y reconciliación, “Informe Final 2003”, Tomo III pp. 11.

⁶ Ibidem.

⁷ Durante la anterior gestión, los ataques terroristas sólo fueron en la sierra central.

⁸ Comisión de la verdad y reconciliación..., op. cit., Tomo III pp. 33.

para afectación de derechos fundamentales⁹. Sin embargo, argumentando el rechazo de la clase política a la propuesta del gobierno para hacer frente al fenómeno terrorista y, contando con el respaldo institucional de las FF.AA., el 5 de abril de 1992, el gobierno dictatorial comunicó la disolución de los poderes legislativo y judicial y la instalación del gobierno de emergencia y reconstrucción nacional¹⁰.

Desde ese momento, tras el autogolpe de Estado, se dictaron una serie de decretos- leyes antiterrorista que vulnerarían los derechos fundamentales de los ciudadanos, contraviniendo los acuerdos internacionales. Cabe precisar que, la Constitución de 1993, reiteró lo mencionado por la constitución anterior, mencionando en su Art. 205º que “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que el Perú es parte”. En ese sentido, los mecanismos legislativos y judiciales, no permitieron obtener pronunciamientos de acuerdo a derecho, razón por la cual, se activaron las instancias internacionales (CIDH y CorteIDH).

El sistema de justicia utilizado durante esos años para procesar, juzgar y condenar a personas acusadas presuntamente de haber cometido el delito de terrorismo y traición a la patria, que vulneró varias de las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la CADH.

2. Justicia militar y estado de derecho

2.1. La Justicia militar antes de la aparición de los grupos subversivos. El inicio de la etapa Republicana en el Perú, significó el surgimiento del fenómeno del militarismo, que encontraba un Estado, inmerso en una crisis política, social y económica, producto del enfrentamiento por alcanzar la independencia y el desequilibrio institucional como consecuencia del derrocamiento del yugo español. Asimismo, la mayoría de la legislación perteneciente a la época colonial continuó vigente en la primera mitad del siglo XIX, siendo sustituida progresivamente a partir de ese momento. La justicia militar continuó regulándose de manera inorgánica por un conjunto de normas, pertenecientes a la etapa colonial, y paulatinamente se fueron dando algunas leyes, decretos, normas de menor jerarquía y

⁹ Con fecha 11 de diciembre de 1991, se promulgó el Decreto Legislativo 746, que otorgaba al Servicio de Inteligencia Nacional, amplios poderes y obligaba a organismos públicos y privados a proporcionarle la información que requiriese, bajo responsabilidad penal en caso de incumplimiento.

¹⁰ El 6 de abril de 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 25418, que sentó las bases para el gobierno de emergencia y reconstrucción nacional e instituyó, entre otras cosas, la elaboración de una nueva constitución

disposiciones administrativas. Este escenario perduró hasta 1898, cuando se promulgó el primer Código de Justicia Militar, sustituyendo la legislación colonial¹¹.

En 1895, asumió el gobierno Nicolás de Piérola, mandato en el que se dio el proyecto de Código de Justicia Militar teniendo como primordiales normas inspiradoras al Código Penal Militar francés modificado y reglamentado, el 31 de agosto de 1878, así como, el Código Justicia Militar español de 1890. En consecuencia, el primer Código de Justicia Militar de la época republicana fue promulgado mediante ley, el 20 de diciembre de 1898¹².

El código reunió conjuntamente la estructura de la justicia militar, las normas procesales, los derechos y obligaciones de los sujetos vinculados a la labor militar y las faltas militares. Los aspectos más relevantes para nuestro objeto de estudio serán mencionados brevemente a continuación. La justicia militar estaba subordinada al Poder Ejecutivo, quien se encargaba de nombrar a los vocales del Supremo Consejo de Guerra, máxima instancia de la justicia militar y a los jueces instructores. Los magistrados eran militares en actividad y, por lo tanto, sujetos al poder de mando y disciplina de la estructura castrense. El Poder Ejecutivo con el voto consultivo del Supremo Consejo de Guerra podía, de ser necesario, asignar competencias jurisdiccionales de carácter temporal a cualquier otra autoridad del Ejército. Asimismo, el Supremo Consejo de Guerra y Marina resolvía los casos de conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y militar, dejando de lado la labor de la Corte Suprema de Justicia para la solución de estos problemas. Además, la justicia militar amplió su competencia para el juzgamiento de civiles implicados en los delitos de insulto al centinela o espionaje, incendio, robo, hurto y estafa de caudales, material, armas que formaban parte del ámbito militar, así la conducta no se hubiese materializado en instalaciones militares, asimismo, eran juzgados cuando cometían actos delictivos en algún recinto militar, aunque este delito fuera de naturaleza común. Finalmente, el fiscal era nombrado por la autoridad judicial militar¹³.

Sin embargo, el transcurrir de los años permitió que las fuentes legislativas que inspiraron al Perú a crear este código, terminaran siendo reformadas en sus respectivos países. No obstante, el Estado peruano continuó considerando alguna de estas características en su Código de Justicia Militar, entre las que destacan: la subordinación de la justicia militar al Poder Ejecutivo, su ámbito competencial que se extiende al juzgamiento de civiles, utilización del derecho penal como mera extensión del poder de mando militar y policial, tribunales

¹¹ PEREIRA CHUMBE, Roberto (2002). Evolución Legislativa de la Justicia Militar en el Perú. *La reforma del derecho penal militar- Anuario de Derecho Penal 2001-2002*, pp. 364-365

¹² Ibidem, pp. 369.

¹³ Ibidem, pp. 369-370.

conformados por militares en actividad que desconocen de derecho, un proceso penal militar de carácter inquisitivo, Ministerio Público no independiente¹⁴.

2.2. Ámbito de aplicación de la justicia militar. El artículo 282° de la Constitución de 1979, establecía que: "Los miembros de las FF.AA. y Policiales en los casos de delitos de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235° (esta norma se refería a la aplicación de la pena de muerte para el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior). Quienes infringen el Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar".

A su vez, el artículo 173° de la Constitución de 1993, también reitera el ámbito de aplicación de la justicia militar, estableciendo lo siguiente: "En caso de delito de función, los miembros de las FF.AA. y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a la que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar".

De la interpretación de ambos preceptos constitucionales, podemos deducir que, la competencia material justicia militar es estrictamente penal, asimismo, conoce los delitos de función cometidos por miembros de las FF.AA. y PNP, estos ilícitos deben estar regulados en el Código de Justicia Militar y las disposiciones del Código de Justicia Militar, por regla general, no son aplicables a los civiles.

No obstante, ambas disposiciones, reconocen la ampliación de la competencia material de la justicia militar al juzgamiento de civiles en situaciones excepcionales, sin embargo, cada una dispone de casos diferentes de aplicación. La Carta de 1979, sólo establecía el juzgamiento de civiles a cargo de tribunales militares en el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior. Por otro lado, la Constitución vigente amplía la excepción, al disponer que la justicia militar es competente para conocer de los delitos de traición a la patria, sin relacionar estos comportamientos al contexto de guerra exterior, así como para los casos de terrorismo que la ley determine, brindando un amplio margen de decisión al legislador.

¹⁴ Defensoría del Pueblo (2003). ¿Quién juzga a quién? Justicia militar vs Justicia ordinaria. *Informe Defensorial N° 66*, Lima, pp. 20-22.

En ese sentido, podemos concluir que el delito de función representa una pieza fundamental a partir del cual la Constitución delimita la competencia material de la justicia militar. Por lo tanto, es necesario saber cuándo estamos ante un delito de función¹⁵. Para determinar cuándo nos encontramos frente a un delito de naturaleza militar, parte de la doctrina reconoce que, debemos acudir a las disposiciones del Código de Justicia Militar. El artículo 2° de la parte general del código, establece lo siguiente: “Se consideran delitos y faltas militares las infracciones previstas en este Código (...)”. Asimismo, el artículo 320° del Código de Justicia Militar establece que “Por razón del delito, la jurisdicción militar conoce de las causas seguidas contra los miembros de la FF.AA. y Fuerzas Policiales y, en general de cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado, por infracciones previstas en este Código”.

En consecuencia, el código castrense a través de sus normas recoge un criterio de carácter formal para englobar a un delito o falta como militar. Serán considerados como delitos y faltas militares, los que se encuentren previstos en el Código de Justicia Militar. No obstante, no se toma en cuenta que existen delitos de naturaleza común- que pueden ser cometidos por cualquier persona ajena a la función militar- que no tienen relación con la afectación de bienes jurídicos de carácter estrictamente militar, entre los que destacan el delito de robo y el delito de homicidio. Por lo tanto, este criterio de ser tomado en cuenta vulneraría el artículo 173° de la Constitución que reconoce la competencia de la justicia militar al delito de función y prohíbe la aplicación del código militar a los civiles, salvo en los casos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina¹⁶.

Por otra parte, el criterio personal también trata de definir el delito de función, basta comprobar la condición de militar o policía del sujeto activo para que estemos ante un delito de función, sin considerar otros aspectos que configuran el delito como el bien jurídico afectado, sujeto pasivo, las circunstancias o la forma de comisión de la conducta antijurídica. Por otro lado, existe otro criterio relacionado con los sujetos intervinientes en el delito, que toma no sólo importancia en el sujeto activo sino también el sujeto pasivo, que al igual que el primero, deberá ser un militar. En ese sentido, si ante la comisión de un delito tenemos al sujeto activo y pasivo identificados como militares o miembros de la PNP estaremos ante un delito de función. Por último, otra manifestación del criterio del personal es la extensión con que regula el código militar la noción de militar para efectos de su aplicación. El inciso 1) del artículo 321° establece que “se considera militar a todo aquél que, de acuerdo con las

¹⁵ Ibidem, pp. 33-34

¹⁶ Ibidem, pp. 37.

respectivas leyes orgánicas, posea grado militar”. Esta disposición posibilitó que se realice una interpretación contraproducente de la misma, porque el grado de militar siempre estará presente en los militares, así pasen a situación de retiro, manteniendo en este último supuesto un grado de manera simbólica, abriendo la posibilidad que sean juzgados por un tribunal militar la comisión de un delito ¹⁷.

En consecuencia, estamos ante un supuesto de expansión del criterio de personal y del ámbito de competencia de la justicia militar, debido a que se encuentra facultada a intervenir no sólo en el supuesto que incurren un sujeto activo y un sujeto pasivo como miembros activos de la FF.AA. y la PNP sino además en el caso que intervengan personas que en algún momento prestaron servicios a las fuerzas armadas y policiales, que ahora cumplen una situación de retiro. Peor aún se amplía su intervención en los supuestos de juzgamiento de civiles que laboran en las instalaciones de las FF.AA. y PNP, que no son militares y por lo tanto no cumplen con una función militar. Por lo tanto, no existen circunstancias objetivas y razonables que respalden que, por la condición de militar activo, en retiro o que presta labores administrativas en los recintos militares, tenga que ser juzgado por tribunales militares. Justicia militar, que como lo explicaremos más adelante cuenta con una estructura orgánica y funcional apartado de los principios elementales de la función jurisdiccional ¹⁸.

Finalmente, habiendo descartado el criterio formal y personal, existe un último criterio que es el más aceptado por la doctrina, el criterio material o de la naturaleza del delito. Cuando el artículo 173° hace referencia al delito de función, está exigiendo una vinculación material y por ende estrecha, entre la conducta del sujeto (militar o policía) y el objeto de protección que debe recaer necesariamente en el ámbito militar, que debe ser definido a partir de los fines que la Constitución le asigna a las FF.AA. y la PNP. En ese sentido, estaremos frente a un delito de función, cuando la conducta de un militar o policía en actividad, suponga la lesión de bienes jurídicos de carácter militar o policial¹⁹. Además, el delito debe estar expresamente tipificado en el Código de Justicia Militar, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución. Asimismo, resulta compatible con la naturaleza restrictiva que la Constitución otorga a la justicia militar, en la medida que impide que civiles y militares retirados, que no ejercen función militar, puedan ser juzgados por ella²⁰.

¹⁷ Ibidem, pp. 38-40.

¹⁸ Ibidem, pp. 41-43.

¹⁹ DONAYRE MONTESINOS, Christian (2009). La resistencia a un cambio de necesario, ineludible e impostergable: la reforma de justicia militar policial peruana en debate. En DONAYRE MONTESINOS C. (Coord.) *La justicia militar en el Derecho Comparado y en la jurisprudencia constitucional*, Lima, Palestra Editores, pp. 56.

²⁰ Defensoría del Pueblo (2003). *¿Quién juzga a quién? Justicia militar...*, op.cit., pp. 49-51.

3. Estrategia del Estado peruano para hacer frente al fenómeno terrorista

La aparición de un Estado democrático, después del poder autoritario militar, significaba para la población, el regreso a un estado de tranquilidad y seguridad, no obstante, las autoridades elegidas mediante voto popular, no supieron realizar adecuadamente su gestión, creando con el paso del tiempo una sociedad rencorosa. La aparición de Sendero Luminoso, generó un ambiente de inseguridad y temor, al que los mandatarios, no prestaron mayor importancia, considerándolos como simples delincuentes. Hasta ese momento, no contaban con las características suficientes para poder identificar a las personas detrás de estos actos atroces e inhumanos, quienes aprovechaban para camuflarse entre la población civil. En ese sentido, durante el gobierno de Alberto Fujimori, se les concedió amplias facultades a las FF.AA. para, resguardar la seguridad en las calles y enfrentar a la subversión con una campaña de inteligencia militar, sin la debida supervisión o control. Además, jueces y fiscales, encargados de realizar las investigaciones, el proceso y juzgamiento de los cabecillas senderistas, empezarían a recibir amenazas de muerte, impidiendo realizar sus labores adecuadamente, emitiendo pronunciamientos que no deseaban, con la finalidad de proteger su vida. En consecuencia, el Estado decidió otorgar a los militares una nueva potestad: juzgamiento de civiles acusados del delito de terrorismo y traición a la patria. Este sistema judicial, tenía como elementos esenciales a un tribunal militar y un proceso abreviado, que buscaba alcanzar una sanción rápida y efectiva para los senderistas, siendo duramente criticado, por no respetar las garantías judiciales. El Estado por tratar de retomar la seguridad ciudadana, se rebajó a la misma condición del terrorista, respondiendo de la misma forma, a través de una legislación penal de emergencia, relativizando las libertades fundamentales, donde cualquier ciudadano podía ser víctima sin estar incurso en delito alguno, o estando inmiscuido, no se respetaban sus derechos al debido proceso²¹.

Antes de pasar a describir las normas que regularon el delito de terrorismo y los procedimientos para su investigación y juicio, durante los años noventa, necesitamos entender cuándo estamos frente a una conducta terrorista. Al respecto Mateo Castañeda sostiene lo siguiente: “Es una actividad planificada que, con medios o actos destinados a crear una situación grave de inseguridad, temor social o alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido. Someterá a la población para que se adhiera a determinadas concepciones políticas, usando para esto la intimidación o medio. Cabe precisar que lo que sancionan no son ideas, sino actos que atentan contra la convivencia

²¹ PEÑA CABRERA, Alonso (2012). *Los procesos penales especiales y el derecho penal frente al terrorismo*, Lima, IDEMSA, pp. 470.

democrática, que afectan a la sociedad en su conjunto, teniendo como sujeto pasivo del delito al Estado”²².

El 7 de mayo de 1992, el gobierno emitió el Decreto Ley N° 25475, que regulaba a través de una ley especial el delito de terrorismo, la penalidad y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio, derogando los artículos 319° al 324° del Código Penal de 1991, siendo duramente criticado. En ese sentido, el 3 de enero de 2003, más de 5000 ciudadanos, interpusieron una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC). El máximo intérprete de la Constitución, consideró en esa oportunidad que, de la descripción que había realizado el legislador sobre el delito de terrorismo, en su artículo 2°²³, contaba con 3 características básicas: atemorizar a la población, actos contra bienes o servicios, medios típicos para la comisión de la conducta antijurídica. Además, los 3 elementos objetivos, debían concurrir necesariamente para la configuración del delito de terrorismo, porque ausencia de uno de ellos no permitía la configuración de la acción antijurídica²⁴. El legislador, a través de los preceptos penales, perfila la sanción de la normativa penal para prevenir la comisión de hechos punibles, además, tiene otros fines como tranquilizar a la población, sobre todo en situaciones de alta conflictividad social, creando un clima de paz y seguridad social. En este contexto, es usual que se apliquen penalizaciones más fuertes, procediendo a expandir el poder punitivo del Estado, donde no se toma en cuenta los principios legitimantes del *ius puniendi*, en un orden democrático de derecho. En una legislación penal de emergencia, para combatir el terrorismo, no hubo un adecuado mandato de determinación, con una construcción típica en base a elementos poco claros, imprecisos, vagos y muy abiertos, cualquier acto podía ser considerado como delito de terrorismo, beneficiando a los delincuentes confesos que, ante esa deficiente regulación encontraron abierta la puerta para interponer demandas de protección de sus garantías judiciales ante los organismos internacionales²⁵.

²² CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo (2009). *Delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista, 2009, Lima, Grijley, pp. 7-14.*

²³ El artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, establece lo siguiente: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años”.

²⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N.º 010-2002-AI/TC, fundamentos 60-78.

²⁵ PEÑA CABRERA, Alonso (2012). *Los procesos penales especiales...*, op.cit., pp. 535-538.

En ese orden de ideas, el Estado mostraba una desesperación, por terminar con ese fenómeno subversivo, tratando que el Derecho Penal, alcance a todas las conductas que realizaban los senderistas, claro ejemplo de esto es que, tres meses después de la regulación especial de delito de terrorismo, el 13 de agosto de 1992, se publicó el Decreto Ley N° 25659, regulación referida al delito de traición a la patria, además, el fuero militar iba a ser el encargado de determinar la culpabilidad de los acusados por este delito (Decreto Ley N° 25744, de fecha 21 de septiembre de 1992). En efecto, el TC sostuvo lo siguiente: “Si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria”²⁶. Este delito, comprende la develación de secretos por parte de agentes nacionales, teniendo como finalidad la puesta en peligro de la seguridad de la Nación ante una posible dominación por parte de una nación extranjera, mientras que, el terrorismo, si bien sus autores son inspirados por motivos políticos e ideológicos, la finalidad trascendente es, crear zozobra y pánico en la población y finalmente derrocar al Gobierno constitucionalmente elegido, para instaurar uno nuevo, pudiendo ser cometido por cualquier persona, incluso por un extranjero. La vigencia de ambos delitos, producía una confusión interpretativa a los operadores de justicia, que no podían claramente establecer límites de tipificación penal entre ambos injustos penales, propiciando un espacio fecundo de inseguridad jurídica²⁷.

En relación a la jurisdicción militar, la jurisprudencia de la CorteIDH, considera que el Código de Justicia Militar del Perú, restringía el juzgamiento de civiles por delitos de traición a la patria a situaciones de guerra exterior. Frente a esa situación, la aparición de la nueva regulación, permitió el juzgamiento de civiles bajo cualquier circunstancia, en todo los casos de traición a la patria, otorgándole a la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE) una competencia investigadora, y un proceso sumarísimo “en el teatro de operaciones”, este sistema de justicia, es considerado por distintas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las FF.AA., esta modalidad, supuso excluir al tribunal competente, para el conocimiento de estas causas. El Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas

²⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N.º 010-2002-AI/TC, fundamento 38.

²⁷ PEÑA CABRERA, Alonso (2012). *Los procesos penales especiales...*, op.cit., pp. 635.

procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. Además, debemos resaltar que, los militares inmiscuidos en la lucha contra el terrorismo, eran las encargadas del juzgamiento de las personas acusadas del delito de terrorismo y traición a la patria²⁸. En conclusión, consideramos que, debieron establecerse adecuadamente, los límites de las conductas subversivas, así como, la aplicación de penas proporcionales, además, de un tribunal, debidamente capacitado para comprender estas conductas, ejerciendo su labor de acuerdo a los principios procesales esenciales, correspondiente a un Estado democrático de Derecho.

4. Estado de emergencia ante situaciones de crisis

4.1. Evolución y concepto. La figura del estado de emergencia, tiene un origen histórico remoto, pero, en este apartado nos centraremos en sus antecedentes más cercanos donde Perú y otros Estados tuvieron que aplicar este mecanismo para combatir situaciones que, ocasionaron una grave vulneración de derechos fundamentales.

Después de la Primera Guerra Mundial, una de las constituciones que surgieron fue la Constitución de Weimar, el 11 de agosto 1919, siendo una de las más comentadas por su artículo 48°, que regulaba las facultades que tenía el presidente, cuando se presentara un estado complejo que impediría el adecuado desarrollo de la sociedad. En ese sentido, podía adoptar medidas necesarias para su restablecimiento, hasta el punto de contar con el apoyo de las fuerzas armadas, si fuera necesario. Además, podía suspender temporalmente, en todo o en parte, el ejercicio de los derechos fundamentales de la libertad personal, inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia, libertad de opinión, libertad de reunión, libertad de asociación y propiedad privada. De la interpretación de esta disposición, se puede concluir que, no se precisa a qué tipo de medidas se podrían adoptar, otorgándole un poder absoluto, sin embargo, como contraparte establecía un límite a ese poder porque enumeraba qué derechos podían ser restringidos²⁹.

En Inglaterra, la flexibilidad de su Constitución permitió crear a Lloyd George, en 1918, para la conducción de la guerra, el famoso *War Cabinet*, en el que se concentraron todas las facultades necesarias, extraordinarias y excepcionales para dirigir las operaciones³⁰. Durante el inicio de la Segunda Guerra Mundial, el Reino Unido promulgó el *Emergency Powers Act*

²⁸ CorteIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafos 127- 130.

²⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1978). *El estado de excepción en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, pp.54.

³⁰ *Ibidem*, pp.55.

y el *Bill Supplies and Services Act*, que conllevaban amplias facultades extraordinarias³¹. En Italia, el partido fascista dirigió las instituciones de orden público. La policía fue integrada por la milicia voluntaria para velar por la seguridad nacional, y no estuvo subordinada a control jurisdiccional. Los tribunales de justicia no estuvieron conformados por militares, ni se aplicó la legislación militar³². En Estados Unidos, tanto en la Primera como en la Segunda Guerra Mundial, se le otorgó al Poder Ejecutivo amplios poderes para dirigir la defensa nacional y conducir la guerra³³.

El 8 de mayo de 1949, se promulgó en Alemania, la Ley Fundamental de Bonn, que descartó las habituales instituciones de emergencia y reguló en su artículo 81º el nuevo estado de emergencia legislativa, como una modalidad en materia de estados de excepción, estableciendo como garantía que la Ley Fundamental no puede ser modificada, suspendida, o invalidada total o parcialmente por el estado de emergencia o de necesidad legislativa. Establece como garantía de los derechos constitucionales la reserva de ley en materia de restricción o suspensión de los mismos, y además prescribe que en caso de suspensión de derechos fundamentales no se podrá vulnerar la esencia de los mismos, los cuales gozarán en toda circunstancia de protección jurisdiccional³⁴.

En Latinoamérica también hubo la presencia de gobiernos dictatoriales de corte militar creando estados de emergencia permanentes, a través de la legislación ordinaria y de emergencia con vigencia indefinida. Ello se pudo evidenciar especialmente en el cono sur, en Centro América y el Caribe, persistiendo aún algunos regímenes que continúan impulsando medidas permanentes de suspensión de derechos y libertades, sin recurrir necesariamente a instituciones de excepción³⁵.

Asimismo, Fernández Segado considera al estado de emergencia como “el conjunto de circunstancias, que perturban el normal funcionamiento de los poderes públicos y amenazan a las instituciones y principios básicos del Estado y cuyo efecto inmediato es la concentración en manos del gobierno de poderes o funciones que, en tiempo normal, deben estar divididas o limitadas”³⁶. Es la necesidad de resolver una situación grave e insuperable, que justifica precisamente el uso de potestades especiales y extraordinarias que buscarán suspender derechos y garantías fundamentales, con la finalidad de restituir el estado de tranquilidad en la

³¹ MELÉNDEZ, Florentín (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (tesis doctoral), Universidad Complutense, Madrid, España, pp. 27.

³² *Ibidem*, pp. 30.

³³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1978). *El estado de excepción...*, op.cit., pp.56.

³⁴ MELÉNDEZ, Florentín (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción...*, op.cit., pp. 30.

³⁵ *Ibidem*, pp. 31.

³⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1978). *El estado de excepción...*, op.cit., pp.18.

sociedad. El margen de discrecionalidad otorgado concedido al Poder Ejecutivo, a través de la concentración de poderes, no conlleva a que se actúe fuera de la ley y sin control alguno. Se entiende que los Estados al ejercer facultades extraordinarias deben estar en todo momento sujetos al Derecho, a la legalidad de excepción, y en general, a la legalidad constitucional y al Derecho Internacional vigente³⁷.

Además, para su aplicación se debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. El estado de emergencia, es un instrumento que es aplicado por el Estado como último recurso ante situaciones de peligro real o inminente, que además es grave e insuperable por los mecanismos legales ordinarios o habituales que se dispone en una situación determinada, y que es capaz de provocar una modificación en el funcionamiento de las instituciones del Estado y en el ejercicio habitual de ciertos derechos, libertades y garantías de los ciudadanos³⁸. Asimismo, es apropiado que la Constitución prevea las circunstancias extraordinarias que legitiman la declaración de un estado de emergencia en un país³⁹. La CIDH menciona que, “para que pueda considerarse que hay una emergencia real, debe existir en el país una situación de extrema gravedad, como guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”⁴⁰.

2. Además, es de naturaleza temporal o provisional, la declaración de estado de emergencia buscará exclusivamente acabar con la situación de peligro real e inminente y retornar a un estado de tranquilidad, el Estado de Derecho o imperio de la ley, la defensa de las instituciones democráticas y de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁴¹. La declaración del estado de emergencia será hecha por un breve periodo de tiempo⁴². La CIDH ha dicho que “al decretar estados de emergencia por períodos de tiempo indefinidos o prolongados, sobre todo cuando ellos otorgan al Jefe de Estado una amplia concentración de poder, incluyendo la abstención del poder judicial respecto a las medidas decretadas por el Ejecutivo, lo que en ciertos casos puede llevar a la negación misma de la existencia del Estado de Derecho”⁴³.

³⁷ MELÉNDEZ, Florentín (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción...*, op.cit., pp. 32.

³⁸ Ibidem, pp. 43.

³⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1978). *El estado de excepción...*, op.cit., pp.61.

⁴⁰ CIDH (2000). *Informe N° 48/00, caso núm. 11.166 Walter Humberto Vásquez Vejarano Perú.*

⁴¹ MELÉNDEZ, Florentín (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción...*, op.cit., pp. 44.

⁴² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1978). *El estado de excepción...*, op.cit., pp.64.

⁴³ CIDH (2000). *Informe N° 48/00, caso núm. 11.166 Walter Humberto Vásquez Vejarano Perú.*

3. La declaración de estado de emergencia, en un Estado de derecho, debe estar subordinado a una supervisión carácter jurisdiccional que garanticen por una parte que no se afecte la protección de los derechos inderogables, y, por otra parte, que no se afecte los derechos sujetos a suspensión más allá de lo estrictamente indispensable para la superación de la situación de peligro real e inminente⁴⁴. El artículo 27.1 de la Convención dispone que la supresión de derechos fundamentales sólo se lleva a cabo en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Esta condición se refiere a la prohibición de restringir innecesariamente ciertos derechos, imponer restricciones mayores a las necesarias y extender innecesariamente la suspensión a zonas no afectadas por la emergencia.

4.2. El caso peruano. La Constitución de 1993, establece en su artículo 137° lo siguiente.

“El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las FF.AA. asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República (...)”.

Enrique Chirinos Soto, sostiene que, “el decreto supremo que declara el estado de emergencia o su prórroga, no necesita la aprobación del Congreso, aunque se da cuenta a éste del decreto respectivo. No obstante, el Congreso Constituyente, buscó debilitar los poderes que, en régimen de excepción, corresponden al Presidente, a través de la Ley N° 25397, Control Parlamentario sobre actos normativos del Presidente. Asimismo, este artículo reproduce, apenas con algunos cambios, el artículo 231° de la Constitución 1979”⁴⁵, asimismo, del artículo de esta última Carta, José Pareja Paz Soldán, sostiene que “el Gobierno debe contar con los recursos legales apropiados para afrontar situaciones de emergencia, esto

⁴⁴ MELÉNDEZ, Florentín (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción...*, op.cit., pp. 44.

⁴⁵ CHIRINOS SOTO, Enrique (2008). *La constitución lectura y comentarios*, Lima, Editorial Rodhas, pp. 357-361.

es, medidas rápidas y enérgicas, pero sólo debe ser por motivos de seguridad pública. Asimismo, está de acuerdo que el Poder Ejecutivo deba sólo informar al Parlamento sobre la declaración o prórroga del estado de emergencia, porque si necesitara su autorización previa, se perdería tiempo precioso en las discusiones y trámites previos, hallándose entretanto, imposibilitado de actuar y de defenderse peligrando su subsistencia. La suspensión de garantías, no significa la supresión de los derechos, sino que se disminuye o se altera en el régimen de emergencia, ciertas formas de protección de legal, además, no quiere decir que se ignorará a la persona, sino que su plena vigencia se altera en la situación de emergencia que existe y que es necesaria para superar esa situación peligrosa que amenaza no sólo la estabilidad del gobierno, sino la vida y la propiedad de los ciudadanos y el imperio del orden público”⁴⁶.

Durante el gobierno fujimorista, se declaró estado de emergencia, en diversas oportunidades, debido a los continuos ataques terroristas, situación que permitía adoptar las medidas que fuesen convenientes para reestablecer el orden público, suspendiendo derechos fundamentales que no pueden ser limitados en ninguna situación. En consecuencia, las personas afectadas por este accionar, después de agotar los recursos internos, acudieron a instancias internacionales.

Habiendo el Estado peruano, tomado conocimiento de la intervención de organismos internacionales, se defendió en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* (1997), caso *Castillo Petruzzi vs. Perú* (1999) y *Cantoral Benavides vs. Perú* (2000). En el primer caso, la señora Loayza Tamayo, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada sin orden expedida por autoridad judicial competente el 6 de febrero de 1993 en Lima, por miembros de la DINCOTE, y acusada de ser colaboradora del grupo Sendero Luminoso. Estuvo detenida por ese organismo durante 20 días; permaneció 10 días incomunicada y luego fue presentada a la prensa vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Finalmente, fue juzgada en el Perú dos veces por los mismos hechos, la primera por un Tribunal Militar, que la absolvió, y la segunda por un tribunal civil que la juzgó por el delito de terrorismo y la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad, siendo sometida a tratos crueles e inhumanos.

El segundo caso, un grupo de terroristas chilenos pertenecientes al grupo subversivo MRTA, fueron capturados el 14 de octubre de 1993 por la DINCOTE, por el secuestro al empresario Raúl Hiraoka Torres, siendo juzgados por tribunales militares y condenados a

⁴⁶ PAREJA PAZ SOLDÁN, José (1981). *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979 apreciación y comentarios*, Lima, ITAL Perú, pp. 477-479.

cadena perpetua por el delito de traición a la patria. Los imputados recibieron tratos crueles e inhumanos, asimismo, afectaciones al derecho al debido proceso.

El tercer caso, Luis Alberto Cantoral Benavides, fue detenido el 6 de febrero de 1993 por la DINCOTE, siendo sometido a un proceso ante tribunal militar por el delito de traición a la patria, donde fue absuelto. Sin embargo, fue trasladado al fuero ordinario, siendo procesado por el delito de terrorismo, condenándolo a 20 años de prisión, sin haberse reunido prueba suficiente para ser condenado por ese delito. Por lo tanto, hemos considerado estos casos porque se dieron en uno de los gobiernos donde ocurrieron más vulneraciones de derechos humanos y tuvo la intención de evadir la responsabilidad internacional a través de la aplicación de medidas legales, asimismo, nos ayudan a identificar las herramientas utilizadas por el Estado peruano para combatir con el fenómeno terrorista, además, nos permite recopilar las opiniones de los órganos internacionales ante su aplicación.

En consecuencia, el mecanismo de defensa del Estado peruano ante las denuncias ante la CorteIDH fue el artículo 27 de la Convención, que sostiene la posibilidad de que los Estados asuman medidas excepcionales en caso de peligro público o de otra emergencia que amenace la seguridad del Estado parte⁴⁷. No obstante, esta disposición, comprende además que, las medidas que se adoptan, en ningún caso podrán suspender una serie de derechos, entre los que destacan el derecho al respeto de las garantías judiciales indispensables y el debido proceso. En ese sentido, a través de la Opinión Consultiva OC-9/87, de fecha 6 de octubre de 1987, el gobierno uruguayo, solicitó a la CorteIDH para saber cuál era el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables, en una situación de emergencia. La CorteIDH las definió como, “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo (27.2) y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud. Asimismo, ha subrayado que el carácter judicial de tales medios implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”⁴⁸.

El Derecho Internacional cuenta con principios jurídicos, que establecen límites a las actuaciones discrecionales de los poderes públicos en los períodos de emergencia y permiten el control y la supervisión de los organismos internacionales para lograr con ello el equilibrio necesario e indispensable entre los intereses del Estado y los derechos fundamentales de los

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 126.

⁴⁸ CorteIDH. *Opinión Consultiva. OC-9/87. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 6 de octubre de 1987.

ciudadanos. El Principio de Proclamación, establece que, el Estado que recurra a una declaración de emergencia está obligado a proclamar o dar a conocer previamente y de manera general a toda la población la existencia de la situación de emergencia de carácter excepcional. El Principio de Notificación, contemplado, en la CADH (artículo 27.3), establece la obligación de los Estados de informar inmediatamente a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que se encargará de informar a los Estado Parte, sobre las circunstancias vinculadas con la suspensión de los derechos protegidos por el Derecho Internacional. Comprende la obligación de informar sobre las causas que han motivado el estado de emergencia, la institución de emergencia que se pondrá en vigencia, el tipo de medidas que van a adoptarse, los derechos, libertades y garantías que van a restringirse, las disposiciones convencionales que quedarán en suspenso y el tiempo durante el cual van a aplicarse tales medidas, así como sobre su probable finalización. El Principio de la Proporcionalidad describe que las medidas de emergencia que se adopten deben ser adecuadas a las situaciones de crisis extraordinarias y en ningún caso deben ser desproporcionadas o desmedidas. Se exige, por lo tanto, que exista una relación de proporcionalidad entre el peligro actual, real e inminente y las medidas que se deba adoptar para contrarrestarlo y superarlo⁴⁹. Podemos concluir que, el Estado peruano, declaró estado de emergencia, pero las acciones que adoptó no fueron las más adecuadas, porque por más difícil que fuera la situación, existen unos derechos que no podían ser suspendidos, asimismo, no se notificó oportunamente a la Secretaría General de OEA, sobre la suspensión de garantías, motivos, su alcance territorial, y la correspondiente fecha de terminación⁵⁰.

5. Tribunales de excepción

El Estado peruano, desde la aparición de los grupos subversivos, en los años ochenta, declaró en reiteradas oportunidades, estado de emergencia, en gran parte del territorio nacional, no obstante, desnaturalizaron esta figura, aplicando mecanismos excesivos y distorsionados como, un sistema militar que, ocasionó violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, pese a que la Carta Magna de 1979 y 1993, sólo permitían la suspensión o restricción del ejercicio de cuatro derechos fundamentales (libertad y seguridad personales, inviolabilidad del domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito en el

⁴⁹ MELÉNDEZ, Florentín (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción...*, op.cit., pp. 100-105.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 50.

territorio nacional)⁵¹. Las FF.AA., cumplen un rol esencial en un estado de emergencia, donde aparece como un actor convocado por el poder civil para responder con el uso de la fuerza a una situación que se considera que ha sobrepasado los alcances de la seguridad interna regular, tomando el control de la seguridad del país y el sometimiento a la justicia militar de los detenidos. En ese sentido, la situación de emergencia podía habilitar reacciones y ejercicios crecientes de poder y autoridad de parte de los poderes políticos y de las fuerzas de seguridad, como se dio en el Perú, donde sucesivamente las medidas de gobierno progresivamente ampliaron los márgenes de maniobra discrecionales de las instituciones estatales y de las fuerzas de seguridad en su acción represiva⁵².

El Ministerio Público, Poder Judicial, Justicia Militar, durante el período 1980-2000, no cumplieron adecuadamente su papel como órganos de control, garantía y protección de los derechos humanos, siendo incapaces de asegurar el cumplimiento de las leyes y detener o impedir los abusos que venían cometiendo las fuerzas del orden y los senderistas. Por el contrario, ante falta de independencia e imparcialidad, contribuyó a que el ejercicio abusivo del poder se acrecentara, consolidándose un ambiente constante de impunidad. El enfrentamiento sanginario entre las fuerzas del orden y los grupos subversivos y la inapropiada aplicación del estado de emergencia llevaron a la CVR a formular ciertas recomendaciones relativas a la regulación y empleo de la declaratoria de emergencia. En efecto, sugirió una transformación sustancial del marco jurídico regulatorio de la participación de las FF.AA. y Policiales en los períodos de anormalidad constitucional, así como, en particular, la adopción de una ley sobre regímenes de excepción que articule los objetivos de eficacia en las labores de control del orden interno y el respeto de los derechos humanos, dentro del estricto marco del Estado de Derecho⁵³.

En consecuencia, el gobierno peruano tuvo un concepto tergiversado de lo que significaba la implementación de un estado de emergencia, vulnerando derechos fundamentales de los ciudadanos, que no podían ser suspendidos o restringidos, en estas circunstancias. Uno de los instrumentos que implementó, fue un tribunal de justicia, que no cumplía con las garantías esenciales, dentro de un proceso ordinario, por tanto, no brindada un juicio justo a los imputados.

⁵¹ SILES VALLEJOS, Abraham (2017). Problemática Constitucional del Estado Constitucional del estado de emergencia en Perú: Algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, pp. 126.

⁵² FRANCO, Marina; IGLESIAS, Mariana (2015). El estado de excepción a escala comparada. Notas a partir de los casos argentino, chileno y uruguayo durante la década de 1950. *Quinto Sol*, vol. 19, núm. 1, enero abril, 2015, pp. 19-20.

⁵³ Comisión de la verdad y reconciliación. *Informe Final 2003*, Tomo VI pp. 487-500.

6. Derecho a un juicio justo en delitos de terrorismo

El profesor Luis Castillo, sostiene que “los conflictos de intereses o pretensiones entre personas es un hecho natural, debiendo ser resueltas, para favorecer la convivencia social que es un elemento constitutivo de la naturaleza humana. Esta convivencia, no se obtiene a partir de cualquier tipo de solución de controversias, sino sólo a partir de una que pueda ser calificada como justa, lo que necesariamente supondrá dar y respetar a la persona su consideración de fin en sí misma. La obtención de una decisión justa, requiere la concurrencia de dos elementos: la solución venga justificada en la razón de las cosas y se hayan cumplido con una serie de elementos que en la mayor medida de lo posible aseguren racionalmente que la decisión a la que se llegue será justa. Una solución injusta supondrá dejar a la persona en un segundo plano, afectando su consideración última del procesamiento para pasar a ser un interés distinto, de naturaleza económica, social, política, etcétera”⁵⁴.

La presión constante que realizaba Sendero Luminoso, a través de atentados a bienes públicos y privados, asesinato de los ciudadanos que estaban en contra de su ideología, amenaza a funcionarios públicos impidiendo ejercer sus labores adecuadamente, expansión rápida por el territorio, la falta de un sistema de inteligencia que pudiera identificar las características físicas y movimientos principales de los cabecillas, tuvo como consecuencia la toma de decisiones apresuradas, ante una población que reclamaba al Estado la adopción de acciones inmediatas. Como lo hemos venido explicando a lo largo de estas páginas, el gobierno decidió declarar en estado de emergencia gran parte del territorio nacional, otorgando facultades discrecionales a las FF.AA., para el restablecimiento del orden interno y el juzgamiento de personas acusadas de delitos de terrorismo y traición a la patria.

Este tribunal militar, que hasta ese momento tenía como función principal, el juzgamiento de los delitos e infracciones de las personas que formaban parte de la organización militar, adoptó una función excepcional, ahora tenía la facultad de juzgar a civiles, acusados de un delito que, estaba acabando con un país. Confiaron en que, a través de un proceso abreviado, podían tener rápidamente a los subversivos tras las rejas, sin embargo, no tomaron en cuenta que estaban vulnerando los derechos fundamentales dentro de un proceso, que debían ser respetados por más grave que hubiese sido el delito cometido. Las personas condenadas, por este delito, sufrieron antes, durante y después de su juzgamiento, ante un tribunal que no reunía las garantías mínimas (competente, independiente e imparcial) para procesar a una

⁵⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2010). El significado iusfundamental del debido proceso. En SOSA SACIO, J. (Coord.) *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*, Lima, Gaceta Jurídica. pp. 11-12.

persona. Además, una vez recluidos, a través de sus abogados, buscaron revertir su situación, interponiendo recursos, que no dieron resultados.

El gobierno fujimorista pensó que, podía adoptar las medidas que creía más conveniente, teniendo como respaldo su soberanía, donde ningún Estado o tribunal internacional podía intervenir o cuestionar su accionar. Sin embargo, olvidó que, el Perú había suscrito a la CADH, teniendo como entes supervisores de su cumplimiento a la CIDH y CorteIDH. En ese sentido, los representantes de las personas sentenciadas por terrorismo y traición a la patria, decidieron acudir a instancias internacionales. Tal es el caso de los ciudadanos chilenos⁵⁵, cuyo caso es base de estudio de la presente tesis, acusados de traición a la patria, donde finalmente la CorteIDH, estableció que, el Estado peruano, vulneró algunos derechos reconocidos en la Convención, entre los que destacan el derecho a un debido proceso, del cual nos ocuparemos en las páginas siguientes.

Cabe resaltar, que la decisión de analizar este caso en específico, es debido a que, esta sentencia de la CorteIDH, fue el detonante para que el Estado peruano, junto al Caso Loayza Tamayo, emita la Resolución Legislativa N° 27152, de fecha 8 de julio de 1999, manifestando su retiro con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la CorteIDH. Douglas Cassel, sostuvo en 1999 que, “el verdadero motivo del retiro, no fue tanto el de desafiar los fallos de la Corte en cuanto a los juicios militares de civiles, sino más bien evitar el pronunciamiento en otros dos casos: el caso Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional”. El Perú, el 9 de julio de 1999, presentó ante la Secretaría General de la OEA, el instrumento mediante el cual declaraba su retiro de la competencia de la CorteIDH, con efectos inmediatos, desde la fecha de depósito del instrumento, aplicándose a todos los casos en los que no hubiese contestado la demanda, coincidentemente no había respondido a la demanda de estos dos casos⁵⁶. No obstante, el retiro careció de todo valor jurídico por no estar previsto en el tratado esa posibilidad y por ser contrario al objeto y fin de la CADH. La Convención prevé solamente la aceptación de la competencia contenciosa de la CorteIDH o la denuncia total de la CADH. El Estado peruano, el 21 de enero de 1981, quedó vinculado a la competencia contenciosa de la Corte mientras continúe siendo parte de la CADH, si pretendía limitar temporalmente la competencia de la CorteIDH debió reconocer su competencia por un tiempo específico, cuando hizo el reconocimiento de su competencia. Además, si deseaba retirarse de la Convención debió notificar con un año de anticipación al Secretario General de

⁵⁵ Lautaro Mellado Saavedra, Alejandro Astorga Valdez, María Concepción Pincheira, Jaime Castillo Petrucci.

⁵⁶ CASSEL, Douglas (1999). El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? *Revista IIDH*, vol. 29, pp. 73-74.

la OEA, es decir, el efecto de la denuncia del tratado se producirá solamente al cumplirse un año de la notificación oficial y no inmediatamente como se pretendía ⁵⁷.

Retomando el caso Castillo Petruzzi, la Corte IDH, sostuvo que, “la coincidencia en las Fuerzas Armadas de las funciones de lucha antiterrorista y desempeño jurisdiccional propio del Poder Judicial, ponía en serias dudas la imparcialidad de los tribunales militares, que serían juez y parte del proceso”⁵⁸. Además, el Poder Legislativo combatió el terrorismo, con tipos penales que eran confusos e imprecisos; el delito de traición a la patria, era el delito de terrorismo, pero agravado, la descripción del delito de terrorismo era muy abierta, pudiendo considerarse como terrorista, diferentes actos delictivos. Asimismo, dentro del proceso los abogados no tuvieron la oportunidad y medios adecuados para preparar la defensa, los imputados no pudieron contar con asistencia legal desde el momento de su detención, la legislación imposibilitaba el derecho a interrogar testigos, la imposibilidad de recurrir un fallo ante juez o tribunal superior, el sistema militar trabajaba con una presunción de culpabilidad, entre otros graves defectos.

En ese sentido, podemos concluir que, las personas procesadas en ese tiempo, no gozaron de su derecho a un juicio justo, porque pesó más la presión social, que exigía el fin de Sendero Luminoso a como dé lugar. Si lo que se buscó es un procedimiento más rápido, debió establecerse un proceso verbal concentrado, pero ante jueces comunes que den garantías, pero no poner en peligro la libertad y la honra de inocentes⁵⁹.

7. Características del debido proceso

Resulta curioso, que haya sido durante el Gobierno fujimorista, que pasará a la historia como un periodo con una de las más altas cuotas de violación de derechos, cuando por vez primera, se reconoce expresamente el derecho a un debido proceso, en distintos instrumentos legales. Sin embargo, lejos de realizar un reconocimiento y protección efectiva, esas normas fueron base para arbitrariedades legales.

Dentro de estos instrumentos, podemos mencionar al artículo 7° del Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha 1 de enero de 1992, el cual dice lo siguiente: “En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso

⁵⁷ DULITZKY, Ariel (1999). El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. *Revista Pensamiento Constitucional*, vol.6, núm. 6, pp. 708-715.

⁵⁸ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 125.

⁵⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando (2010). *Teoría General del Proceso*, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, pp. 113.

a la administración de justicia promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito”. Asimismo, la Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 139º, inciso 3, el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional, considerándolos como principios y derechos de la función jurisdiccional.

Al respecto, el TC sostiene que “tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia y el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”⁶⁰.

En ese sentido, Luis Castillo, realiza una interpretación de este fundamento, y menciona que, “el derecho a una tutela judicial efectiva comprende el acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, estando presente al inicio y en la conclusión del proceso, mientras que el debido proceso supone, la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, estando presente en el desarrollo del proceso, configurándose en etapas distintas del procesamiento. Sin embargo, debería ser entendido como una sola realidad: el derecho humano al debido proceso. Entonces la expresión “debido proceso” no sólo se va a referir al procesamiento en sí mismo, sino también del derecho de acceso a la justicia (que posibilita el procesamiento), y del derecho a ejecutar las resoluciones judiciales (que es el fin del procesamiento). Cuando el Constituyente hace referencia tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva, está haciendo mención al mismo bien, pero lo hace desde ópticas distintas. Con la expresión debido proceso alude a la dimensión dinámica y subjetiva del bien humano, es decir, al conjunto de fases procesales que hay que seguir desde el acceso a la justicia hasta la ejecución eficaz y oportuna de la decisión justa; mientras que con la expresión “tutela jurisdiccional” alude a la dimensión estática y objetiva del bien humano, es decir, a la situación de hecho conseguida por la desaparición plena de la controversia”⁶¹.

Asimismo, la CADH, reconoce en su artículo 8, las garantías judiciales que debe contar las personas al momento de ser procesadas. Al respecto, Landa Arroyo, sostiene que “estas garantías han sido interpretadas como garantías procesales, considerándolo como un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, para resolver de forma justa las

⁶⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 09727-2005-PHC/TC, fundamento 7.

⁶¹ CASTILLO CÓRDOVA, LUIS (2013). El debido proceso y la tutela jurisdiccional. En GUTIÉRREZ CAMACHO W. (Coord.) *La Constitución comentada artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 59-60.

controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. Esto, con la finalidad de proteger a las personas y asegurar la justicia”⁶².

En ese sentido, el derecho al debido proceso, estará presente desde el acceso a los órganos de justicia hasta que se realice la ejecución efectiva de la sentencia, por tanto, podemos concluir que, dentro de este largo recorrido, estarán presentes otros derechos como son: derecho de acceso a la justicia, derecho al juez natural, derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, derecho a la pluralidad de instancias, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho a la prueba.

7.1. Derecho de acceso a la justicia. El TC, establece lo siguiente:

“El derecho de acceso a la justicia es contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, teniendo inicialmente como contenido esencial el garantizar a todo ciudadano el acceso un tribunal de justicia imparcial, independiente y competente para la tramitación de cualquier acusación penal formulada contra ellos, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, como lo señala el artículo 8.1 de la CADH. No obstante, el contenido no se agota con el simple acceso a un tribunal, el proceso que está iniciando deberá desarrollarse con ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias y una resolución que se dicte de acuerdo a Derecho”⁶³.

Las personas acuden a los órganos jurisdiccionales porque se encuentran en una situación de injusticia causada por la indefensión que, perciben respecto de aquellos derechos de los cuales consideran ser titulares o ante los que tienen alguna pretensión. Lo que esperan los justiciables, es obtener una sentencia que de fin a la controversia aplicando reglas adecuadas, por tanto, el Estado debe crear los mecanismos adecuados para lograr una solución justa y definitiva. En ese sentido, en un Estado de Derecho, el derecho de acceso a la justicia debe considerarse como una de las prestaciones más esenciales, equiparándose a la obligación de mantener el orden interno o conservar el territorio de la cual el Estado no puede apartarse⁶⁴.

En el ámbito interamericano, la CADH, no reconoce expresamente el derecho de acceso a la justicia, sin embargo, Paola Acosta, realiza un análisis de los artículos reconocidos en este

⁶² LANDA ARROYO, César (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Academia de la Magistratura, pp. 105.

⁶³ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 010-2001-AI/TC, Defensoría del Pueblo, fundamentos 10-12.

⁶⁴ MARCELO DE BERNARDIS, Luis (1995). *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cultura Cuzco, pp. 367-368.

tratado, con la finalidad de determinar su contenido y qué artículos del tratado, lo reconocen implícitamente. En ese sentido, la CorteIDH, no había mencionado este derecho, hasta que, en 1999, en el caso Castillo Petruzzi vs Perú, usó por primera vez el término “derecho de acceso a la justicia”. No obstante, no se puntualizó el concepto ni el fundamento de ese derecho dentro del sistema. Asimismo, Paola Acosta considera al artículo 8° inciso 1 de la CADH, como “el fundamento principal de este derecho que reconoce: el derecho a ser oído siempre que esté en cuestión la determinación o garantía de un derecho, debiendo contar con los mecanismos judiciales y extrajudiciales idóneos y suficiente para este efecto; el derecho a un tribunal independiente e imparcial; el derecho a contar con todas las posibilidades para preparar una defensa en igualdad de condiciones; derecho a obtener un respuesta en un plazo razonable; el derecho a una respuesta acorde a derecho, así como lo previsto en ella”. Además, del artículo 1° inciso 1 y el artículo 2°, se desprenden dos obligaciones a los Estados Partes, la primera relacionada a reconocer a los individuos la titularidad del derecho de acceso a la justicia como la de garantizar las condiciones necesarias para su ejercicio eficaz, la segunda, busca asegurar este derecho como mecanismo indispensable para la garantía de los demás derechos amparados por el sistema⁶⁵.

Por tanto, podemos concluir que, tanto el ámbito nacional como el internacional coinciden en que este derecho comprende el acceso un tribunal de justicia imparcial, independiente y competente, el proceso iniciado deberá desarrollarse con ciertas garantías de efectividad e idoneidad, asimismo, se obtendrá una respuesta en un plazo razonable y acorde a derecho. En el siguiente punto, trataremos uno de estos elementos, la garantía de un juez predeterminado por ley.

7.2. Garantía del juez natural. El juez natural o predeterminado por ley, se encuentra reconocido en el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139° del texto constitucional, el cual señala lo siguiente: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. El TC, ha interpretado este artículo, sosteniendo lo siguiente:

⁶⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola (2007). *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, pp. 13-52.

“El derecho fundamental, comporta dos exigencias. En primer lugar, 1) que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, 2) que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc. Asimismo, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica. La competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de ley orgánica, lo cual implica: a) el establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Asimismo, que dicha predeterminación no impide el establecimiento de subespecializaciones al interior de las especializaciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime si el artículo 82.28, de la misma Ley Orgánica de Poder Judicial autoriza la creación y supresión de "Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia”⁶⁶.

Al respecto, Abraham García, realiza una interpretación, al fundamento dado por el máximo intérprete de la Constitución, del cual concluye que, “en primer término, distingue dos elementos. El primero, la exigencia de que el juzgador tenga potestad jurisdiccional, esto es que, sea una autoridad investida, previamente, con esa atribución. El segundo, la exigencia de que la determinación de la competencia de dicho juzgador sea prevista, anteriormente también, por ley. Además, esta competencia debe estar sujeta a una reserva de ley orgánica, y ello acarrea dos elementos. El primero, la configuración de los órganos jurisdiccionales; y el segundo, la determinación de los ámbitos que serán de conocimiento de dichos órganos jurisdiccionales ya instituidos”⁶⁷.

En el ámbito interamericano, la CADH, reconoce en el artículo 8.1, el derecho al juez natural, como parte del debido proceso. Este inciso menciona que, “toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido

⁶⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 1937-2006-PHC/TC, fundamento 2.

⁶⁷ GARCÍA CHÁVARRI, Abraham (2010). Apuntes sobre el derecho fundamental al juez predeterminado por ley. En Sosa Sacio, J. (Coord.) *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 93-94.

con anterioridad por la ley”. En ese sentido, agrega dos elementos importantes al contenido definido por el TC peruano: la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales. El primero, determina que, “el órgano jurisdiccional no debe tener ningún tipo de presión ni poder más allá de la ley, debe ser independiente. Para ello, se deben adoptar ciertas medidas (separación de poderes, estabilidad en el cargo, adecuada preparación profesional, publicidad de sus resoluciones, etc.) que garanticen una actuación con libertad, sin presiones exteriores y solo conforme a ley, es decir, que los jueces administren justicia con independencia real. Asimismo, quien administra justicia debe ser imparcial, el juez tiene que ser ajeno al conflicto que le plantean las partes”⁶⁸.

En el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, el Estado peruano vulneró este derecho, al establecer un sistema de juzgamiento militar sin rostro para civiles. Al respecto, con relación a los tribunales militares, la CorteIDH, sostuvo lo siguiente:

“El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.

Asimismo: “En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares”.

Finalmente: “El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas”.

Además, con relación a los jueces sin rostro, sostuvo que: “La circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”⁶⁹.

⁶⁸ QUISPE REMÓN, Florabel (2014). El derecho al juez natural- como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 5, pp.124.

⁶⁹ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 128-133.

7.3. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. El derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución peruana. Asimismo, la CADH, reconoce este derecho en su artículo 8 inciso 1⁷⁰. Así, tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurarse que ésta se decida prontamente⁷¹. En relación, al inicio y fin del cómputo del plazo razonable del proceso, el TC, ha manifestado lo siguiente:

“Ahora bien, el cómputo del plazo razonable del proceso debe iniciarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o del cargo que les afecta a sus intereses, y culmina con la decisión que resuelve de manera definitiva su situación jurídica o determina sus derechos u obligaciones. En el ámbito del proceso penal, se ha señalado que el cómputo del plazo razonable comienza a correr desde el primer acto del proceso dirigido contra la persona como presunto responsable de un delito, el que a su vez puede estar representado por: i) la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado, o ii) la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso; entendiéndose en términos generales que dicho acto lo constituye el auto de apertura de instrucción. Asimismo, el cómputo del plazo razonable del proceso penal comienza a correr desde la apertura de la investigación preliminar del delito, el cual comprende la investigación policial o la investigación fiscal⁷²”.

Donayre Montesinos sostiene que, “generalmente cuando nos referimos a este derecho, podemos pensar que solamente está relacionado con la demora en la tramitación de los procesos, debiéndose tramitar sin dilaciones indebidas. No obstante, es igualmente condenable los procesos que resulten excesivamente breves por las eventuales consecuencias que aquella premura puede tener en los derechos fundamentales y por ello no escapa de los alcances de este derecho. Asimismo, la demora en el desarrollo de un proceso, nos podría llevar a pensar que la solución está en obligar a que los jueces sean rápidos al resolver las causas que les llegan, sin embargo, no hay que perder de vista que un proceso rápido tampoco es garantía de justicia. Como contraparte tenemos al desarrollo de procesos excesivamente breves, pues para efectos procesales es tan importante el tiempo entre el inicio del proceso y su conclusión definitiva, como que durante su trámite se respeten los derechos fundamentales de quienes se ven involucrados en el. En ese sentido, para encontrar un justo medio entre

⁷⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 295-2012-PHC/TC, fundamento 3.

⁷¹ CorteIDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 70.

⁷² Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 295-2012-PHC/TC, fundamento 5-7.

estos dos extremos, necesitamos de unos criterios que nos ayuden a determinar cuando estamos ante la duración de un proceso razonable”⁷³.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), dio a conocer tres criterios necesarios a efectos de determinar si la duración de un proceso ha sido razonable o no. En ese sentido, en el caso König, el Tribunal establece lo siguiente:

“El carácter razonable de la duración de un procedimiento de los previstos en el artículo 6º, párrafo 1⁷⁴, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) debe aplicarse en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias. Al averiguar si la duración de un proceso penal ha sido razonable, el Tribunal tomó en consideración, entre otras cosas, a) la complejidad del caso, b) el comportamiento del demandante y c) la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales”⁷⁵.

Cabe precisar que, la CorteIDH toma la postura del TEDH, sin embargo, añade un criterio más, lo podemos apreciar en el Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, en los siguientes términos: “Es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia”⁷⁶. En consecuencia, la Corte agrega un cuarto criterio que es: la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Además, el TEDH y la Corte IDH, no optan por precisar un plazo determinado en días calendarios o naturales como el máximo de duración aplicable a un proceso, sino que brindan criterios que deben ser evaluados por los jueces.

⁷³ DONAYRE MONTESINOS, Christian, *El derecho a ser juzgado en un plazo razonable*. En SOSA SACIO, J. (Coord.). *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*, Lima, Gaceta Jurídica. pp. 381-382.

⁷⁴ El artículo 6º, inciso 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

⁷⁵ TEDH. *Caso König*. Sentencia de 28 de junio de 1978, párrafo 99.

⁷⁶ CorteIDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrafo 155.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano, sólo ha adoptado la postura de los 3 criterios, además, establece una definición para cada uno de ellos y los dio a conocer en la sentencia del caso Manuel Helmer Garrido Castro, emitida el 25 de abril de 2018, estableciendo lo siguiente:

“Para determinar si, en cada caso concreto, se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable, este Tribunal ha precisado que se deben evaluar los siguientes criterios:

i) La complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpadados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.

ii) La actividad o conducta procesal del interesado, en el que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demostrar la conducta obstruccionista del interesado.

iii) La conducta de las autoridades judiciales, donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en la tramitación de la causa. Las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos, la suspensión reiterada e injustificada del juicio oral; la admisión o la actuación de una prueba manifiestamente impertinente, la reiterada e indebida anulación por parte del órgano jurisdiccional de segundo grado respecto de las decisiones del órgano jurisdiccional de primer grado, etc., vienen a ser ejemplos de lo primero. La inobservancia injustificada de los horarios para la realización de las diligencias, la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, etc., vienen a ser ejemplos de lo segundo.

Estos criterios permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido o no, y han de ser analizadas según las circunstancias de cada caso concreto”⁷⁷.

7.4. Derecho a la pluralidad de instancias. El profesor Luis Castillo, sostiene que “para resolver conflictos que surgen en la convivencia humana, necesitamos de una solución justa, y lo lograremos a través de un debido proceso o siendo definido como el mecanismo racional conformado por una serie de elementos que tienden a asegurar en la mayor medida de lo posible la consecución y ejecución de una decisión justa”. Agrega que, “uno de los elementos

⁷⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 1535-2015-PHC/TC, fundamento 4.

que conforman este derecho, es la pluralidad de instancias, que tiene como justificación a la “falibilidad humana”, encontrándose presente en toda actividad humana, incluyendo en aquella dirigida hacia la búsqueda de la verdad de los hechos que configuran una controversia o conflicto, y hacia la construcción y ejecución de la decisión justa que resuelve un conflicto. En ese sentido, podemos reducir o neutralizar las consecuencias negativas de este riesgo, estableciendo al menos dos instancias decisorias, una que formula la decisión y otra que la revisa”⁷⁸.

El TC, establece lo siguiente:

“El derecho fundamental a pluralidad de instancias reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3”⁷⁹. “Asimismo, su reconocimiento se debe a que, es un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia”⁸⁰. Además, tiene como objeto “garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”⁸¹.

La CADH reconoce el derecho a la pluralidad de instancias, en el artículo 8.2, literal h), el cual establece lo siguiente: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Al respecto, la CorteIDH, considera lo siguiente:

“Este derecho, es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, permitiendo que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, debiéndose garantizar antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”⁸².

⁷⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2011). El recurso como elemento del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias. En particular sobre el recurso de agravio constitucional. En ACHULLI ESPINOZA M., HUAMÁN ESTRADA, Elmer (Coord.). *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales*, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 243-244.

⁷⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 5410-2013-PHC/TC, fundamento 2.

⁸⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° EXP. N° 5194-2005-PA/TC, fundamento 4.

⁸¹ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° EXP. N° 314-2014-PA/TC, fundamento 3.

⁸² CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 158.

En el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, la CorteIDH lo siguiente:

“Los abogados defensores de acuerdo a la legislación aplicable a los delitos de traición a la patria, interpusieron recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado de Instrucción Militar Especial, resuelto en segunda instancia por el Tribunal Militar Especial de la FAP y recurso de nulidad contra la de segunda instancia, ante el Consejo Supremo de Justicia Militar. Asimismo, existía un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia contra las resoluciones de la jurisdicción militar relativas a civiles, sin embargo, de acuerdo a la Constitución de 1993, sólo se podía interponer cuando se refiriera a delitos de traición a la patria y el inculcado se le impusiera la pena de muerte (debemos tener en cuenta que a los ciudadanos chilenos los condenaron a cadena perpetua). En ese sentido, si bien el Estado peruano, reguló la posibilidad de interponer recursos, contra las distintas sentencias; los órganos jurisdiccionales que resolvían en cada instancia, no reunían las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia. En consecuencia, el concepto de juez natural y principio del debido proceso legal, rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales”⁸³.

Finalmente, para complementar lo mencionado por la CorteIDH, Luis Castillo, menciona que, “este derecho debe contar con los siguientes elementos: 1) que se prevea la posibilidad de pedir la revisión de una decisión. A esta posibilidad normalmente se le conoce con el nombre de “recurso”. Así, es mediante un recurso que se activa la etapa revisora de un proceso; 2) que un tal recurso abra al menos una etapa procesal más para que un órgano distinto y en una instancia distinta, revise la decisión inicialmente adoptada; 3) exige que a la etapa de revisión concurren las partes del proceso y no solamente quien alega el vicio o irregularidad que supuestamente hace injusta a la decisión recurrida. Asimismo, este órgano revisor, debe ser competente e imparcial, es decir, no ha de tener ningún interés en una u otra solución, ni ha de tener ningún prejuicio creado a favor o en contra de ninguna de las partes”⁸⁴.

7.5. Derecho de defensa. El TC, establece lo siguiente:

“El derecho de defensa en el inciso 14) del artículo 139°, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza

⁸³ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafos 160-161.

⁸⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2011). El recurso como elemento del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias..., op.cit., pp. 242.

(civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. De manera que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos judiciales de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos⁸⁵.

Asimismo, “es de especial relevancia en el proceso penal, donde el imputado no debe quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso. Además, cuenta con una doble dimensión: a) una dimensión material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de la atribución sobre la comisión de un hecho delictivo; b) una dimensión formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Finalmente, entiende que, estar en un estado de indefensión se materializa cuando, a los titulares de los derechos o intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad, esta debe ser producto de una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo⁸⁶”.

La CorteIDH, sostiene lo siguiente:

“el derecho de defensa reconocido en el artículo 8.2, literal d) de la Convención, es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como verdadero sujeto del proceso, y no simplemente como objeto del mismo. Se podrá ejercer desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Asimismo, se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas⁸⁷”.

En el caso Castillo Petruzzi, la CorteIDH consideró lo siguiente:

“Los ciudadanos no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención (no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que les imputaba), sino hasta su declaración ante la DINCOTE, cuando se les nombró un defensor de oficio. Sin embargo, cuando contaron con asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio

⁸⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 2738-2014-PHC/TC, fundamento 6.

⁸⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 1147-2012-PHC/TC, fundamentos 15-16.

⁸⁷ CorteIDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párrafo 153.

limitada, porque sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia, tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, su presencia y actuación fueron meramente formales. En conclusión, no contaron una defensa adecuada”⁸⁸.

Finalmente, la CorteIDH, en relación al ámbito formal del derecho de defensa, menciona lo siguiente:

“La asistencia letrada gratuita, permite proteger personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. La institución de la defensa pública, permite compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Sin embargo, nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica (como ocurrió en el caso Castillo Petruzzi). El Estado debe garantizar, el derecho irrenunciable de todo inculcado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio⁸⁹. En ese sentido, si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”⁹⁰.

7.6. Presunción de inocencia. Benavente Chorres, sostiene que, “las personas al nacer llegan inocentes al mundo, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte. Esta idea se transmite con igual intensidad en el proceso penal; sólo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso cuando el juez “absuelve”, declara y confirma dicho estado de inocencia; mientras que la “condena” es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo. En ese sentido, esta garantía individual, como un derecho público contenido en la Constitución, a favor de las personas, exige que ante la autoridad que esté (de competencia penal o no) y ante el procedimiento que se le sujete (igualmente, penal o no), no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de delitos, salvo

⁸⁸ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafos 146-148.

⁸⁹ CorteIDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador...*, op.cit., párrafo 156 157.

⁹⁰ CorteIDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrafo 62.

decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso”⁹¹.

El Perú, reconoce el derecho a la presunción de inocencia, en el artículo 2º, inciso 24, literal e) de su Constitución: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Al respecto, el Tribunal Constitucional, considera lo siguiente:

“Este derecho es un derecho fundamental, teniendo como fundamento el principio- derecho de dignidad humana, como el principio *pro homine*. Asimismo, cuenta con una presunción *iuris tantum*, donde a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, es decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”⁹². “Comprende el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”⁹³. “Además, no es un derecho absoluto sino relativo, admitiéndose determinadas medidas cautelares personales –como la detención preventiva o detención provisional–, sin que ello signifique su afectación, porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad”⁹⁴.

La CADH, reconoce en su artículo 8º literal d), el derecho de presunción de inocencia, estableciendo lo siguiente: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)”. Al respecto, la CorteIDH sostiene lo siguiente:

“Este derecho subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”⁹⁵. En ese sentido, “se exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de responsabilidad pena, y

⁹¹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2009). El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales. *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 1, pp. 61-62.

⁹² Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 1768-2009-PA/TC, fundamento 4-5.

⁹³ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 618-2005-PHC/TC, fundamento 22.

⁹⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 10107-2005-PHC/TC, fundamento 7.

⁹⁵ CorteIDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador...*, op.cit., párrafo 77.

si existiese esta prueba, pero es incompleta e insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”⁹⁶. Asimismo, “es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho de defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso, hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”⁹⁷. “La demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado”⁹⁸. “El acusador debe demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deben fallar con la certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados fácticos relativos a la culpabilidad del imputado”⁹⁹. Finalmente, sostener que, “las personas que fueron detenidas por el delito de traición a la patria, eran exhibidas por la DINCOTE ante los medios de comunicación como autores de este delito, aun no habiendo sido legalmente procesadas y condenada. En ese sentido, la CorteIDH se pronunció sobre este aspecto, añadiendo que, el derecho de presunción de inocencia puede ser vulnerado no sólo por un juez o una Corte sino también por otra autoridad pública, en consecuencia, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”¹⁰⁰.

7.7. Derecho a la prueba. Al respeto, el TC, establece lo siguiente:

“El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución. En ese sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos. Asimismo, se relaciona con el derecho de presunción de inocencia, el cual sostiene que, una persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, reconocido también por la CAH, en su artículo 8º, inciso 2.

⁹⁶ CorteIDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrafo 120.

⁹⁷ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 154.

⁹⁸ CorteIDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 182.

⁹⁹ CorteIDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*..., op.cit., párrafo 128.

¹⁰⁰ CorteIDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 159-160.

Además, cuenta con dos dimensiones. La primera, es una dimensión subjetiva, que consiste en que, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. La segunda, es una dimensión objetiva, que consiste en que, el juez de la causa debe solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia; este deber del órgano jurisdiccional comprende a su vez, dos exigencias: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

Finalmente, las pruebas para producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: a) Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, *prima facie*, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; b) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; c) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; d) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada¹⁰¹.

La CADH, reconoce en el artículo 8.2, literal f, dos tipos de prueba que se pueden presentar en el proceso penal: la presentación de testigos y peritos. En ese sentido, la CorteIDH sostiene que: “es una garantía mínima del derecho de la defensa interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”¹⁰². Asimismo, el TEDH reconoce “el

¹⁰¹ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 1014-2007-PHC/TC, fundamentos 8-14.

¹⁰² CorteIDH. *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 242.

derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra, y obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra, con el objeto de ejercer su defensa”¹⁰³. Retomando el caso Castillo Petruzzi, la CorteIDH consideró que, la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho de interrogar a los testigos, que fundamentaron la acusación contra los imputados. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como el ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculcado, hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial.

No obstante, cuando el TC se pronunció sobre la constitucionalidad de la legislación terrorista, mencionando lo siguiente:

“El artículo 13º, inciso c, del Decreto Ley N° 25475, menciona que con la prohibición al encausado de ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial se impide contradecir lo afirmado por la policía dándole al atestado el valor de prueba plena. En ese sentido, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y al mismo tiempo límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, el legislador ha establecido un límite al derecho de interrogar testigos que, en concreto, es por razón de sus funciones, hayan participado en la elaboración del atestado policial. Finalmente, el TC considera a este límite como como razonable (a diferencia de la CorteIDH que lo consideraba como vulneratorio del derecho a interrogar testigos), esto debido a que, este límite fue propuesto por la abundante prueba documental existente sobre los asesinatos cometidos por los delincuentes terroristas contra miembros de la Policía Nacional del Perú (PNP) y de las FF.AA, que participaron en la lucha contra la subversión, entonces, lo que buscaban era proteger la vida e integridad de cada uno de ellos y de su familia, asimismo, el atestado policial cuando en la investigación ha intervenido un representante del Ministerio Público, es un elemento probatorio más, lo que no quiere decir que sea el único o que tenga la calidad de

¹⁰³ TEDH. *Caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España*. Sentencia de 6 de diciembre de 1998, párrafo 78.

prueba plena, pues en su caso éste deberá ser meritado por el juez, conjuntamente con los demás medios probatorios, conforme a su criterio de conciencia”¹⁰⁴.

Habiendo descrito los derechos que deben ser respetados en el proceso, a continuación, hablaremos sobre los principios que deben regir en el ejercicio de la función jurisdiccional, así como, las características del proceso penal común y militar aplicado a las personas que fueron investigadas, procesadas y condenadas por el delito de terrorismo y traición a la patria.



¹⁰⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 010-2002-AI/TC, fundamentos 147-159.

Capítulo 2

Independencia e imparcialidad judicial en contextos de crisis y emergencias

1. La situación de violencia armada desde el punto de vista del DIH

El DIH es definido como el conjunto de normas, que tiene por finalidad la intervención en el caso de conflicto armado, sin abordar, las causas, la legalidad del uso de la fuerza (*ius ad bellum*) o el nombramiento de un culpable, conocido como *ius in bello* o derecho en la guerra, protegiendo a las personas que se encuentran como miembros activos del conflicto o han decidido abandonar el enfrentamiento, así como, limitar el sistema o mecanismos que se encuentran siendo utilizados para originar una guerra. Cumple una labor humanitaria, buscando recortar los daños, que muchas veces son innecesarios en tiempos de guerra, brindando auxilio y protección a las víctimas¹⁰⁵. El *ius in bello*, no prohíbe ni permite los conflictos armados, que pueden ser internacional o no internacionales, sino que interviene una vez iniciada la colisión, para humanizar las acciones que cometan cualquiera de los bandos intervinientes, y que sus efectos no vayan más allá de lo estrictamente necesario, protegiendo la integridad y dignidad de las personas que se encuentran en un escenario bélico¹⁰⁶.

1.1. Principios rectores y ámbito de aplicación del DIH. El DIH cuenta con un conjunto de principios que permitirán a los intervinientes del conflicto desenvolverse adecuadamente, actuando con los estándares mínimos de humanidad. El “principio de distinción”, menciona que sólo los que intervienen en el enfrentamiento y lo que es objetivo militar, pueden ser blanco de ataques, descartando la posibilidad de arremeter contra la población civil, que debe ser respetada en todo momento, salvo que sea un miembro activo en las hostilidades. Asimismo, se reconoce el “principio de humanidad” que, a diferencia del principio de distinción que divide a las personas que intervienen o no en el conflicto armado, éste busca la protección de ambos para que no padezcan de sufrimientos innecesarios, debiendo ser asistidos con humanidad en todo momento¹⁰⁷.

Además, el “principio de objetivo militar”, menciona que, las partes intervinientes en el conflicto, sólo podrán atacar a bienes que por su utilización, ubicación o finalidad colaboran o forman parte de la acción militar planeada, y cuyo exterminio total o parcial, captura o

¹⁰⁵ CIRC (2005). *Derecho Internacional humanitario, respuestas a sus preguntas*, pp.4-14. Recuperado de www.icrc.org. el 11 de enero de 2019.

¹⁰⁶ SALMÓN, Elizabeth (2012). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Tercera Edición, Lima, IDEHPUCP, pp.27-28.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp.56-59.

neutralización, ofrezcan una ventaja militar definida. Sin embargo, esto es relativo porque puede haber bienes que en un momento del conflicto cumplen con las características de objetivo militar pero después puede dejar de tenerlas o viceversa. Por lo tanto, si existe una duda sobre si un bien que habitualmente cumple con una finalidad civil (por ejemplo, una escuela, un lugar de culto, una vivienda) se emplea para asistir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza para tal fin. Asimismo, puede ocurrir que durante las tareas de inteligencia se detecte que al interior de una agrupación de personas civiles se encuentran objetivos militares, y lo que se deberá hacer es evaluar la ventaja militar que se conseguirá en caso de intervención y los perjuicios colaterales que ante un eventual ataque pueda causar, porque el hecho que se encuentren en ese lugar objetivos militares, camuflados entre la población civil, no convierten a estos en objetivos lícitos y, por lo tanto, no justifica su intervención¹⁰⁸.

También, debemos mencionar al principio de proporcionalidad, el cual exhorta a las personas intervinientes a que la afectación a bienes y personas civiles sea menor a la ventaja militar que se busca obtener. Finalmente, tenemos al principio de necesidad militar, que justifica que aquellas medidas de violencia militar tomadas por las partes deben ser necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos. Es decir, que las estrategias militares solo se deben adoptar las medidas necesarias para obtener el objetivo propuesto¹⁰⁹.

El DIH también es denominado derecho en la guerra, justamente porque se aplica en tiempos de guerra o conflicto armado. En consecuencia, su ámbito de aplicación son los conflictos armados que pueden ser de carácter internacional y no internacional. Elizabeth Salomón, señala que para que exista un conflicto armado debe haber cuatro elementos esenciales: a) un elemento determinante fundamental que es el de fuerza o violencia armada; b) un elemento temporal que es la prolongación en el tiempo; c) un elemento organizativo, los intervinientes en el conflicto deben conformar una organización; d) La inserción del conflicto armado entre grupos junto al de las tradicionales nociones de conflicto armado internacional – entre Estados– o no internacional –entre la autoridad estatal y el grupo armado¹¹⁰

Como ya señalamos, los conflictos armados pueden ser de carácter internacional o no, la diferencia está en la naturaleza jurídica de los sujetos que se enfrentan¹¹¹. No obstante, en este

¹⁰⁸ Ibidem, pp.59-60.

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 60.

¹¹⁰ Ibidem, pp. 30.

¹¹¹ ANGELES FIGUEROA, Eduardo (2000). *El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos armados*, Lima, CIRC en Lima, pp. 61.

punto nos centraremos en el conflicto armado interno o no internacional (CANI), debido a que, así calificó la CVR, a los hechos ocurridos en el Perú durante el periodo de 1980-2000. Existen dos cuerpos normativos que regulan este tipo de conflicto: por un lado, el artículo 3º común a los 4 Convenios de Ginebra y, por otro lado, el Protocolo Adicional II. De acuerdo al Protocolo II son cuatro los elementos constitutivos del CANI: 1) el conflicto tiene lugar en el territorio de un Estado; 2) se opone las fuerzas armadas de este Estado a fuerzas armadas o a grupos armados que no reconocen su autoridad; 3) estas fuerzas y estos grupos armados deben estar bajo el mando de una autoridad responsable; 4) deben ejercer un dominio sobre una parte del territorio del Estado tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones del DIH en el Protocolo II.

El primer elemento constitutivo, consiste en que, el conflicto que traspasa el límite territorial de un Estado califica como un conflicto internacional. El segundo elemento, no menciona que, es indispensable que intervengan en el enfrentamiento por lo menos dos partes evidentemente identificadas. En un enfrentamiento pueden intervenir fuerzas armadas de un Estado que no reconoce al gobierno de turno contra los militares que todavía muestran lealtad al gobierno; o se pueden enfrentar las fuerzas armadas de un Estado contra grupos armados que se han ido creando naturalmente. En el supuesto que no se pueda identificar a las partes del conflicto, pero es evidente que existe rivalidad entre las autoridades de un Estado y parte de la población, estaremos ante disturbios interiores. El tercer elemento, pone más énfasis en identificar las partes que se enfrentan. El mero hecho de estar organizadas como fuerzas armadas no basta para estar seguros de que estas tengan un nivel de organización y de coherencia suficientes para poder constituir una parte en el conflicto. Necesitan, además, tener una dirección militar o política que asuma la responsabilidad de las mismas. El cuarto elemento, se toma en cuenta la efectividad, es decir, existe el control sobre una parte del territorio del Estado que permita realizar constantes operaciones militares, un enfrentamiento entre un grupo de opositores y el Estado, es decir la existencia de un conflicto, descartando un enfrentamiento esporádico o transitorio, debiendo aplicarse responsablemente las disposiciones del derecho humanitario¹¹².

Por otro lado, el artículo 3º común a los 4 Convenios de Ginebra, establece la existencia de un conflicto armado que se desarrolla en el territorio de una de las Altas Partes. Entonces, como ya lo mencionamos anteriormente, el conflicto armado, se define cuando hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos

¹¹² SWINARSKI, Christophe (1984). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 46-47.

armados organizados. Además, el carácter distintivo de este tipo de conflictos es, que la situación de violencia se desarrolle en el territorio de un Estado parte de la Convención de Ginebra.

1.2. La situación de violencia armada y la obligación del Estado peruano a respetar las normas del DIH. El Perú ratificó, mediante la Resolución Legislativa N° 12412, de 1956, los 4 Convenios de Ginebra de 1949. Además, ratificó, a través de la Resolución Legislativa N° 25029, de 1989, el Protocolo I y II de 1977.

El 17 mayo de 1980, el grupo Sendero Luminoso, empezaría a tomar notoriedad en Ayacucho. Este movimiento era dirigido por Abimael Guzmán, quien se encargó de alimentar en la población rural un resentimiento y odio por los gobernantes del Perú, porque no era la vida que ellos merecían, llena de maltratos y humillaciones. Es así que, solicitó su apoyo en este levantamiento en armas, con la finalidad de tomar el poder y fundar un Perú más justo. Él consideraba que, iba a lograr ese fin, así tuviera que, acabar con todas las personas, que estuvieran en desacuerdo con su ideología, no previendo ningún respeto por las personas inocentes, en su estrategia militar terrorista. Un claro ejemplo de lo que era capaz este grupo terrorista fue “la masacre de Lucanamarca”. El 3 de abril de 1983, un grupo de sesenta senderistas, ingresó al Distrito de Santiago de Lucanamarca, con el propósito de acabar con su población, dándoles un escarmiento por haber manifestado su oposición a la organización y su alianza con el Estado, y como declaró y confesó el mismo Abimael Guzmán, en una entrevista formulada por el periódico El Diario, en 1988, querían dar a conocer al Estado que eran un hueso duro de roer, y estaban dispuesto a todo¹¹³. Además, este atentado terrorista, tuvo como resultado el fallecimiento de sesenta y nueve personas, dentro de los cuales se encontraban mujeres gestantes, niños entre los 6 meses y 10 años de edad, personas adultas mayores, personas que no poseían capacidad para defenderse y, por tanto, no representaban peligro para la vida o integridad de los perpetradores¹¹⁴.

Por otro lado, estamos ante un contexto donde se elige de forma democrática a una autoridad, después de mucho tiempo, y con la esperanza que el Perú pueda tomar un nuevo rumbo, habiendo terminado la dictadura militar. No obstante, desde la aparición de Sendero Luminoso en 1980, los gobiernos no pudieron crear una estrategia adecuada para combatir a los terroristas, donde inicialmente no conocían sus características, considerándolos como delincuentes ordinarios. Sin embargo, los terroristas llevaban muchos años estudiando cada

¹¹³ *Presidente Gonzalo Rompe el Silencio*. Entrevista en la clandestinidad. El Diario, Lima, 1988, pp. 40-41.

¹¹⁴ Comisión de la Verdad y Reconciliación, “Informe Final 2003”, Tomo VII, pp. 44-51.

uno de sus movimientos, y colocarían en aprietos al gobierno. Asimismo, lejos de actuar utilizando mecanismos adecuados y, de acuerdo con las normas mínimas del DIH, cometieron vulneraciones de derechos humanos. Un claro ejemplo, se suscitó en noviembre de 1983, a 18 kilómetros de Huamanga, en el Distrito de Socos, donde fueron ejecutadas treinta y dos personas por once miembros de la ex Guardia Civil. Se celebraba una pedida de mano, en una de las viviendas de este distrito, no obstante, irrumpieron estos efectivos policiales y ordenaron a todas las personas que se encontraban en ese momento, a salir de la vivienda y después de caminar varios kilómetros, violaron a las mujeres y les dispararon quemarropa, detonando granadas a los cadáveres, siendo sepultados con la piedras y tierra provocada por las explosiones. Dentro de las personas fallecidas se identificó a niños menores de 10 años y una mujer gestante de 8 meses y medio de gestación¹¹⁵. Además, asesinaban a las personas que daban a conocer sus abusos.

Como podemos observar, el Estado peruano, desde 1956 ratificó los Convenios de Ginebra, sin embargo, no implementó las normas de DIH en su ordenamiento interno. Al respecto, debemos calificar a este enfrentamiento como conflicto armado para poder aplicar el DIH. Esta situación de violencia, configura como un CANI, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, que establece las características mínimas que debe tener este tipo de conflicto, cumpliendo con el supuesto de una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y un grupo armado, que ocurrió en el Estado peruano, Estado parte de los Convenios de Ginebra. En consecuencia, cada una de las partes incumplieron la obligación mínima en una situación de enfrentamiento, que señala este artículo, como es: el respeto de las personas que no participen en las hostilidades. En ese sentido, cometieron actos terroristas, contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Asimismo, fueron en contra de los principios rectores del DIH, explicados anteriormente.

Finalmente, las obligaciones que impone el DIH y el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, están dirigidos a cada una de las partes en conflicto, y no exclusivamente al Estado. Además, debemos entender que las normas de derecho humanitario no sólo se dirigen a los

¹¹⁵ Ibidem, pp. 53-59.

intervienes en el conflicto sino también a aquellos que les brindan apoyo. Todos los que actúan, incluyendo a todo el personal del Estado, deben cumplir con el DIH en el ejercicio de sus funciones¹¹⁶. En ese sentido, en este núcleo tenemos a los jueces que se encargaban de enjuiciar a los presuntos senderistas, debiendo actuar con el respeto a sus garantías dentro del proceso, de esta figura nos ocuparemos más adelante.

1.3. Situación de emergencia. Mediante Decreto Supremo N° 036-81-IN, de 12 de octubre de 1981, el Presidente Fernando Belaunde, declaró por primera vez en estado de emergencia a Ayacucho-dentro de lo que serían los veinte años de lucha contra el terrorismo- por un plazo de sesenta días- como lo estipulaba el artículo 231° de la Constitución Política de 1979-, sin embargo, no le otorgó la facultad de intervención a las FF.AA. Esta lucha iba a ser comandada por las fuerzas policiales, quienes estaban sorprendidos y desconcertados por la aparición repentina de un grupo subversivo, que hasta el momento no sabían de qué era capaz. La carencia de elementos de defensa, una estrategia de inteligencia adecuada y la dificultad para definir con claridad a qué tipo de adversario se enfrentaban, hizo que las fuerzas policiales fracasaran en un intento por detener el avance senderista. Cabe precisar que, los efectivos policiales no sólo tenían como función acabar con el avance terrorista, sino que también debían seguir cumpliendo con sus labores ordinarias, como combatir con la delincuencia ordinaria. Todo este conjunto de dificultades, llevó a que el Estado adoptara nuevas medidas¹¹⁷.

La opinión pública, exigía el uso de la fuerza y la intervención de las FF.AA., para erradicar el problema que iba aumentando cada vez más rápido. Sin embargo, ellas no habían sido preparadas para este tipo de situaciones, sólo estaban preparados para la guerra, y utilizar este mecanismo iba a traer como consecuencia, acabar con la vida de personas inocentes. El 30 de diciembre de 1982, empezó la intervención de las FF.AA., al mando del General del Ejército Clemente Noel Moral y, posteriormente se uniría la Marina¹¹⁸. Cabe precisar que, las FF.AA., hasta ese momento, se estaban preparando para una guerra contra el Ecuador o Chile, no a una situación de esta naturaleza. Asimismo, el Estado entregó todo el problema a los militares, y se despreocuparon de las acciones necesarias para legitimar al Estado¹¹⁹.

¹¹⁶ SALMÓN, Elizabeth (2004). El reconocimiento del conflicto armado en el Perú. La inserción del Derecho Internacional Humanitario en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 57, 2004, pp. 95-96.

¹¹⁷ Comisión de la Verdad y Reconciliación, "Informe Final 2003", Tomo II, pp. 137-139.

¹¹⁸ Ibidem, pp. 256-263.

¹¹⁹ ZAPATA, Antonio (2017). *La guerra senderista, hablan los enemigos*, Lima, De Bolsillo, pp. 145-148.

En los próximos gobiernos, se declararían más estados de emergencia en gran parte del territorio nacional, esta vez, con el control absoluto de las FF.AA., sin que el Estado pueda prever un mecanismo de control a este accionar, que traería como consecuencia la grave vulneración de derechos humanos. Los problemas, relacionados a la declaración de emergencia, fueron debido a su mala aplicación porque significó una grave distorsión de principios fundamentales del orden constitucional, permitiendo la afectación de los derechos fundamentales de las personas¹²⁰.

Las llamadas "Zonas de Emergencia", cumplieron el penoso papel de servir como manto para la impunidad de hechos tan execrables como los cometidos por los grupos subversivos. El Estado entendió que, el declarar un estado de emergencia era una facultad absoluta, sin embargo, olvidó que este mecanismo tiene límites, y uno de estos es: la existencia de derechos que no pueden ser sujetos a restricción alguna durante el periodo de emergencia. Existen derechos que no puede desaparecer por más compleja que sea la situación de emergencia que deba enfrentarse.¹²¹ Uno de los derechos más vulnerados, fue el derecho al debido proceso. No se realizó de acuerdo a un control jurisdiccional que garantice la no afectación de la protección de los derechos inderogables y que no se afecte los derechos sujetos a restricción más allá de lo estrictamente indispensable para la superación de la crisis.

Si bien el estado de emergencia, se dio en una situación de peligro real e inminente, que era insuperable por los cauces legales normales, que estaba provocando una alteración en el funcionamiento de las instituciones del Estado y el ejercicio normal de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; terminó empeorando la situación cometiendo abusos a través de poderes ilimitados, vulnerando los derechos de senderistas y personas inocentes que muchas veces fueron asesinadas o sentenciados con meras suposiciones de formar parte del grupo senderista. Asimismo, con respecto a la temporalidad del estado de emergencia, se estableció por un plazo de sesenta días, no obstante, la prórroga constante de una figura que tiene un carácter excepcional, la convirtió en un mecanismo de aplicación habitual y ordinaria.

La aplicación del estado de emergencia ha permitido la renovación interrumpida del estado de emergencia, por circunstancias relacionadas con la causal de perturbación de la paz o del orden interno, por el mayor tiempo permitido, con restricción de derechos

¹²⁰ VALLEJOS, Abraham (2015). La lucha antiterrorista en el Perú: agujeros negros legales, agujeros grises y el arduo camino constitucional. Lecciones peruanas para la guerra contra el terrorismo global. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 75, pp. 79.

¹²¹ ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (1995). Razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad en la resolución de hábeas corpus en los estados de excepción: el caso peruano. *Derecho y Sociedad*, N° 10, pp. 70-73.

fundamentales, y con intervención de las FF.AA., reemplazando y cumpliendo con la función principal de la PNP que es control del orden interno¹²².

Finalmente, la CVR, recomendó al Estado peruano, la adopción de una ley sobre el estado de emergencia, que articule los objetivos de eficacia en las labores de control interno y el respeto por los derechos humanos, dentro de los estrictos marcos del Estado de Derecho. No obstante, actualmente no existe una regulación integral mediante una ley especial sobre el estado de emergencia, afectando su uso adecuado y aplicación práctica por las autoridades estatales, lo que existe son leyes y disposiciones legales dispersas, fragmentarias e incompletas contenidas en distintos cuerpos normativos que abordan aspectos específicos o parciales de la materia¹²³.

2. El Derecho Penal en situaciones de crisis y emergencia

2.1. Modelos penales. El Derecho germano antiguo, desarrolló un “sistema penal acusatorio privado” que no es acorde con las características o la concepción que tenemos ahora de este modelo, y sería durante la época del Imperio romano, donde podemos encontrar los elementos esenciales de este sistema. No hicieron una distinción entre infracciones de corte penal y civil. Toda infracción era considerada como afectación de la tranquilidad pública, perdiendo por ello el infractor la protección jurídica de la sociedad, quedando en una situación de vulnerabilidad donde cualquier miembro de la comunidad podía ejercer justicia por mano propia. Los mecanismos de solución para restablecer la armonía eran el combate o la guerra y la venganza familiar, que podía alcanzar no sólo al delincuente sino también a su familia. Posteriormente, surgió en el Derecho germano la figura de la “composición”, para delitos de menor gravedad. Ésta consistía en una reparación pecuniaria entre las partes, así el ofensor se liberaba mediante el pago de una reparación en bienes, de las represalias que podía efectuar el ofendido, recuperando su personalidad jurídica¹²⁴.

El proceso judicial, era de carácter incidental o secundario, porque estaba supeditado o condicionado a que el infractor no cumpliera con la composición privada, que cumplía un rol predominante. El proceso, era oral, público y contradictorio, donde intervenía un tribunal, compuesto por personas que cumplían una función militar, precedido por un juez, quién dirigía la controversia, pero no emitía fallo. El acusado, tenía dos opciones o aceptaba la

¹²² SILES VALLEJOS, Abraham (2015). La lucha antiterrorista en el Perú: ..., op.cit., pp. 80.

¹²³ SILES VALLEJOS, Abraham (2017). Problemática Constitucional del Estado Constitucional del estado de emergencia en Perú: Algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, pp. 128-129.

¹²⁴ MAIER, Julio (1996). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 264-265.

acusación o la negaba totalmente. Si se daba el segundo supuesto, la causa se sometía a prueba, sin embargo, esta no se encargaba de demostrar la comisión de un hecho delictivo con objetividad, es decir, a establecer la verdad sobre el objeto del proceso, ni formar la seguridad en el tribunal sobre la responsabilidad o inocencia del acusado, sino, representaba un instrumento de disputa entre las partes, a través del cual cada una de ellas daba mayor fuerza a sus afirmaciones subjetivas sobre el derecho que invocaba. El esencial medio de prueba era el juramento de las partes. La sentencia, era propuesta en forma de proyecto por los miembros del tribunal al juez que dirigía la controversia. Finalmente, el juez daba a conocer a las partes la propuesta de la sentencia, pudiendo ser impugnada por las partes¹²⁵. En consecuencia, podemos concluir que, hasta el momento, el sistema acusatorio antiguo presentaba características del sistema penal inquisitivo.

Posteriormente, durante la Edad Media apareció el “sistema penal inquisitivo”. El Papa Inocencio III quien, fundado en la herencia del Derecho romano imperial de la última época, modificó totalmente la estructura del Derecho canónico, al incluir la Inquisición, con la finalidad de investigar la mala conducta de los clérigos, en un primer momento. La investigación se constituyó en el eje central del proceso, que la llevaba a cabo un grupo de monjes permanentes y dependientes de la autoridad papal, que además sentenciaban. Todos los procedimientos que se llevaban a cabo dentro del proceso, se hacían de forma secreta, terminando por abolir la publicidad y la oralidad del juicio. Asimismo, lo que buscaban era la confesión del acusado, para averiguar la verdad y los mecanismos perfectos para ello eran: la tortura, la prisión, el ayuno obligado. De esta manera, el inquirido perdió toda posibilidad de defenderse, como sujeto que forma parte de un proceso, siendo ahora objeto de investigación y órgano de prueba. Asimismo, este modelo fue adoptado en Europa continental, el poder de administrar justicia recaerá en el rey. El rey al haber obtenido ese poder absoluto, delegó ese poder en tribunales y funcionarios permanentes y organizó esta delegación jerárquicamente. El procedimiento como una pura investigación de los hechos terminó por dominar todo rastro de debate judicial. Además, todo el proceso se llevaba a cabo por documentación, triunfando la escritura sobre la oralidad de la audiencia. El acusado en muchas oportunidades, era sentenciado sin estar presente, sin embargo, podían apelar las decisiones¹²⁶.

Ulteriormente, el Código francés de 1808, sirvió de ejemplo para la reforma del sistema inquisitivo. Este nuevo sistema fue denominado “sistema inquisitivo reformado o mixto”, recogiendo los principios fundamentales y elementales instaurados por la inquisición, la

¹²⁵ Ibidem, pp. 266.

¹²⁶ Ibidem, pp. 291-300.

persecución pública de los atentados a las normas elementales de convivencia y que el fin inmediato del procedimiento consistía en la averiguación objetiva de la verdad histórica, sin embargo, estos principios ya no serían absoluto, sino relativos, colocando por encima de todas las cosas la defensa y el respeto por la dignidad humana. Uno de los mecanismos utilizados para la búsqueda de la verdad era la tortura, fue eliminado, y como contraparte, se les reconoció a los acusados ciertos derechos, para poder defenderse. En ese sentido, el proceso se dividió en dos partes: por un lado, la instrucción preparatoria, marcadamente inquisitiva, y el juicio, marcadamente acusatorio. Si la acusación era declarada fundada, el proceso continuaba con la apertura del juicio, que reunía todos los rasgos característicos del sistema acusatorio, esto es, la publicidad y la oralidad de los actos que se llevaban a cabo en la controversia, presencia continua de las partes y jueces llamados a dictar sentencia en el proceso. El titular de la acción penal era el Ministerio Público, pudiendo concluir que la administración de justicia no sólo consistía en decidir, sino también se extendía a perseguir personalmente. Además, el acusado era considerado como inocente hasta que una sentencia condenatoria firme demuestre lo contrario¹²⁷.

2.2. Los principios de la función jurisdiccional. Monroy Gálvez, define a la jurisdicción como “el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia”¹²⁸.

En este apartado, desarrollaremos los principios que están relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional y nos ayuden al desarrollo de nuestro trabajo. En ese sentido, hablaremos de los principios de unidad y exclusividad, independencia e imparcialidad de los órganos de justicia, siendo esenciales e indispensables para el desarrollo adecuado de un proceso.

El Principio de unidad y exclusividad jurisdiccional se encuentra expresamente reconocido en el inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, norma que, al igual que el inciso 1) del artículo 233° de la Carta de 1979, establece que constituye una garantía de la función jurisdiccional: "La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni

¹²⁷ Ibidem, pp. 361-366.

¹²⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan (1996). *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Bogotá, Temis, pp.181.

puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral (...)"

Además, este principio sostiene que, el poder estatal constitucionalmente legitimado para administrar justicia es el Poder Judicial, y los ejercerse a través de sus órganos jerárquicos y diferenciados¹²⁹. El TC, señaló que este principio “se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según esta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes deben de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial”¹³⁰. Asimismo, está conformado por dos elementos, uno orgánico, y otro funcional. Por el primero, se entiende que, la jurisdicción del Estado es una y éste se encuentra al servicio de los ciudadanos en igualdad de condiciones. El segundo elemento, nos da a conocer que, los ciudadanos acudirán a un tribunal común y, a su vez, este ente debe ejercer su labor respetando en igual medida los derechos de los justiciables¹³¹.

Asimismo, la jurisdicción se ejerce exclusivamente por el Poder Judicial, sin que pueda ser ejercida válidamente por ningún otro poder del Estado, tribunales ad hoc o fueros independientes o excepcionales¹³². Esto permitirá que la función jurisdiccional del Estado se organice y se ejerza a partir de un conjunto de principios y garantías comunes. Por lo tanto, busca eliminar los jueces o tribunales personales o ad hoc, así como la injerencia de cualquier otro poder del Estado sobre la administración de justicia, constituyendo una clara manifestación del principio de separación de poderes¹³³.

El principio de independencia judicial, se encuentra recogido en el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución, y establece que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”. Este principio comprende dos ámbitos: uno externo, que es la prohibición de injerencia de los otros organismos u órganos estatales en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere. El ámbito interno, hace referencia a la prohibición de injerencia o presiones al interior del mismo ente que se encuentra investido de esta función. Donayre Montesinos, sostiene que, “el primero es la autonomía, que busca proteger a la

¹²⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). *Derecho procesal penal peruano: estudios*, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 499.

¹³⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 17-2003-AI/TC, fundamento 113.

¹³¹ DONAYRE MONTESINOS, Christian (2009). *La resistencia a un cambio necesario, ineludible e impostergable...*, op.cit., pp. 40-41.

¹³² SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). *Derecho procesal penal peruano...*, op.cit., pp. 502.

¹³³ Defensoría del Pueblo (2003). *¿Quién juzga a quién? Justicia militar...* op.cit, pp. 26.

organización jurisdiccional en su conjunto, mientras que, el ámbito interno, es una visión individualizada, denominado independencia¹³⁴. Si un juez, en un caso concreto, se ve obligado a tomar una decisión por la presión de terceros, significará que el proceso judicial solo es una excusa para incorporar una injusticia”¹³⁵.

El principio de imparcialidad judicial comprende que, el órgano jurisdiccional esté absolutamente desafectado respecto de lo que es objeto de controversia, y también de cualquier relación con las partes intervinientes¹³⁶. El TC sostiene que, “mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo. La imparcialidad puede entenderse según dos acepciones: a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso; b) Imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, en caso de que el sistema no ofrezca suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable”¹³⁷.

3. Características del Proceso penal peruano

El 28 de julio de 2004 se promulgó, mediante Decreto Legislativo N° 957, el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), dejando de lado el Código de Procedimientos de 1940, de carácter inquisitivo, que estuvo vigente durante la etapa de juzgamiento de terroristas. Este último contaba con una “etapa preliminar” que, sin formar parte propiamente del proceso penal significa toda la fase de investigación, que está a cargo exclusivamente del fiscal, quien contaba con el apoyo de la PNP. El propósito fundamental de esta etapa consiste en decidir si existen o no elementos de convicción suficientes para formular la denuncia penal contra el imputado. Asimismo, la primera fase del proceso era la “etapa de instrucción”, a cargo exclusivamente del juez instructor, delegado para reunir las pruebas que constaten la comisión de un hecho delictivo, sin embargo, debía citar al fiscal a toda diligencia que se iba a realizar, para que él sea el garante de su idoneidad y proteja los derechos fundamentales de las partes intervinientes. La segunda etapa era el “juicio oral”, cuya finalidad es la búsqueda de la verdad material, que iba a producir más adelante una sentencia condenatoria o absolutoria del

¹³⁴ DONAYRE MONTESINOS, Christian (2009). La resistencia a un cambio necesario, ineludible e impostergable..., op.cit., pp. 48.

¹³⁵ MONROY GALVEZ, Juan (1996). *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Bogotá, Témis, pp. 79.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 80.

¹³⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 23-2003-AI/TC, fundamento 34.

imputado. El fiscal actuaba como defensor de la sociedad, la legalidad y del Estado, participando en todas las audiencias sin excepción alguna. No obstante, los problemas que presentaba este sistema son los siguientes: el fiscal era el encargado de la investigación preliminar, sin embargo, ésta no formaba parte del proceso penal, en consecuencia, sus diligencias fueron consideradas sólo como información relevante para el juez instructor, porque él también tenía la labor de realizar sus propias investigaciones y además de determinar la situación jurídica del imputado; no garantizó la oralidad y contradicción del proceso, impidiendo el debate y exposiciones orales que puedan realizar el fiscal y el abogado defensor¹³⁸. Cabe precisar que, en 1991 y 1995, hubo dos proyectos de reforma del Código Procesal Penal. Del Código Procesal Penal de 1991, sólo entraron en vigencia 22 artículos y del otro proyecto, no se pudo llevar a cabo debido a la coyuntura política que sufría el país.

Retomando el NCPP de 2004, propone un sistema penal acusatorio de carácter adversarial. Es un sistema penal acusatorio debido a que, en el proceso se confrontan dos partes o sujetos procesales: el fiscal y el imputado. A cada uno les confieren la facultad de presentar sus argumentos de defensa que, estarán compuestos por medios probatorios, con la finalidad de buscar que, la resolución judicial se acoja a sus pretensiones. El proceso tendrá a tercero imparcial, que es el juez, quien no interviene en el proceso de investigación, sólo interviene como avalista de la legalidad y cumple la función de aplicar medidas de coerción o limitativas de derechos que sean necesarios para garantizar los fines del procedimiento. Es de carácter adversarial, debido a que, pone a los intervinientes confrontados en un plano de igualdad porque acusación fiscal y la defensa cuentan con los mismos instrumentos para sustentar la persecución penal y para oponerse a ella. Además, implica que, el órgano que asuma la labor de investigación, no sea el mismo que juzgue o dicte medidas de coerción, garantizando la imparcialidad y objetividad que debe preservar el juez. Asimismo, el fiscal no actuará en interés propio, sino en representación de los intereses de la sociedad y en defensa de la legalidad¹³⁹. Finalmente, este nuevo código proceso penal peruano- que será utilizado para un futuro juzgamiento de terroristas y que, además, cumple con el respeto a las garantías mínimas dentro del proceso-, se rige por unos principios que serán descritos, brevemente.

- El principio acusatorio: El Ministerio Público, un órgano distinto al judicial, es el titular del ejercicio de la acción penal, encargado de formular acusación ante un tribunal penal,

¹³⁸ DE LA JARA, E., DEL MASTRO, F. y RAMÍREZ, G. (2008). *La aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en Huaura: una explicación positiva*, Lima, IDL, pp. 21-25.

¹³⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso (2009). *El nuevo proceso penal peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 48-51

utilizando fundamentos racionales, teniendo como respaldo las pruebas, contra el presunto autor del delito. Cabe precisar que, sin la formulación acusación previa y válida no hay juicio oral.

- El principio de contradicción: Consiste en el control mutuo de la actividad procesal y el enfrentamiento entre los argumentos de las partes sobre los distintos aspectos que constituyen el objeto del proceso. Además, rige durante todo el debate, reconociéndole a las partes: el derecho a ser oídas por el tribunal, a ingresar pruebas, controlar la actividad de la parte contraria.
- El principio de igualdad de armas: Garantiza la efectividad de la contradicción, las partes procesales necesitan tener los mismos mecanismos de defensa y ataque.
- El principio de inviolabilidad del derecho de defensa: Establece que, toda persona tiene derecho a que se le informe sobre sus derechos que le son reconocidos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado, que ejerza su defensa.
- El principio de la presunción de inocencia: Es el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia mientras no recaiga sobre ella una sentencia condenatoria.
- El principio de publicidad de juicio: Se fundamenta en el deber que asume el Estado de efectuar un juzgamiento transparente, es decir, facilitar a la sociedad que conozca el porqué, el cómo, con qué pruebas, quiénes, etc., se realiza el juzgamiento de un acusado. Es una forma de control ciudadano al juzgamiento.
- El principio de oralidad: Quienes intervienen en la audiencia deben exteriorizar sus pensamientos. Las intervenciones en el juicio oral, serán documentadas en el acta de audiencia aplicándose un criterio selectivo.
- El principio de inmediación: Se encuentra vinculado al principio de oralidad por ser una condición necesaria para la realización de éste. El juzgamiento debe ser realizado por el mismo juzgado desde el inicio hasta la conclusión del proceso. La inmediación es la aproximación que tiene el juzgador con todos los fundamentos que sean beneficiosos para dictar sentencia. En consecuencia, debe haber una relación entre las partes y el tribunal, reclamando la presencia física de estas, además, la admisión de la prueba, para que el juez se forme una idea clara de los hechos y para que sea posible la defensa se requiere que la prueba sea practicada en juicio¹⁴⁰.

¹⁴⁰CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2009). *El nuevo proceso penal peruano, teoría y práctica de su implementación*, Lima, Palestra Editores, pp. 36-45.

3.1. Las características del Proceso penal militar y requisitos mínimos de juicio justo.

El año 1992, marcaría un antes y un después en la sociedad peruana, no sólo porque el gobierno fujimorista, dio el autogolpe de Estado, acompañado de las fuerzas armadas, sino también, porque como ya indicamos, las fuerzas armadas venían controlando el orden público y la persecución de los líderes senderistas y, ante la ineficacia y falta de celeridad del Poder Judicial en la administración de justicia en materia de terrorismo, se decidió otorgarle a las FF.AA. una nueva función: el juzgamiento de terroristas. En consecuencia, esto implicaría, someter a civiles a una nueva jurisdicción, que como veremos a continuación, no reunía los requisitos mínimos para un juicio justo, y a ser juzgados conforme al Código de Justicia Militar, Decreto Ley N° 23214, que entró en vigencia el 24 de julio de 1980. En su artículo 323°, establecía que, la jurisdicción militar es competente para conocer los casos contra civiles por el delito de traición a la patria, sin embargo, a este lo debemos considerar como el delito de terrorismo, debido a que, para la legislación terrorista de esa época, la traición a la patria era entendido, como un terrorismo agravado.

El proceso penal militar, constaba de tres etapas: investigación, instrucción y juicio oral. Se inicia mediante la denuncia que puede ser presentado por el Ministerio Público Militar, los miembros de las FF.AA. o la PNP, agraviado o perjudicado, civiles en general, autoridades políticas. Si la denuncia era admitida, el juez instructor, era el encargado de determinar la apertura del proceso, a través del auto de instrucción, sin embargo, previamente realizaba diligencias, que le permitan formarse concepto suficiente de la comisión de un delito, actuando inicialmente como un fiscal o parte acusadora. Una vez iniciada la etapa de instrucción, el juez instructor debía reunir todas las pruebas que estime pertinentes para constatar el delito que él mismo ha calificado, además, estas pruebas no eran simples actos de investigación, sino pruebas en sentido estricto. Al culminar la etapa de instrucción, el juez instructor emitía un informe o auto de conclusión de esta etapa -que servía de sustento para la acusación formal-, con todo lo actuado hasta el momento, señalando los hechos que consideraba probados y los instrumentos que lo llevaban a esta consideración, los resultados de la investigación y los sujetos penalmente responsables. Este informe era elevado al Consejo, quien decidía mediante una sentencia definitiva. La prueba se daba en la etapa de instrucción siendo el juicio oral una simple de ratificación formal de lo decidido previamente, el órgano decisor juzgaba anticipadamente a la existencia de la propia acusación. Una vez habiendo aprobado el informe, el Consejo elevaba la causa a proceso y remitía los autos al fiscal para la formulación de la acusación. Sin embargo, si éste consideraba que no existía

delito, se nombraba a un segundo fiscal que, en todo caso estaba obligado a formular acusación. En ese sentido, se puede apreciar la existencia de un interés de condena¹⁴¹.

Por tanto, podemos concluir que este proceso penal militar, tenía las características de un sistema penal inquisitivo, por lo tanto, no garantizó que se lleve a cabo un juicio justo con igualdad entre las partes, donde prevalecía la presunción de culpabilidad. Así, tenemos a los actos de investigación considerados como pruebas, llevados a cabo por un juez, sin plena garantía de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, y lo que es más grave, sin que existiera como tal una pretensión que haya de probarse. La prueba que se presentaba en el proceso, la realizaba un órgano judicial, en la fase de instrucción, y la misma, se refería a hechos que consideraba importantes, sin la participación del acusado. Asimismo, la verdadera acusación no era la formulada por un representante del Ministerio Público, sino por el juez de instrucción o por el mismo tribunal al elevar la causa a proceso. Además, no existió una norma que determine el momento en que una persona adquiere la condición de imputado y con ello del derecho de defensa o, mejor dicho, no existió norma suficiente para considerar que dicha atribución se hacía con criterios estrictamente objetivos y, por tanto, no susceptibles de manipulación por el instructor, debido a que, éste realizaba una investigación reservada previa a la etapa de instrucción, sin la presencia del sospechoso, para determinar el hecho denunciado y la individualización del presunto autor. Tampoco se le permitió al imputado ejercer su derecho de defensa, porque no se le informaba de los cargos que pesaban sobre él y los elementos suficientes para ejercer adecuadamente su defensa, simplemente en la fase de instrucción se le llamaba a un interrogatorio que buscaba conseguir de éste una información completa sobre de todos los eventos que pudieran influir en la determinación de los hechos. Vulneraban el derecho a guardar silencio, porque si el presunto sospechoso, guardaba silencio, es tomado como indicio de culpabilidad, generando, además, perjuicio en su derecho de defensa y presunción de inocencia. En la etapa de juicio, se realizaba una audiencia, en la cual se reproduce lo actuado en la etapa de instrucción porque la prueba ya se había practicado en la etapa instrucción, no obstante, el abogado defensor no podía estar presente, siendo el momento más importante del juicio, y sólo se daba esa facultad cuando el presunto inculcado se sometía a un interrogatorio y a manifestarle al juez la imprudencia de algunas preguntas. El rol del abogado defensor, se limitaba a presentar pruebas que no servían de mucho porque al final la decisión ya había sido tomada previamente¹⁴². Este proceso será

¹⁴¹ ASENCIO MELLADO, José (2002). Reflexiones en torno a un proceso penal militar peruano, un proceso inquisitivo. *La reforma del derecho penal militar- Anuario de Derecho Penal 2001- 2002*, pp.71-74.

¹⁴² Ibidem, pp. 76-95.

descrito con más detalle, cuando hablemos del delito de traición a la patria, en el tercer capítulo de este trabajo de investigación.

3.2. La jurisdicción militar peruana. A través del Exp. N° 0023-2003-AI/TC, de fecha 9 de junio de 2004, el TC, dispuso la inconstitucionalidad en parte del Decreto Ley N° 23201, la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar que, hasta ese momento formaban parte de la legislación para terminar con el terrorismo. Asimismo, Al Congreso, le dieron un plazo de 12 meses desde la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad (30 de octubre de 2004), para emitir la reforma legislativa militar. No obstante, se le extendió el plazo y finalmente fue publicada, el 7 de enero de 2006, la Ley N° 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial, y el Decreto Legislativo N° 961, el 11 de enero del mismo año.

Sin embargo, los nuevos mecanismos de reforma, continuaban cometiendo los errores iniciales, señalados en su oportunidad por el TC en el año 2004. De esta manera, el TC declaró la inconstitucionalidad en parte de la Ley N° 28665, a través del Exp. 4-2006-PI/TC de fecha 29 de marzo de 2006 y el Exp. 6-2006-PI/TC, de fecha 13 de junio de 2006.

El TC coincidió en todas sus sentencias que, la jurisdicción militar era incompatible con la vigencia de los principios de independencia e imparcialidad judicial y el de unidad y exclusividad judicial, que fueron explicados anteriormente.

El principio de unidad y exclusividad jurisdiccional, reconoce al Poder Judicial cómo el único poder legitimado para administrar justicia, sin embargo, esto no quiere decir que, puedan establecerse al interior de este, juzgados especializados, sin embargo, la Constitución considera dos excepciones a este principio: la jurisdicción militar y arbitral. No obstante, la justicia militar, no debe ser considerada como excepción al principio de unidad, sino como una jurisdicción especial, que también debe respetar los principios de unidad, exclusividad e independencia¹⁴³. Es un error considerar a la jurisdicción militar como una excepción trayendo como consecuencia la supuesta existencia de otra jurisdicción además de la ordinaria al interior de un solo Estado. El otro problema está en que, la justicia militar, tiene un estatuto propio, que establece reglas básicas de organización y funcionamiento de un órgano jurisdiccional. Donayre Montesinos, sostiene que, la Ley 28665, propuso una interesante aportación, y es la creación de la Sala Penal Militar Policial al interior de la Corte Suprema, pero fue declarado inconstitucional porque aun estando en esta posición seguía rigiéndose por

¹⁴³ SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). *Derecho procesal penal peruano...*, op.cit., pp. 500.

un estatuto especial, en ese sentido, lo que propone, y de la cual estamos de acuerdo, es someter a los jueces militares al estatuto judicial que los demás jueces de la judicatura ordinaria, lo que supone no sólo exigencia de requisitos hasta cierto punto similares, sino también su sometimiento al mismo régimen disciplinario y de ascenso. Esto repercute no sólo en la vigencia del principio de unidad jurisdiccional, sino también del de independencia y exclusividad¹⁴⁴.

Los principios de independencia e imparcialidad judicial, se ven afectados en la jurisdicción militar debido a que, los miembros de los tribunales castrenses, son personas pertenecientes a los institutos armados y policiales, es decir, militares y policías en actividad, son nombrados por el gobierno de turno, los militares y policías en actividad están expuestos a constantes cambios de destino lo que pone en entredicho la inamovilidad del cargo, pueden ejercer al mismo tiempo sus labores militares y jurisdiccionales. Los policías y militares en actividad que se encargan de juzgar, por consideraciones de grado y antigüedad, pueden sufrir presiones o injerencias en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Disponer que el juez militar policial ostente un grado mayor al del imputado no garantiza una impartición de justicia independiente. En ese sentido, lo que propone Donayre Montesinos, es que los militares en actividad no deberían impartir justicia, la única alternativa no son estos, sino que pueden confiar esta función a los que se encuentran en situación de retiro o a los civiles con la debida formación jurídica. Finalmente, el órgano encargado de nombrar a estos jueces debería ser el Consejo Nacional de la Magistratura¹⁴⁵.

Actualmente, se encuentra vigente la Ley N° 29182, “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, representando un modelo como los anteriores, vulnerando los principios básicos jurisdiccionales y no ajustándose a los más elementales principios de un Estado de Derecho que la Constitución garantiza. Es evidente que, el Congreso no ha venido respetando los mandatos del TC, desde su primer pronunciamiento en el año 2004. Han pasado quince años, y la situación sigue siendo la misma, sometiendo a militares y policías a tribunales que no reúnen los principios jurisdiccionales de independencia, exclusividad y unidad jurisdiccional. Asimismo, el TC se ha pronunciado a través del Exp. N° 1605-2006-PHC/TC, de fecha 11 de enero de 2008. Al respecto, menciona lo siguiente: “Esta nueva ley, supone una “rebeldía legislativa” dado que vulnera la autoridad de cosa juzgada en lo que se refiere a las sentencias del TC y el Congreso incumple con su deber constitucional de legislar

¹⁴⁴ DONAYRE MONTESINOS, Christian (2009). La resistencia a un cambio necesario, ineludible e impostergable..., op.cit., pp. 44-47.

¹⁴⁵ Ibidem, pp. 48-52.

sobre una materia respecto de la cual este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo antes decidido, situación que sin lugar a dudas pone en riesgo los derechos fundamentales judiciales de aquellos miembros de las FF.AA. y PNP que puedan ser sometidos a la jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías”¹⁴⁶.

3.3. Restricción al ámbito de competencia de la jurisdicción militar. El artículo 173° de la Constitución de 1993 establece que: "En caso de delito de función, los miembros de las FF.AA. y de la PNP están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar (...)". De este modo, queda claro que el denominado delito de función constituye el elemento esencial a partir del cual la Constitución delimita la competencia material de la justicia castrense, en la medida que lo regula como la regla de atribución competencial. En ese sentido, resulta indispensable conocer el contenido del concepto delito de función.

Para poder entender cuando estamos ante un delito de función en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, necesitamos mencionar los pronunciamientos emitidos por la CorteIDH, que han servido para establecer el precedente vinculante emitido en la Competencia N° 18-2004, de fecha 17 de diciembre de 2004, aplicable para la delimitación de competencias en caso de delito de función conforme a los caracteres objetivos-materiales de la jurisdicción militar.

La CorteIDH, sostiene en la sentencia del caso *Castillo Petrucci vs. Perú*, lo siguiente: “La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”¹⁴⁷.

Asimismo, en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú* establece lo siguiente: “En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de la justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares. En consecuencia, el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 1605-2006-PHC/TC, fundamento 7.

¹⁴⁷ CorteIDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 128.

¹⁴⁸ CorteIDH. *Cesti Hurtado vs. Perú*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999, párrafo 151.

Finalmente, en el caso *Durand y Ugarte vs Perú* establece lo siguiente: “En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”¹⁴⁹.

De estos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia consideró que, para saber si estamos ante un delito de función se deben cumplir los siguientes requisitos: a) que se trate de conductas realizadas por los militares o policías que afecten bienes jurídicos pertenecientes a las FF.AA. o la PNP; b) que la conducta considerada como delictiva se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar; c) que el delito de función sólo puede ser llevado a cabo por militares o policías en situación de actividad; d) no basta que un militar o policía en situación de actividad atente contra un bien jurídico militar, sino que es necesario que la afectación se cometa en el marco de sus actos de función de servicio¹⁵⁰.

Habiendo delimitado la competencia general que tiene la jurisdicción militar, ahora pasaremos a describir otro aspecto de la legislación antiterrorista adoptada por el Perú, la implementación de un sistema de justicia dirigido por jueces a quienes no se le reconoce su identidad, porque el Estado decidió protegerla para salvaguardar su integridad. Para esto, tomamos el caso de Colombia que fue uno de los primeros países de Latinoamérica que decidió implementar esta medida.

4. Jueces sin rostro

4.1. Los jueces sin rostro en Colombia. En la década de los ochenta y noventa, el Estado colombiano, atravesó uno de los momentos más terribles de su historia. El gobierno tuvo que enfrentarse a un grupo de personas dedicadas al narcotráfico que, para alcanzar su objetivo, decidieron cometer actos terroristas, acabando con la vida de personas inocentes. Por lo tanto, ante esta situación, el gobierno adoptó una serie de mecanismos para frenar el accionar terrorista, por ejemplo: el control del orden público a cargo de las FF.AA., el juzgamiento de civiles a cargo de la justicia militar, restricción de garantías judiciales, el uso prolongado del estado de emergencia, los jueces sin rostro. En consecuencia, podemos ver que, en Colombia

¹⁴⁹ CorteIDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencia de 16 de agosto de 2000, párrafo 117.

¹⁵⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). *Derecho procesal penal peruano...*, op.cit., pp. 519.

se dio el mismo problema que en Perú, y utilizaron los mismos instrumentos para combatir el terrorismo, razón por la cual decidimos tomar el modelo colombiano como parámetro de comparación. No obstante, a pesar de los distintos aspectos de coincidencia, en este apartado sólo nos centraremos en la figura de los jueces sin rostro. Para desarrollar este punto, necesitamos describir el contexto en el que se dictó esta medida, en qué consiste y cuáles son los problemas que presenta al momento de su aplicación.

El 12 de noviembre de 1981, el Movimiento 19 de abril (M-19)¹⁵¹ secuestra a Marta Nieves Ochoa Vásquez, hermana de Jorge Luis, Juan David y Fabio Ochoa, miembros del Cartel de Medellín. Este hecho, significó la creación del grupo Muerte a Secuestradores (MAS), conformado por narcotraficantes y sicarios, al mando de Pablo Escobar, cuya finalidad era la ejecución pública y sistemática de cualquiera que se vea envuelto en el atroz delito del secuestro. Asimismo, con la liberación de Marta Ochoa, el Estado colombiano empezaría a realizar un seguimiento a cada uno de los miembros del MAS, cuestionando la procedencia de su dinero. Una de las primeras personas, que les hizo frente fue, Rodrigo Lara Bonilla, Ministro de Justicia, acusándolos públicamente como personas dedicadas al tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, los narcotraficantes respondieron a los ataques del ministro, asesinándolo el 30 de abril de 1984. Ante esta situación, el gobierno del Presidente Betancur, manifestó la intención de extraditar a los narcotraficantes a Estados Unidos, cumpliendo con el tratado de extradición suscrito por el gobierno, el 14 de septiembre de 1979, incorporándolo al ordenamiento interno, a través de la Ley 27, del 3 de noviembre de 1980. No obstante, los narcotraficantes le declararon oficialmente la guerra al Estado, teniendo como principales aliados a los grupos guerrilleros y paramilitares, siendo su principal objetivo dejar sin efecto el tratado de extradición de colombianos. Para lograr ese propósito, no les importó acabar con la vida de centenares de personas inocentes, entre los que destacan: periodistas, políticos, abogados, policías, militares, fiscales, jueces.

Pablo Escobar, líder del Cartel de Medellín, formó parte del Parlamento colombiano desde 1982, sin embargo, las autoridades del país, empezaron a cuestionar la actividad a la que se dedicaba. En consecuencia, el magistrado encargado de levantar la inmunidad parlamentaria fue, Gustavo Zuluaga Serna, quien empezó a investigarlo por el asesinato de dos agentes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que anteriormente lo habían arrestado por posesión y tráfico de estupefacientes. El juez, recibió propuesta de recibir una cantidad considerable de dinero para apartarse del caso, no obstante, al no aceptarla, decidieron

¹⁵¹ Fue una organización guerrillera insurgente de izquierda colombiana que tenía como objetivo primordial la instauración de una democracia en Colombia.

amenazarlo de muerte, no sólo a él, sino también a su familia. Es así que, el 30 de octubre de 1986, es asesinado por un grupo de sicarios, enviados por el Cartel de Medellín. Además, quien corrió con la misma suerte fue el magistrado Tulio Manuel Castro Gil, quien tenía a su cargo la investigación por la muerte del ministro de justicia, siendo vilmente asesinado el 23 de julio de 1985¹⁵².

La función jurisdiccional hasta ese momento se vio afectada, el narcotráfico no iba a permitir que los jueces realizaran su labor, entonces, eso traerían como consecuencia la afectación de la sociedad, que reclamaba la captura y condena de estos delincuentes, porque cada día había secuestros, desapariciones, asesinatos, atentados con carros bomba, convirtiéndose en un ambiente inseguro donde reinaba la impunidad y el terror. Ante esta situación, los jueces se apartaban de los casos, o direccionaban su decisión en favor de los narcoterroristas, con la finalidad de proteger no sólo su vida sino también la de su entorno social, y si decidían condenarlos eran asesinados. El Estado colombiano, se vio en aprietos y tuvo que adoptar medidas, para que se ejerza adecuadamente la función jurisdiccional, pero protegiendo a los jueces.

Entre 1979 y 1989, el Estado colombiano, ante el asesinato de magistrados, adoptó el reconocimiento de prestaciones sociales a los familiares de los funcionarios y empleados judiciales. En 1980, se presentó un proyecto de ley, por medio del cual se pretendía entre otras cosas el reconocimiento de prestaciones sociales a los familiares del magistrado que, por razón del cumplimiento de sus deberes y obligaciones, sufriera de una muerte violenta. Esta propuesta, se desarrolló por el asesinato de la magistrada Perla Betty Vélez, a mano de delincuentes comunes a los que se encontraba investigando. No obstante, esto no se concretó hasta el 29 de abril de 1987, con la expedición del Decreto N° 774, el cual autoriza al Ministerio de Justicia para contratar con una compañía de seguros, un seguro por muerte para funcionarios judiciales que, en ejercicio de sus funciones pierdan la vida por hechos violentos o a causa de los mismos. Este seguro cubría, los gastos de entierro y se hace extensivo para las situaciones de incapacidad permanente o transitoria. El 28 de enero de 1988, mediante la Ley N° 16, extiende la cobertura del seguro a los funcionarios del Ministerio Público. Hasta ese momento, lo único que había hecho el Estado era ofrecer una compensación simbólica para sus familiares, por la muerte de los funcionarios, dejando de lado su protección durante el ejercicio de su labor jurisdiccional.

¹⁵² Comisión Andina de Juristas (1992). *Justicia para la justicia, violencia contra los jueces y magistrados en Colombia 1979-1991*, Bogotá, pp. 22-24.

Sin embargo, cuando la situación se tornó insostenible, se creó el Fondo de Seguridad de la Rama Jurisdiccional, reconocido a través del Decreto Legislativo N° 1855, de fecha 18 de agosto de 1989. El Fondo, se crea como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, para la construcción de obras y la adquisición y suministro de elementos para atender la seguridad de los funcionarios. No obstante, la adopción de esta medida fue calificada como tardía, porque se preocuparon verdaderamente de la situación diez años después de iniciado el ciclo de violencia, y luego de la muerte de decenas de jueces y abogados. Entre 1979 y el 18 de agosto de 1989, se presentaron 159 casos de violencia contra jueces y funcionarios judiciales, de los cuales 44 son homicidios y atentados. Además, fue insuficiente, porque los recursos eran destinados para la compra de carros blindados, chalecos antibalas, detectores de metales, cursos sobre manejo de armas de fuego, la asignación de escoltas y la contratación de servicios de seguridad privada para las oficinas, lo que no solucionó el problema. Finalmente, protegían sólo a un grupo de jueces, a los que formaban parte de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y la Jurisdicción de Orden Público, asimismo, dejaban de lado a los funcionarios del Ministerio Público y abogados, el fondo sólo era destinado para la rama judicial¹⁵³.

El 20 de noviembre de 1990, entró en vigencia el Decreto N° 2790 o Estatuto para la Defensa de la Justicia, convirtiendo a la jurisdicción de orden público, que hasta ese momento conocía los delitos de narcotráfico y terrorismo, en secreta, por motivos de seguridad de los jueces, los testigos, los peritos, los agentes de la policía judicial. Además, eran secretas, las decisiones y pruebas. Asimismo, el 14 de enero de 1991, entró en vigencia el Decreto N° 99, por el cual se modifica, adiciona y complementa el anterior decreto. Entonces, desde este momento nace la justicia sin rostro o regional, como un verdadero mecanismo de protección a los funcionarios. Es una justicia especializada, de carácter temporal y excepcional, donde la identidad de los magistrados no iba a poder ser revelada, con la finalidad de resguardar la integridad de los funcionarios, porque a través de la justicia ordinaria los jueces no pueden realizar adecuadamente su función, debido a las amenazas que reciben, producto del conflicto que pueda estar ocurriendo en una sociedad. En Colombia, a este tipo de justicia le asignaron el juzgamiento de los delitos de terrorismo y narcotráfico, además, a los jueces se les instaló una cabina que tenía vidrio oscuro, donde el magistrado podía ver a las partes del proceso, pero ellos no, les distorsionaban la voz y en sus pronunciamientos no colocaban su firma. No

¹⁵³ Comisión Andina de Juristas (1992). *Justicia para la justicia...*, op.cit., pp.96-98.

obstante, este mecanismo de protección fue duramente criticado, y es de lo que hablaremos en el siguiente apartado.

4.2. Las críticas que presenta la implementación de este mecanismo. El Perú estaba enfrentando a grupos terroristas y Colombia, a narcotraficantes que terminaron por realizar actos terroristas, siendo personas sin escrúpulos que, generaron un ambiente de terror e inseguridad, donde la población no podía realizar adecuadamente sus actividades. Los jueces tenían la función de juzgar a estas personas por el asesinato de personas inocentes, no obstante, empezó a reinar la impunidad, los magistrados no podían realizar adecuadamente su labor porque se vieron amenazados. En ese contexto, ambos países implementaron la justicia sin rostro o regional. No obstante, en el Perú, los encargados de juzgar a los civiles fueron los militares, mientras que, en Colombia, utilizaron a jueces civiles. Sin embargo, en Colombia, también hubo restricción de derechos dentro del proceso judicial.

En consecuencia, la justicia sin rostro presentaba problemas en su implementación porque vulneraban la garantía del juez natural, la imparcialidad e independencia judicial y el derecho de defensa, que ya han sido estudiados a lo largo de este trabajo. La garantía del juez natural, exige por un lado que el juez o el órgano tenga potestad jurisdiccional, es decir, que sea correctamente investida previamente, con esa atribución, evitando así, ser enjuiciado por un juez excepcional, o una comisión especial creada con la intención de desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. Además, la determinación de la competencia de dicho juzgador sea prevista anteriormente por ley, debe existir con anterioridad al inicio del proceso, evitando así, ser juzgado por un juez post facto o por un juez ad hoc. El derecho al juez natural competente, es un derecho fundamental de todo imputado a ser juzgado por un órgano jurisdiccional de la jurisdicción penal ordinaria. En consecuencia, en la justicia sin rostro, los imputados fueron juzgados a través de la jurisdicción excepcional, que fue incluida al procedimiento ordinario, vulnerando así, esta garantía¹⁵⁴.

Como ya lo hemos señalado anteriormente, una persona tiene derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. Esto implica que, el juez debe actuar objetivamente, como un tercero imparcial, de tal manera que, no se incline hacia un lado de las partes por razones ajenas al proceso. Asimismo, la justicia sin rostro, fue implementada para proteger la vida de los magistrados, que venía siendo afectada por los grupos terroristas y narcotraficantes, de

¹⁵⁴ KATZ, Claude y NIETO GARCÍA, Luis. *Jueces anónimos, Justicia ciega*. 30 de junio- 7 de julio de 1996. Recuperado el 6 de enero de 2019, de <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/jueces.html>.

esta manera protegieron la identidad de los jueces. En consecuencia, es lógico pensar que, los nuevos jueces, inclinen su decisión hacia una de las partes, porque los delincuentes estaban amenazando su integridad. Además, al no conocer su identidad, el imputado no sabía a qué juez iba a recusar.

El derecho de defensa, comprende el derecho que tiene el imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de la atribución sobre la comisión de un hecho delictivo, además, de contar con un abogado, que lo asesore y asuma su defensa durante todo el proceso, de tal manera que pueda contradecir los argumentos presentados por la fiscalía. Cuando el imputado, era detenido, los efectivos policiales, realizaban el interrogatorio sin la presencia de su abogado defensor ni el fiscal, teniendo el valor de verdadera prueba, sin control jurisdiccional por parte del Juez que de forma independiente e imparcial debe valorar no sólo la prueba sino también si ésta ha sido obtenida sin violación de derechos fundamentales, anulando la que haya sido obtenida de forma ilícita. Asimismo, el fiscal, al que tampoco se le conocía la identidad, protegido por un vidrio oscuro y cuya voz era distorsionada, realizaba un interrogatorio al imputado, quien no tenía conocimiento de la causa o sobre las pruebas que sirven para inculparlo, impidiendo el debate y la contradicción, por lo tanto, no existe una igualdad de condiciones entre las partes ¹⁵⁵.

Finalmente, podemos concluir que, la justicia sin rostro se caracteriza únicamente, por ocultar la identidad de los magistrados, sin embargo, desde nuestro punto de vista, en el caso colombiano y peruano, se cometieron excesos a lo largo del proceso, el problema no sólo estuvo en la persona encargada de administrar justicia, sino también en la legislación que regía el proceso penal y la tipificación de los delitos. En consecuencia, la figura de la justicia sin rostro, era una parte de todo un sistema de administración de justicia ineficiente. En el caso peruano, tenemos a una justicia militar que, como ya lo hemos demostrado, contaba con un proceso penal, que no reunía las garantías mínimas de un debido proceso, además, se le había implementado la justicia sin rostro conformado por jueces militares, y una tipificación del delito de terrorismo, que no estaba adecuadamente estructurada. Entonces, ante una situación de emergencia y crisis, donde se veía afectada la seguridad e integridad de los magistrados y de todo un país, cabe preguntarnos para dar paso al siguiente apartado: ¿Existía la posibilidad que el derecho a la vida no sólo de los magistrados sino también de toda una sociedad- que dependía su bienestar de las decisiones judiciales que se adoptaran-, esté por encima de las garantías a un debido proceso de los terroristas, y de esta manera restringir mínimamente sus derechos?

¹⁵⁵ Ibidem.



Capítulo 3

Consideraciones para aceptar las situaciones de crisis y emergencia nacional como argumentos que justifiquen una restricción de derechos

1. Terrorismo y seguridad nacional

Diversos países conocían muy bien al fenómeno terrorista y el efecto devastador que tenía sí no era detenido a tiempo, pero los atentados del 11 de septiembre de 2001 pusieron en alerta a toda la comunidad internacional porque estos grupos terroristas pusieron en jaque a una potencia mundial como Estados Unidos y fueron capaces de eludir un sistema de seguridad aparentemente infranqueable, demostrando su capacidad para desarrollar su accionar devastador en cualquier parte del mundo mediante la comisión de ataques sanguinarios con un exorbitante número de personas afectadas y de la manera más insospechada, generando una sensación de alarma y de inseguridad en la sociedad. En el ámbito jurídico, estas amenazas, provocaron que los Estados aprobaran normas para prevenir y sancionar la acción de grupos terroristas, que finalmente afectaron al ejercicio de derechos fundamentales, como las garantías a un debido proceso¹⁵⁶.

El terrorismo tiene, como ya lo hemos mencionado anteriormente, consecuencias catastróficas, vulnerando el ejercicio de algunos derechos fundamentales, entre los que destacan el derecho a la vida, la libertad y la integridad física. Termina con la vida de personas inocentes, creando un ambiente que termina con el derecho de una sociedad a vivir sin miedo o temor. Destruye los cimientos con los que se construyen sociedades democráticas y desestabiliza gobiernos legítimamente constituidos. Hoy en día los grupos terroristas cuentan con aliados que les brindan seguridad y ayudan a financiar sus acciones terroristas, como es la delincuencia organizada transnacional, como el tráfico de armas, lavado de dinero, el tráfico de drogas, así como con el transporte ilegal de material nuclear, químico o biológico, teniendo en común la comisión de delitos graves como robos, toma de rehenes, agresiones, secuestros, extorsiones y asesinatos¹⁵⁷.

El derecho penal no puede resolver un asunto que está en la estructura misma de la sociedad, sin embargo, debe dar una respuesta que respete los derechos fundamentales. Mateo Castañeda, sostiene que, a través de las características esenciales que se le asigna al

¹⁵⁶ CARRASCO DURÁN, Manuel (2010). Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001. En CARRASCO DURÁN, M. (Coord.) *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Marcial Pons, pp.13-14.

¹⁵⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). *Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo*, folleto informativo N° 32, pp. 7-8.

terrorismo en el ámbito de las ciencias sociales, nos permite acercarnos a una definición en el plano jurídico, siendo las siguientes: a) tiene una finalidad política, que busca desestabilizar el gobierno democrático vigente y proponer su sustitución por otro, aunque por medios ilegales; b) su accionar se caracteriza por la violencia y se dirige a un receptor colectivo que es la sociedad o una parte de ella o el Estado; c) produce una sensación de terror o inseguridad extrema en una colectividad, imponiendo una ideología política a un determinado sector de la sociedad o a toda que, a través del terror que han provocado en esta, se adhieran a sus principios; d) adopta usos tácticos y estratégicos que le dan la característica de estrategia predominante o método tendencialmente exclusivo. La violencia no es aislada, sino masiva y sistemática, y esto es lo que posibilita, en el plano jurídico, presumir que estamos ante una organización terrorista¹⁵⁸. En ese sentido, lo define como “aquella actividad planificada que, con medios o actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”¹⁵⁹.

Asimismo, Raúl Peña Cabrera, en la misma línea, sostiene que, “doctrinalmente prevalecen tres ideas básicas para delimitar al terrorismo: a) los medios empleados (explosivos, estragos, homicidios, en suma física); b) el resultado alcanzado (pánico terror colectivo) y; c) finalidad político social”¹⁶⁰.

Los incidentes terroristas que ocurrieron en Colombia, Estados Unidos y Perú constituyeron una grave amenaza para la protección de los derechos humanos, la paz y la seguridad regional e internacional. El derecho internacional obliga a los Estados a adoptar mecanismo para prevenir los actos terroristas y otras formas de violencia, con la finalidad de garantizar la seguridad de sus ciudadanos¹⁶¹. Sin embargo, estas deben adoptarse de acuerdo al pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales y el estado de derecho¹⁶².

La principal dificultad para articular la lucha antiterrorista a nivel global en la Organización de Naciones Unidas (ONU) residía en la aceptación de una definición de terrorismo válida para todos. El terrorismo, no posee una definición uniforme dentro del derecho internacional, sin embargo, distintos organismos internacionales, realizaron definiciones que nos aproximan a esta figura, siendo aceptadas en el ámbito internacional, tomando como referencia los ataques terroristas que se había realizado en el mundo, para

¹⁵⁸CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo (2009). *Delito de terrorismo y garantías procesales...*, op.cit., Lima, Grijley, pp. 2-3.

¹⁵⁹ Ibidem, pp. 7.

¹⁶⁰PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, Lima, Grijley, pp.56.

¹⁶¹ CIDH (2002). *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, párrafo 3.

¹⁶² Artículo 15.1 de la Convención Interamericana contra el terrorismo.

servir como guía a los Estados y de esta manera puedan regular y sancionar adecuadamente a los responsables de los actos terroristas, dentro de sus ordenamientos jurídicos. Así, la Asamblea General de Naciones Unidas, el 17 de febrero 1995, consideró al terrorismo como: “Los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”¹⁶³. Posteriormente, el 8 de octubre de 2004, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se refirió a los actos terroristas como: “actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo (...)”¹⁶⁴. No obstante, al no tener un concepto claro y único para definir al terrorismo, han mencionado en diversas oportunidades que condenan estas acciones que representan una vulneración para la paz, los valores democráticos y la seguridad internacional.

Asimismo, la CIDH, ha reiterado “la necesidad de que los Estados, al adoptar las medidas antiterroristas, deben cumplir con sus obligaciones internacionales, incluyendo las del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario. El respeto irrestricto por los derechos humanos debe ser parte fundamental de todas las estrategias antisubversivas cuando las mismas tengan que ser implementadas”¹⁶⁵. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, sostiene lo siguiente: “Los Estados deben cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo cumplan todas las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional y adoptar esas medidas de conformidad con el derecho internacional, en particular las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario”¹⁶⁶. Asimismo, reitera su posición en el artículo 4, de la Resolución 1624, emitida el 14 de septiembre de 2005.

Las obligaciones de los Estados que se refieren a derechos humanos son superiores a cualquier deber que pueda imponer su derecho interno y deben ser efectuarse de buena fe. Por

¹⁶³ Asamblea General de la ONU. Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. *Resolución 49/60*, de 17 de febrero de 1995, artículo 3.

¹⁶⁴ Consejo de Seguridad de la ONU. *Resolución 1566*, de 8 de octubre de 2004, artículo 3.

¹⁶⁵ CIDH (1991). *Informe Anual de la CIDH 1990-1991*, capítulo 5, parte II.

¹⁶⁶ Consejo de Seguridad de la ONU. *Resolución 1456*, de 20 de enero de 2003, artículo 6.

lo tanto, no pueden aducir su legislación interna como excusa para el incumplimiento del derecho internacional¹⁶⁷.

En el ámbito del DIH, los Estados deben respetar los derechos de todo ciudadano, no obstante, en situaciones donde el terrorismo es un peligro inminente, pueden suspender transitoriamente el ejercicio de algunos derechos. De acuerdo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la facultad de los Estados para adoptar mecanismos que restrinjan derechos humanos está regida por condiciones y por los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación: a) Para que en un país exista una verdadera emergencia que permita la suspensión de derechos, debe haber una situación de extrema gravedad y de tal naturaleza que exista una amenaza inminente para la ley y la seguridad del Estado, como peligro público o guerra u otra situación que amenace la seguridad o independencia del Estado; b) la restricción sólo se da por el plazo que requiere la situación y no por periodos prolongados o indefinidos; c) la suspensión sólo puede ser aplicada conforme a las exigencias de la situación. Este requisito se refiere al impedimento de restringir innecesariamente ciertos derechos, imponer restricciones mayores a las necesarias y extender innecesariamente la suspensión a sectores no afectados por la emergencia; d) la restricción debe concordar con el resto de obligaciones que el derecho internacional impone al Estado; e) la declaración del estado de emergencia tiene que ser notificada a los miembros de la OEA con una información completa para que puedan definir la naturaleza de la emergencia, si las medidas son estrictamente justificables debido a las exigencias de la situación, y si pueden ser contrarias con las demás obligaciones que el derecho internacional impone al Estado¹⁶⁸.

La CADH, en su artículo 27, menciona que, “los derechos inderogables son: el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de no retroactividad de las leyes, la libertad de conciencia y religión, la protección de la familia, el derecho a un nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos y las garantías judiciales esenciales para la protección de tales derechos”¹⁶⁹. Los derechos que son restringidos son: el derecho a la privacidad, el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho a la libertad de asociación, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de movimiento y

¹⁶⁷ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

¹⁶⁸ CIDH (2002). *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, párrafo 51.

¹⁶⁹ Artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

residencia, así como los aspectos derogables del derecho a la libertad personal y el derecho a un juicio justo¹⁷⁰.

Como habíamos señalado, uno de los derechos que no pueden ser restringidos es el derecho al debido proceso, ya sea en tiempo de paz o de guerra. Asimismo, este comprende el derecho a un juicio justo a cargo de un tribunal competente e imparcial para las personas acusadas de delitos penales, la presunción de la inocencia, el derecho a ser informado sin demora, y en forma que el acusado la comprenda, de toda acusación penal, el derecho a disponer de tiempo y facilidades adecuadas para preparar la defensa, el derecho a la asistencia legal de su elección o el asesoramiento de defensor gratuito cuando así lo aconseje el interés de la justicia, el derecho a no brindar testimonio en su contra y la protección contra confesiones obtenidas bajo coerción, el derecho a la asistencia de testigos, el derecho a la apelación, así como el respeto por el principio de la aplicación no retroactiva de la legislación penal. No obstante, a pesar de lo mencionado anteriormente, puede darse que algunos aspectos de este derecho pueden ser restringidos, en situaciones excepcionales. Sin embargo, deben respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, siendo supervisados por órganos internacionales. En consecuencia, podría suspenderse el derecho a un juicio público cuando se considere estrictamente necesario en interés de la justicia establecer limitaciones al acceso público de los procedimientos, por motivos de seguridad. Otro derecho que podría ser restringido es, el derecho del acusado a interrogar o a que se interroge testigos en su contra, debido a que, en los casos de terrorismo, estos testigos pueden ser amenazados, sin comprometer los derechos del acusado a un juicio imparcial. Un punto importante para este trabajo de investigación, es la posibilidad de restringir el derecho del acusado de ser juzgado por un tribunal competente e imparcial, porque en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, se puede exponer a los jueces y a otros funcionarios relacionados con las actuaciones judiciales, a recibir serias amenazas, que impediría desenvolverse adecuadamente a lo largo del proceso, situación similar a la del testigo. Asimismo, se le debe garantizar al acusado el derecho a impugnar la competencia, la independencia o la imparcialidad del tribunal que lo juzgue¹⁷¹.

¹⁷⁰ CIDH (2002). *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, párrafo 52.

¹⁷¹ *Ibidem*, párrafos 247-252.

2. La legislación anti-terrorista en el Perú de los años noventa

2.1. Tipos penales peruanos sobre terrorismo. El Estado peruano, se enfrentó a Sendero Luminoso desde 1980, por tanto, era necesario la regulación del delito de terrorismo, dejando de lado los decretos leyes N° 19049 y 20323. Es así que, 21 de marzo de 1981, entra en vigencia el Decreto Legislativo N° 46, que regulaba el delito de terrorismo y sus circunstancias agravantes. El artículo 1, señalaba lo siguiente:

Artículo 1.- “El que con propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella cometiera actos que pudieren crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas, o encaminados, a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas, valiéndose de medios capaces de provocar grandes estragos o de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte años”.

Sin embargo, fue duramente criticado, por la defectuosa técnica legislativa y la vaguedad de las descripciones típicas. El tipo básico del delito de terrorismo, se podía dividir en 3 aspectos: los actos que debía realizar el autor, que consiste en cualquier acto que pueda crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas o que estén encaminadas a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías o medios de comunicación, transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas; los medios para realizarlos que pueden ser cualquiera que sea capaz de provocar grandes estragos o de ocasionar graves perturbaciones de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales; finalmente el propósito debe ser la de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella. La pena prevista era no menor de 10 años ni mayor de 20 años¹⁷².

Esta disposición desconoció el principio de legalidad penal porque no determinó con exactitud y precisión el delito de terrorismo, la descripción del tipo penal nos remitía a otros delitos que ya se encontraban regulados en el código penal. Buscaba sancionar todo tipo de conducta terrorista, otorgando un margen amplio de discrecionalidad para la actuación del operador de justicia. Asimismo, este decreto regulaba la asociación ilícita, que buscaba sancionar el mero hecho de pertenecer a una organización terrorista, no exigiendo la

¹⁷² PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Traición a la patria...*, op.cit., pp. 60-61.

vulneración o puesta en un bien jurídico protegido, vulnerando el principio penal de lesividad. Tenía como objetivo sancionar la condición de las personas, empleando el derecho penal de autor. Incluso en el delito de colaboración con el terrorismo, el legislador buscó adelantarse a la comisión de actos delictivos, sancionando los actos preparatorios, que no son perseguibles penalmente, porque no ponen en peligro o lesionan un bien jurídico¹⁷³.

El 20 de marzo de 1987, ya en nuevo gobierno, se incorpora el delito de terrorismo al Código Penal, a través de la Ley N° 24651, sin embargo, la descripción del tipo penal terrorismo no varía del anterior. No obstante, lo que sí se modifica son las penas, nos encontramos con dos alternativas, la penitenciaría o internamiento. La pena de penitenciaría sufre un incremento en su extremo mínimo ya que se eleva a 15 años, teniendo como máximo 20 años. La pena de internamiento es no menor de 25 años. De esta manera se dejaba en manos del juzgador elegir la modalidad de pena a imponerse al autor¹⁷⁴.

El 8 de diciembre de 1988, entra en vigencia la Ley N° 24953, considerando el artículo 288-A, al delito de terrorismo como un delito de daño, dejando de ser un delito de peligro, ya no se requirió únicamente el provocar o mantener un estado de zozobra o terror, sino que efectivamente se haya verificado estas situaciones. Deben atentar contra la vida, el cuerpo la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física de las personas, el patrimonio de éstas, la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación, de transporte de cualquier índole torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio. Asimismo, ya no se requerirá que los medios sean capaces de causar grandes estragos sino sólo estragos de cualquier magnitud. Además, se le aplicaba la misma pena al autor material del delito, a los instigadores, autores intelectuales, coautores y cómplices, vulnerando el principio de proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del agente conforme a su participación en el hecho delictivo. La pena prevista era no menor de 15 años ni mayor de 20 años¹⁷⁵.

A poco de iniciado gobierno fujimorista, entrará en vigencia el Decreto Legislativo N° 635, de fecha 3 de abril de 1991, aprobando el nuevo Código Penal, estableciendo en los Artículos 319° al 322°, los delitos contra la Tranquilidad Pública, referidos al terrorismo, terrorismo agravado, actos de colaboración con el terrorismo, afiliación a organizaciones terroristas, otorgando distintas penas para los autores, cómplices e instigadores, respetando el principio de proporcionalidad entre pena y la culpabilidad del agente. Las penas, en su

¹⁷³ Comisión de la verdad y reconciliación, "Informe Final 2003", Tomo VI pp. 389-391.

¹⁷⁴ PEÑA CABRERA, RAÚL (1994). *Traición a la patria...*, op.cit., pp.61.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 61-62.

extremo mínimo es privativa de libertad no menor de 10 años y en su extremo máximo pudo llegar a 25 años¹⁷⁶. El tipo básico del delito de terrorismo, buscaba sancionar todas las conductas que consideraba terroristas, teniendo como resultado una imprecisión sobre lo que intentaba sancionar. El acto terrorista no estaba determinado adecuadamente¹⁷⁷.

Finalmente, gobierno fujimorista, mediante el Decreto Ley N° 25475, de fecha 5 de mayo 1992, regula al delito de terrorismo como ley especial, teniendo como consecuencia, la vulneración de tratados y convenios internacionales de derechos humanos, que pasaremos a analizar a continuación.

2.2. El Decreto Ley N° 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio. El Decreto Ley N° 25475 regula el delito de terrorismo en su artículo 2, el cual menciona lo siguiente:

Artículo 2.- Descripción típica del delito

“El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años”.

Raúl Peña Cabrera, sostiene que “el bien jurídico así construido representa un principio garantizador al ser de conocimiento colectivo, en otras palabras, cada ciudadano debe saber con antelación qué es lo que se está protegiendo, y concomitantemente, qué es lo que se está prohibiendo, considerado socialmente intolerable. Precizando de esta manera el bien jurídico se hace el enlace coherente con el tipo de injusto. Es el fundamento de la tipicidad y de la antijuridicidad. Los contenidos del injusto típico no se extraen de la metafísica, sino que tienen su apoyatura en la protección de los bienes jurídicos”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Ibidem, pp.63.

¹⁷⁷ Comisión de la verdad y reconciliación, “Informe Final 2003”, Tomo VI pp. 395.

¹⁷⁸ PEÑA CABRERA, RAÚL (1994). *Traición a la patria...*, op.cit., pp. 64.

El delito de terrorismo está caracterizado por la comisión de atentados contra los bienes jurídicos primordiales protegidos por otros delitos, que son bienes jurídicos inmediatos, por ejemplo, la vida, la integridad, la seguridad, que son utilizados instrumentalmente para otro ataque más trascendente, a los que se añade el elemento subjetivo del injusto constituido por la finalidad de atentar contra bienes jurídicos supraindividuales, que se concreta en la finalidad de alterar gravemente la tranquilidad pública, generando un estado de inseguridad social. La grave alteración de la tranquilidad pública es el objetivo mediato de la actuación terrorista, generando un ambiente de inseguridad, alarma o temor como forma de actuación política. La tranquilidad pública, en su ámbito subjetivo alude al sentimiento de tranquilidad pública, la opinión de seguridad social como base de la vida civil, y en el delito de terrorismo es lo que se protege. El derecho de las personas de vivir en una atmósfera de paz social, donde los ciudadanos se deben ajustar su accionar a reglas fundamentales de convivencia, una convivencia pacífica inmune de desorden y a la violencia¹⁷⁹.

El examen de la tipicidad objetiva del delito de terrorismo, regulado en artículo 2º del decreto ley, señala que, para que se pueda calificar la conducta como terrorista, no sólo se debe realizar una afectación a los bienes jurídicos personales, porque se pueden cometer asesinatos o daños contra el patrimonio público o privado, reveladores de alta peligrosidad objetiva, en la medida que su determinación como tal, requiere que venga respaldado por los fines de estas organizaciones criminales, en cuanto a un ataque generalizado y sistemático, conforme con los propósitos que impulsan a estos grupos delictivos. Además, se necesita provocar, crear o mantener en estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella; de no ser así, las afectaciones a la vida, el cuerpo, la salud o el patrimonio, pueden configurar otros delitos como el narcotráfico u otras estructuras organizadas. Asimismo, a quien se le debe responsabilizar por la acción antijurídica, es a un miembro activo de una organización terrorista vigente, por tanto, si quien realiza estos comportamientos, es un miembro de una organización subversiva inexistente, no podrá ser calificado el hecho como terrorista. El sujeto pasivo es el Estado. Además, cabe precisar que por más que se haya convalidado la constitucionalidad de este artículo, no cabe duda que no es feliz en su redacción normativa, al no contar con un orden secuencial coherente y ordenado, así como de haber incluido posibles resultados de disvalor, que no se corresponden con el bien jurídico tutelado (“relaciones internacionales”)¹⁸⁰. La descripción del tipo penal terrorismo es imprecisa y vaga, porque reúne las características de otros delitos comunes lo

¹⁷⁹ CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo (2009). *Delito de terrorismo y garantías procesales...*, op.cit., pp. 5-11.

¹⁸⁰ PEÑA CABRERA, Alonso (2012). *Los procesos penales especiales...*, op.cit., pp. 538-539.

que deriva al operador jurídico en una confusión. No tenemos una definición clara de lo que entendemos por una acción terrorista, cualquier conducta puede constituir terrorismo¹⁸¹.

Estas agrupaciones criminales no pueden ser combatidas con las instituciones dogmáticas tradicionales de autoría y participación, el dominio del hecho, resulta insuficiente para poder fundamentar la responsabilidad penal de una persona, que no estuvo presente en la comisión del delito, quien nunca se ensució de sangre las manos, es decir, de propia mano no cometió el delito, en consecuencia, necesitaremos de la autoría mediata. Entonces, estas agrupaciones cuentan con una organización jerárquica, cuya verticalidad permite garantizar que las órdenes que se emitan en la cúpula de la estructura sean ejecutadas sin cuestionamiento por los ejecutores inmediatos. Por lo tanto, quien tiene dominio del acontecer típico, no son los autores ejecutores (materiales) de la realización típica, sino aquellos que se sitúan en los niveles de mayor jerarquía de la organización, quienes ostentan el verdadero poder criminal. De esta manera a través de la autoría mediata, podremos extender la imputación a los jefes de las organizaciones terroristas¹⁸². Finalmente, el sujeto pasivo de todos los injustos de terrorismo, es el Estado, al constituir la tranquilidad pública, un interés jurídico de orden estadual, sin dejarse de lado que el sujeto pasivo mediato es la sociedad¹⁸³.

Las modalidades típicas que comprende el tipo penal son: actos contra bienes jurídicos como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, el patrimonio, medios de comunicación o transporte; esto es, consiste en una serie de intereses jurídicos, tanto de orden personal como colectivo, que son bienes jurídicos inmediatos. Donde la particularidad es que estas afectaciones concretas, deben ser vistas como instrumentos, que el agente terrorista emplea para lograr su esencial objetivo o un ataque más trascendente, que es provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella. Por ejemplo, si ocurre un atentado contra una instalación privada, para facilitar el apoderamiento de dinero, será un delito de robo agravado, y no el delito de terrorismo. Sin embargo, es importante mencionar que, la afectación a los bienes jurídicos, no tiene que haberse materializado de forma efectiva, esto es, basta que el agente haya colocado en un estado de riesgo la vida, el cuerpo y la salud de los ciudadanos, para que se configure el tipo penal en cuestión¹⁸⁴.

¹⁸¹ REÁTEGUI CARRILLO, Félix (2009). *El sistema de justicia durante el proceso de violencia*. Colección de cuadernos para la memoria histórica N° 2, Lima, IDEHPUCP, pp.84.

¹⁸² PEÑA CABRERA, Alonso (2012). *Los procesos penales especiales...*, op.cit., pp. 542-544.

¹⁸³ PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Traición a la patria...*, op.cit., pp. 68-69.

¹⁸⁴ PEÑA CABRERA, Alonso (2012). *Los procesos penales especiales...*, op.cit., pp. 547-548.

Asimismo, requiere concurrentemente que el agente debe utilizar armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado. Los armamentos, son todas aquellas que poseen una potencialidad destructiva significativa, susceptibles de destruir instalaciones y construcciones de gran envergadura, así como la eliminación simultánea de una pluralidad de personas. No obstante, además del armamento utilizado para combates armados, comprenden fusiles, escopetas, revólveres y otras armas de fuego que, utilizadas en conjunto, por un colectivo subversivo, puede generar un estado de zozobra¹⁸⁵.

Estos armamentos, se circunscriben a un determinado grupo de armamentos, es decir, sólo a las armas propiamente dichas como las de fuego, de guerra o blancas; que tiene como función causar un daño mayor que el que se podría conseguir con las armas impropiedades dichas (martillo, tornillos, desarmador, etc.). Pero nuestra legislación vigente habla de materias y artefactos explosivos, que son sinónimos de sustancias y objetos. Las sustancias o materias pueden ser, por ejemplo, la nitroglicerina, TNT, etc.; en cambio los artefactos u objetos equivalen a las bombas, petardos, etc.¹⁸⁶. Los artefactos explosivos, ha de entenderse como toda sustancia capaz de producir una explosión, siempre y cuando es objeto de activación, como lo es la detonación, se libera así una gran cantidad de gases, capaces de generar efectos térmicos y mecánicos, mientras que las materias explosivas son las que, sin estar contenidas en bombas, pueden estallar por cualquier procedimiento¹⁸⁷.

El tipo subjetivo del injusto, en el delito de terrorismo es esencialmente doloso; el agente orienta su comportamiento lesivo de los bienes jurídicos instrumentalizados, sabiendo perfectamente que éstos conllevan la generación de un estado de alarma zozobra y/o pánico en la población¹⁸⁸. Una de las críticas más importantes a la legislación penal de emergencia es que parte de ella se encuentra vigente, no respetando el carácter provisional que caracteriza habitualmente a las normativas de emergencia y ha adoptado la calidad de permanente. El Decreto Legislativo N° 25475, en definitiva, hoy en día se encuentra vigente, pasado ya veintisiete años desde su entrada en vigencia, no encontrándose el Perú en situación de terror y zozobra producida por el accionar terrorista que padeció a inicios de la década de los

¹⁸⁵ Ibidem, pp. 551.

¹⁸⁶ PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Traición a la patria...*, op.cit., pp. 75-76.

¹⁸⁷ PEÑA CABRERA, Alonso (2012). *Los procesos penales especiales...*, op.cit., pp. 551-552.

¹⁸⁸ Ibidem, pp. 553.

noventa¹⁸⁹. Las normas de excepción exigen una revisión y adaptación frecuente para que no se produzcan abusos por su utilización.

Finalmente, para concluir con este apartado, describiremos el proceso penal al que se sometía a las personas acusadas de terrorismo. El proceso constaba de las etapas de: investigación, instrucción y juzgamiento.

La investigación estaba a cargo de la PNP, a cargo de la DINCOTE a quien se le concedió un marco de actuación muy amplio, sin ningún tipo de restricciones, para llevar a cabo la investigación preliminar, sin estar sujeto a un control legal o jurisdiccional. Dejando de lado las disposiciones constitucionales que reconocían intervención del Ministerio Público, como sujeto principal que realizaba las investigaciones del caso. Los efectivos policiales realizaron detenciones sin un previo mandato judicial¹⁹⁰. Asimismo, su tarea consistió en reconocer a los presuntos autores, obtener los elementos de prueba, para luego ponerlo a disposición de la jurisdicción respectiva mediante el atestado policial. Sus poderes se extendieron a tal punto, que cometieron abusos contra los detenidos, que se encontraban bajo su custodia por un plazo de 15 días, a quienes torturaban para así obtener la confesión y datos relevantes que sirvieran para esclarecer los hechos. El fiscal sólo era un mero espectador de las arbitrariedades que podría cometer el personal policial, y sólo podía estar presente cuando la DINCOTE así lo solicitara. Asimismo, se restringía la intervención del abogado defensor, otorgándole la posibilidad de intervenir sólo a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación en presencia del representante del Ministerio Público¹⁹¹.

La etapa de instrucción, tuvo como finalidad reunir pruebas de la comisión del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, quienes han sido los autores y cómplices del mismo, estableciendo el grado de participación que haya tenido en los actos preparatorios, en la ejecución del acto ilícito, o después de su realización. El auto de apertura de instrucción imperativamente debía ir consignado la orden de detención. El Juez Penal estaba prohibido de evaluar, pues no tiene alternativa. No se concedía ningún tipo de libertad. El juez descendió de la misión de administrar justicia a un simple ejecutor de la ley. También, durante la etapa de instrucción y de juicio no se podía presentar como testigos a quienes intervinieron por razón de funciones en la elaboración del atestado policial. No era posible presentar a los autores del atestado policial para que fundamenten, las pruebas y los motivos que los han guiado a formular denuncias cuyas consecuencias podrían ser hasta de cadena perpetua,

¹⁸⁹ Ibidem, pp. 481.

¹⁹⁰ Comisión de la verdad y reconciliación, "Informe Final 2003", Tomo VI pp. 396-397.

¹⁹¹ PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Traición a la patria...*, op.cit., pp. 112-119.

obligando a los jueces a dar como ciertas las investigaciones policiales impidiendo que se descubran abusos cometidos por dichos miembros, en la obtención de pruebas u otras diligencias. El derecho de defensa se vio limitado, porque los abogados defensores no podían representar simultáneamente a más de un imputado a nivel nacional, en ninguna de las etapas del proceso, imposibilitando la libertad que se le reconoce a un imputado de elegir a su abogado defensa, los únicos que podían llevar a cabo la defensa de más de una persona, era los abogados de oficio, que curiosamente eran asignados por la autoridad policial, cuando el procesado no había nombrado el suyo. Finalizada la etapa de instrucción los actuados eran elevados al Presidente de la Corte respectiva, el mismo que remitía lo actuado al Fiscal Superior que debía formular su acusación en el plazo de 3 días, bajo responsabilidad. En todas las fases de esta etapa, se buscaba responsabilizar al acusado, a como dé lugar¹⁹².

Por último, en la etapa del juicio, una vez concluida la instrucción, los autos subían a la Sala Especializada y pasaban a conocimiento del Fiscal Superior, quien debía emitir su dictamen acusatorio. El período de tránsito entre la instrucción y el inicio del juicio oral era indefinido en la realidad concreta; manteniéndose a los procesados o acusados presos, en espera larga y angustiosa del juzgamiento. La espera, en muchos casos era más injusta, al no tener el acusado responsabilidad alguna en los hechos que se le imputan. Era más injusto aún, estar imposibilitado de acceder a cualquier forma de libertad. En esta etapa se dio el juzgamiento de los terroristas. En las audiencias se presentaban las pruebas reunidas en la etapa de instrucción y las nuevas pruebas presentadas, para el adecuado conocimiento de los hechos y sus autores no cumplen con todos los principios y garantías que se fijan para esta etapa del proceso: tales como el de publicidad y el de inmediación de la prueba. Asimismo, la identidad del tribunal, los auxiliares de justicia y los representantes del Ministerio Público que intervenían en el juzgamiento de los delitos de terrorismo era secreta, imposibilitando el derecho a recusación. No obstante, sí se le reconocía al imputado, el recurso de nulidad, debiéndose remitir los actuados al Presidente de la Corte Suprema, quien designaba a los miembros de la Sala Especializada que debían resolver en el plazo de 15 días¹⁹³.

¹⁹² Ibidem, pp. 120-123.

¹⁹³ Ibidem, pp. 124-127.

2.3. Delito de traición a la patria. El Estado peruano mostraba desesperación por el avance terrorista a lo largo del territorio nacional y en su afán de combatir el terrorismo, el 13 de agosto de 1992, promulgaron el Decreto Ley N° 25659, que regulaba el delito de traición a la patria, que no tenía nada que ver con la denominación que le otorgaron porque lo que se sancionaba era conductas terroristas, desvirtuando el verdadero significado que le corresponde a esta figura. El decreto ley, mencionaba específicamente al delito de traición a la patria en su artículo 1 y 2.

Artículo 1.- Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, cuando se emplea las modalidades siguientes:

- a) Utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población.
- b) Almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior.

Artículo 2°.- Incurrir en delito de traición a la patria:

- a) El que pertenece al grupo directivo de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente;
- b) El que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas;
- c) El que suministre, proporcione, divulgue informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilite el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior.

La CIDH, en sus argumentos de defensa en el caso Castillo Petruzzi, consideró que “el Decreto Ley N° 25659, no tenía relación alguna con la traición a la patria, porque tenía por finalidad sancionar los actos terroristas. Este delito debió ser calificado dentro de los delitos contra la seguridad exterior de un Estado, porque un país extranjero busca obtener provecho, vulnerando la seguridad, independencia y soberanía de un Estado¹⁹⁴. Sin embargo, el delito de traición a la patria, al ser considerado por el legislador como actos terroristas, le correspondía el bien jurídico protegido de tranquilidad pública.

¹⁹⁴ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 97.

El literal a) del artículo 1, Decreto Ley N° 25659, describía que, el sujeto activo, necesariamente debía ser integrante de una organización terrorista, esto porque los actos no podían ser efectuados por cualquier persona. Debía haber una estrecha vinculación con el grupo terrorista, que no la podía desempeñar una tercera persona ni tampoco un mero simpatizante. La utilización de coches bomba o similares es una labor que exige una fidelidad y un fanatismo que solamente pueden ser ejecutadas por personas que habitualmente realizan estos actos, donde el peligro para sus vidas pende de un hilo. Por otro lado, el sujeto pasivo, al ser un delito pluriofensivo, resultan afectados el Estado, las personas naturales y jurídicas. La acción material está representada por el empleo de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o análogas¹⁹⁵, que causen: a) la muerte de personas; b) lesión a la integridad física o salud mental; c) daños a la propiedad pública o privada; d) grave peligro para la población. Los medios comisivos debido a su alto poder destructivo, sirven de fundamento para calificar a tales comportamientos como traición a la patria. No obstante, por la redacción final de este supuesto, nos encontramos ante un tipo abierto, porque permite introducir conductas que no están expresamente tipificadas, violando de esta manera el principio de legalidad. Finalmente se trata de un delito eminentemente doloso y establece una sanción de cadena perpetua¹⁹⁶.

El literal b) del artículo 1, Decreto Ley N° 25659, describía que, el sujeto activo, necesariamente es un miembro de la organización terrorista, como se establecía en el caso anterior y el sujeto pasivo es el Estado. La acción material comprendía dos supuestos: el almacenamiento, que consiste en el guardar materiales explosivos y la posesión, que es la situación o disposición de explosivos no permitidos por ley, sin embargo, al nitrato de amonio siendo un material explosivo, parece que lo considera como algo distinto; y el segundo supuesto es cuando voluntariamente se proporciona insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos para su empleo en los actos terroristas previstos en el literal a), si es bajo coacción o amenaza no incurrirá en el ilícito penal, además del elemento volitivo, los

¹⁹⁵ Se le denomina coche bomba al vehículo ya sea de motor o no (automóvil, camión, ómnibus, triciclo, etc.), cargado de gran cantidad de material explosivos que son colocados en sitios estratégicos para causar grandes daños tanto personales como materiales. Los artefactos explosivos pueden ser sustancias u objetos, sólidos o líquidos, capaces de desarrollar rápidamente una importante fuerza expansiva capaz de provocar alarma, terror y destrucción. Las armas de guerra son todo material bélico empleado en las guerras convencionales, siendo de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas.

¹⁹⁶ PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Traición a la patria...*, op.cit., pp. 154-156.

explosivos fabricados deben ser utilizados para actos terroristas. Finalmente, el delito es eminentemente doloso, y establece una penalidad de cadena perpetua.¹⁹⁷

El literal a) del artículo 2, Decreto Ley N° 25659, mencionaba que los autores del delito eran los integrantes de una organización terrorista cuyas funciones podían ser de líder, cabecilla, jefe u otra persona con función y jerarquía equivalente. El sujeto pasivo es el Estado. La acción típica, lo que sanciona es la pertenencia del sujeto a una organización terrorista. El líder, “es quien tiene autoridad sobre un grupo y los incita o impulsa a realizar de una conducta”. El cargo de jefe o cabecilla “alude a una situación entre el directivo y el integrante, que supondría una ocasional y en todo caso subordinada participación en funciones de mando”. Este agravante está dirigido a sancionar con una mayor penalidad a los miembros que dirigen las organizaciones terroristas y también a aquellos de mando intermedio, que son los que dirigen los grupos de acción en sus diversas actividades. La razón de este literal, no sólo radica en la mera pertenencia a una organización terrorista, sino también en la autoría mediata, pues, quien forma parte de un grupo organizativo que le permita dar órdenes a uno de sus miembros, pasa a ser autor mediato, por la voluntad de dominio del hecho que tiene cuando emplea sus atribuciones para efectuar acciones delictivas. El miembro cuanto más lejos, en orden jerárquico, se encuentra del ejecutor, tendrá mayor dominio organizativo y a su vez mayor responsabilidad por los actos delictivos cometidos. Sin embargo, no se sancionaba lesión o la puesta en peligro bienes jurídicos, sino el tener la condición. Finalmente, el delito es eminentemente doloso, y establece una penalidad de cadena perpetua¹⁹⁸.

El literal b) del artículo 2, Decreto Ley N° 25659, aquí se menciona quienes pueden ser autores de este delito, es el integrante de una organización terrorista y el sujeto pasivo es el Estado. La acción material estuvo representada por la pertenencia a grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista. El delito se consuma con la mera inclusión al grupo armado o al pelotón de aniquilamiento, sin requerir que efectivamente se cause la muerte de persona alguna. Finalmente, el delito es eminentemente doloso, y establece una penalidad de cadena perpetua. El literal c) del artículo 2, Decreto Ley N° 25659, menciona que, el sujeto activo debe ser un miembro de una organización subversiva y el sujeto pasivo es el Estado. El tipo legal se articula materialmente en dos situaciones: a) suministrar, proporcionar, divulgar informes, datos, planes, proyectos y demás documentación; y, b) facilitar el ingreso a terroristas en edificaciones o locales a su cargo o

¹⁹⁷ Ibidem, pp. 157-159.

¹⁹⁸ Ibidem, pp. 160-162.

custodia. Ambas deben orientadas a favorecer los resultados dañosos graves, que están regulados en el literal a) y b) del Decreto Ley N° 25659. Sin embargo, bastaba con la remisión al inciso a) del artículo 1 del decreto ley. Esta previsión legal, requiere para su consumación que se lesione realmente los bienes jurídicos, diferenciándose así de las dos fórmulas legales anteriores. Finalmente, el delito es eminentemente doloso, y establece una penalidad de cadena perpetua¹⁹⁹.

Luego de haber descrito los artículos que describían en que supuestos se incurría en el delito de traición a la patria, ahora pasaremos a mencionar las críticas que recibió por parte del TC y la CorteIDH.

El artículo 1, literal a), ya se encontraba previsto en el artículo 2 del Decreto Ley 25745, que construía el delito base de terrorismo: “empleando armamento, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos (...); esto quiere decir que, por ejemplo, el coche bomba quedaba comprendido en la extensión analógica de la frase “o cualquier medio capaz”. Por otro lado, el artículo 1, literal b), ya se encontraba regulado en el artículo 4, literal e) del Decreto Ley 25475, que establecía “la fabricación, adquisición, tenencia, sustracción, almacenamiento o suministro de armas, municiones, sustancias u objetos explosivos, asfixiantes, inflamables, tóxicos o cualquier otro que pudiera producir muerte o lesiones”, extendiendo analógicamente para contemplar cualquier otro medio que pudiese presentarse. En relación al literal a) del artículo 2, ya se encontraba regulado en el párrafo primero del literal a) del artículo 3 del Decreto Ley 25475: “Si el agente pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización”. En relación al literal b) del artículo 2, se encontraba regulado en el segundo párrafo del literal a) del artículo 3: “Si el agente es integrante de grupos armados, bandas, pelotones, grupos de aniquilamiento o similares, de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas o grupos de personas indefensas sea cual fuere el medio empleado”. Finalmente, el literal c) del artículo 2, también se encontraba regulado, pero ahora en el literal a) del artículo 4 del Decreto Ley N° 25745: “Suministrar documentos e informaciones sobre personas y patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados y cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos o grupos terroristas”. En conclusión las conductas ya habían sido reguladas por un

¹⁹⁹ Ibidem, pp. 162-164.

decreto ley anterior, que regulaba el delito de terrorismo, por tanto, no existía un argumento ni fundamento válido para volverlos a tipificar²⁰⁰.

Asimismo, el TC sostuvo que: " Si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria. A juicio del Tribunal Constitucional, ello afecta el principio de legalidad penal, ya que da lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad del Ministerio Público y las autoridades judiciales, quienes podrían subsumir la comisión de un mismo delito en distintos tipos penales"²⁰¹.

La CorteIDH advierte lo siguiente: "Las conductas típicas descritas en los Decretos-Leyes 25.475 y 25.659 -terrorismo y traición a la patria- son similares en diversos aspectos fundamentales. Como lo han reconocido las partes, la denominada traición a la patria constituye una figura de "terrorismo agravado", a pesar de la denominación utilizada por el legislador. Ambos decretos-leyes (25.475 y 25.659) se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y [...] de la "propia policía [DINCOTE]". La existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente"²⁰².

Por último, el proceso penal contra el delito de traición a la patria estaba a cargo de tribunales de militares. Al igual que el proceso contra los delitos de terrorismo, contaba con una etapa de investigación, instrucción y juicio oral. Como ya lo habíamos comentado en el segundo capítulo, la investigación está a cargo de la DINCOTE, que era una dependencia de la PNP, creada con la finalidad de prevenir, investigar y combatir las acciones subversivas, tanto de los delitos de terrorismo y traición a la patria. Asimismo, también le otorgaron amplias facultades para desplegar su labor, cometiéndose arbitrariedades. El periodo de detención, era de 15 días, con la posibilidad de prorrogarla por un plazo de 15 días más, provocando la afectación de derechos fundamentales. Otro desacierto en esta etapa, es que la

²⁰⁰ Ibidem, pp. 141-143.

²⁰¹ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 010-2002-AI/TC, fundamentos 38-39.

²⁰² CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 97.

policía tan sólo estaba en la obligación de dar cuenta de la detención a la autoridad de turno, cuando quien debía dar la orden de detención es el juez militar y la investigación debía ser supervisada por un fiscal. Además, no se sabe quién iba a intervenir en el proceso, si es el Ministerio Público o el Fiscal Militar. También, el derecho de defensa se vio limitado, porque los abogados defensores no podían patrocinar simultáneamente a más de una persona a nivel nacional, en ninguna de las etapas del proceso, impidiendo la libertad que se le reconoce a un imputado de elegir a su abogado defensa, los únicos que tenían esa facultad, eran los abogados de oficio, que curiosamente era asignados por la autoridad policial, cuando el procesado no había nombrado el suyo²⁰³.

En la etapa de instrucción o de primera instancia, es el Consejo Superior de Justicia Militar quien recibía la denuncia o el atestado policial emitido por la DINCOTE y dictaba un auto de apertura de instrucción. Posteriormente, designaba al juez instructor especial, daba cuenta al Consejo Supremo de Justicia Militar y notifica al Ministerio Público del Fuero Privativo Militar. Las personas acusadas del delito de traición a la patria eran juzgadas a través de un proceso sumario para los juicios en el teatro de operaciones; que sólo era de aplicación según el Código de Justicia militar en tiempos de guerra. Se buscaba procesar a los presuntos terroristas con la mayor rapidez y en el menor tiempo posible, dejando de lado principios fundamentales, limitando el derecho de defensa, donde el abogado solo intervenía en la fase instructiva y conocía el expediente luego de expedida la sentencia en primera instancia. No podía solicitar ningún tipo de libertad, ni ofrecer como testigos a quienes intervenían en la elaboración del atestado policial, ni a los miembros de las FF.AA.; no conocía a su juzgador, por lo que tampoco podía recusarlo. El juez instructor era designado por el Consejo Superior de Justicia Militar. No tenía nombramiento, era un oficial militar que no conocía nada sobre derecho, no era abogado. Contaba sólo un plazo de 10 días para llevar a cabo todas las investigaciones del caso, direccionando su decisión a lo que decía el atestado policial, donde finalmente no es quién emitía la sentencia de primera instancia, sino el Consejo de Guerra Especial. Si la sentencia resultaba condenatoria procedía a la apelación al Consejo Superior de Justicia Militar²⁰⁴.

Finalmente, en la etapa de juicio o de segunda instancia, se remitía los autos al fiscal para que en el término de 12 horas se pronunciara, acto seguido se designaba a los que iban a conformar el Consejo de Guerra Especial. El juicio se desarrollaba en presencia del Consejo, el fiscal, el acusado y su abogado defensor, donde actuaban también las pruebas pertinentes y

²⁰³ PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Traición a la patria...*, op.cit., pp.186-188.

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 189-192.

la defensa hacía uso de su derecho, y el tiempo de duración era de 5 días. Procedía el recurso de nulidad sólo en los casos de, cadena perpetua o privativa de libertad no menor de 30 años, condicionando la interposición del recurso a la gravedad de la pena y no precisamente a la legalidad del proceso. Una vez que interponía el recurso de nulidad, los autos eran enviados al Consejo Supremo de Justicia, quién remitía al Fiscal General por el plazo de un día para que emitiera su dictamen y luego de él nombraba al Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar. El abogado defensor tenía un día para que formule sus alegatos. El plazo para emitir sentencia era de 5 días²⁰⁵.

Considerando estas características del proceso militar, resulta esencial contar con un sistema de internacional supervisión que revise lo actuado ante las instancias judiciales internas.

3. Mecanismo supranacional de protección de los derechos humanos como garantía de control del sistema interno

Al terminar la Segunda Guerra Mundial, el respeto de la persona y su dignidad, se convirtieron en los ejes fundamentales y centrales para una nueva forma de organización de la comunidad internacional. En ese sentido, se creó la ONU, en octubre de 1946, un mes después de concluida el conflicto bélico, en reemplazo, de la Sociedad de Naciones, organización concebida en situaciones similares en 1919, tras la Primera Guerra mundial, con el fin de mantener la paz y la seguridad en el mundo, promover amistad entre las naciones, mejorar el nivel de vida y defender los derechos humanos.

Asimismo, en Europa se creó el Consejo de Europa, en mayo de 1949 y en América se fundó la OEA, en abril de 1948. Ambas organizaciones internacionales formaron dos sistemas de supervisión, promoción y protección de derechos humanos, el Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos y el SIDH. Sin embargo, actualmente estas entidades no se limitan a una supervisión del cumplimiento de derechos fundamentales, sino que se ha convertido en una jurisdicción supranacional en materia de protección de derechos fundamentales²⁰⁶.

El SIDH es el conjunto de instituciones, mecanismos y normas que han sido creadas en el seno de la OEA para proteger efectivamente los derechos humanos en el hemisferio²⁰⁷, con la

²⁰⁵ Ibidem, pp. 193-194.

²⁰⁶ QUIROGA LEÓN, Aníbal (2003). *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos: jurisprudencia*, Lima, Jurista, pp. 94.

²⁰⁷ Grupo de Monitoreo independiente de El Salvador. *Manual básico de Litigio Internacional para la protección de los derechos laborales*, El Salvador, pp.20.

finalidad de promover, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos regionales e internacionales aplicables a los Estados miembros de la OEA.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, es un tratado que, crea la OEA, suscrita en Bogotá en 1948, por 21 países, entre ellos Perú, con el objetivo de ser un foro político para la toma de decisiones, el diálogo multilateral y la integración de América, además, ha sido reformada en Buenos Aires en 1967, Cartagena de Indias en 1985, Washington en 1992 y Managua en 1993. Este tratado interamericano, establece en su Artículo 106° que, se creará una CIDH, como órgano autónomo de la OEA con la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia²⁰⁸, y una CADH determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia²⁰⁹.

El SIDH se concretiza a través de la CADH o Pacto de San José, celebrada en San José de Costa Rica en 1969, que determina la existencia de dos organismos: la CIDH, suscrita en 1959, con sede en Washington D.C y la CorteIDH en 1979, con sede en San José, Costa Rica.

La CIDH fue creada durante la V Reunión de Consulta de Ministros de Asuntos Exteriores en el año 1959, actúa en representación de todos los países miembros de la OEA. Está integrada por siete miembros independientes que desempeñan en forma personal sin representar a ningún país en particular²¹⁰. La Carta de la OEA, la Convención, el Estatuto de la Comisión y su Reglamento representan el marco jurídico que fija la organización y funciones de la CIDH.

Cualquier persona o grupo de personas, u ONG legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte²¹¹. Previamente, deben agotar los recursos internos, presentada dentro del plazo de 6 meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva. Además, que la materia de petición no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional²¹². Pero no se exigirán estos requisitos cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados, no se haya permitido al

²⁰⁸ Artículo 1.1 del Estatuto de la Comisión IDH.

²⁰⁹ “Artículo 106° de la Carta de la OEA.

²¹⁰ Artículos 34 al 36 de la Convención Americana.

²¹¹ Artículo 44 de la Convención Americana.

²¹² Artículo 46.1 de la Convención Americana.

presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, o exista retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos²¹³.

La Comisión, a través de su Secretaría Ejecutiva, dará trámite la petición, solicitando información al Estado responsable de la vulneración, debiendo ser enviada en un plazo de 3 meses contados desde la fecha de transmisión. En caso de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real e inminente, la Comisión solicitará al Estado su más pronta respuesta, a cuyo efecto utilizará los medios que considere más expeditos²¹⁴. Consideradas las posturas de cada una de las partes, se dará el pronunciamiento sobre la admisibilidad del asunto, a través de un informe de admisibilidad, si se produce la adopción de esta, la petición será registrada como caso y se iniciará el procedimiento sobre el fondo²¹⁵.

Con la apertura del caso, la Comisión fijará un plazo de cuatro meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo. Las partes pertinentes de dichas observaciones serán transmitidas al Estado en cuestión a fin de que presente sus observaciones dentro del plazo de cuatro meses²¹⁶. Se le reconoce a la Comisión la facultad de realizar una investigación in situ, con la finalidad de recabar mayor información, para cuyo eficaz cumplimiento solicitará las facilidades pertinentes, que serán proporcionadas por el Estado en cuestión²¹⁷.

Para la decisión sobre el fondo la Comisión, preparará un informe en el cual examinará los alegatos, las pruebas suministradas por las partes, y la información obtenida durante audiencias y observaciones in loco. Asimismo, la Comisión podrá tener en cuenta otra información de público conocimiento²¹⁸. Si establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones²¹⁹. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe someterá el caso a la

²¹³ Artículo 46.2 de la Convención Americana.

²¹⁴ Artículo 30 del Reglamento de la Comisión IDH.

²¹⁵ Artículo 36.1 y 36.2 del Reglamento de la Comisión IDH.

²¹⁶ Artículo 37 del Reglamento de la Comisión IDH.

²¹⁷ Artículo 39 del Reglamento de la Comisión IDH.

²¹⁸ Artículo 43.1 del Reglamento de la Comisión IDH

²¹⁹ Artículo 44.2 del Reglamento de la Comisión IDH

CorteIDH, salvo que por decisión adoptada por la mayoría absoluta de sus miembros decida no someterlo a dicho procedimiento²²⁰.

Asimismo, la CorteIDH, es un órgano autónomo de carácter judicial que tiene su sede en San José, Costa Rica, creado en 1969 por la CADH, pero su establecimiento no fue hasta diez años después, en 1979, cuando se eligieron sus primeros jueces, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH y, en su caso, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Realiza una función contenciosa, que se encargará de la resolución de peticiones individuales, donde uno de los Estados parte presuntamente ha vulnerado los derechos reconocidos en la CADH; y una función consultiva, que es la posibilidad que tienen los Estados que reconocen a la Convención, los miembros de la OEA o la Comisión IDH, de consultar a la Corte IDH acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos²²¹.

Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte²²², una persona natural no puede acudir directamente ante este órgano jurisdiccional. Para poder acceder a esta instancia, los Estados deben haber reconocido expresamente su competencia para la resolución de casos contenciosos, no basta que el Estado haya ratificado la Convención, lo podrá manifestar al momento de suscripción a la Convención o en cualquier momento posterior²²³.

El Estado peruano el 21 de enero de 1981, presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia contenciosa de la CorteIDH por plazo indeterminado y bajo condición de reciprocidad, es decir, después de la ratificación de la CADH (9 de septiembre de 1980).

El procedimiento escrito iniciará con la introducción de una causa, se hará ante la Secretaría de la Corte mediante la interposición de la demanda²²⁴. El escrito de la demanda expresará: las pretensiones (incluidas las referidas a las reparaciones y costas), las partes en el caso, la exposición de los hechos; las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión, las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versarán, la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones, los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. Además, la

²²⁰ Artículo 45.1 del Reglamento de la Comisión IDH

²²¹ Artículo 63 y 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²²² Artículo 61.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²²³ Artículo 61.1 y 61.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²²⁴ Artículo 33 del Reglamento de la Corte IDH.

Comisión deberá consignar el nombre y la dirección de las presuntas víctimas o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible²²⁵.

La Secretaria comunicará la demanda a: la Corte, el Estado demandado, la Comisión, si no es ella la demandante, la presunta víctima, o sus representantes debidamente acreditados si fuere el caso. Asimismo, informará sobre la presentación de la demanda a los otros Estados Partes, al Consejo Permanente de la OEA²²⁶.

Notificada la demanda a la presunta víctima o sus representantes debidamente acreditados, estos dispondrán de un plazo improrrogable de 2 meses, contado a partir de la recepción de este escrito y sus anexos, para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas²²⁷. El demandado contestará por escrito, conjuntamente, la demanda y las solicitudes, argumentos y pruebas, dentro del plazo improrrogable de 2 meses contado a partir de la recepción de este último escrito y sus anexos. Deberá declarar en su contestación si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice, y la Corte podrá considerar como aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas²²⁸.

Después de la contestación de la demanda, se procederá al procedimiento oral, donde se presentarán las pruebas (testigos, peritos, presuntas víctimas), siendo admitidas si son ofrecidas en la demanda de la Comisión, en las solicitudes y argumentos de las presuntas víctimas, y en la contestación de la demanda y observaciones a las solicitudes y argumentos presentada por el Estado, y en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación²²⁹.

Finalmente, la Corte después de realizar un análisis del caso se pronunciará sobre la vulneración de los derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, solicitará se adopten las acciones pertinentes para terminar con esta vulneración y determinará un monto económico como reparación para la parte agraviada. El fallo será motivado, definitivo e inapelable²³⁰. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes legales. Cuando lo considere pertinente, podrá convocar a las partes a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuente con la información pertinente,

²²⁵ Artículo 34 del Reglamento de la Corte IDH.

²²⁶ Artículo 36 del Reglamento de la Corte IDH.

²²⁷ Artículo 37 del Reglamento de la Corte IDH.

²²⁸ Artículo 39 del Reglamento de la Corte IDH.

²²⁹ Artículo 46 del Reglamento de la Corte IDH.

²³⁰ Artículo 66 y 67 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes²³¹.

3.1. Recepción de los estándares convencionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La profesora Susana Mosquera, sostiene que, “los tratados tienen dos vidas, una referida a su origen y naturaleza internacional, porque se negocian, adoptan, firman, interpretan, denuncian y terminan en sede internacional, y otra relativa a su inserción al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico del estado que suscribe el tratado y se vincula con su aplicación y cumplimiento”²³². En julio de 2002, culminado el gobierno dictatorial de Fujimori y la desaparición momentánea de los grupos terroristas, se promulgó la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano, no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno²³³. El literal a), del artículo 2, menciona lo siguiente: “La sentencia emitida por el Tribunal Internacional será transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema, quien la remitirá a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el Juez Especializado o Mixto que conoció el proceso previo. En el caso de no existir proceso interno previo, dispondrá que el Juez Especializado o Mixto competente conozca de la ejecución de la resolución”.

La necesidad de este diálogo e interacción jurisprudencial entre la CorteIDH y el TC proviene del hecho que el Estado peruano forma parte del SIDH y la CADH; y, consecuentemente, los valores, principios y derechos que lo inspiran, así como sus disposiciones forman parte del derecho interno, lo que armoniza con el mandato del legislador constituyente contenido en la actual Constitución. En consecuencia, se encuentra comprometido a respetar todas las obligaciones que derivan de ese tratado, entre las que resaltan, el cumplimiento de las decisiones y recomendaciones emitidas por la CorteIDH, en concordancia, con lo señalado en el artículo 68.1 de la Convención, que señala lo siguiente: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Por lo tanto, el cumplimiento no sólo abarca la decisión

²³¹ Artículo 63 del Reglamento de la Corte IDH.

²³² MOSQUERA MONELOS, Susana (2015). El Perú y la recepción de los tratados de los derechos humanos. En MOSQUERA MONELOS, S. (Coord.) *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos*, Lima, Palestra Editores, pp.67.

²³³ *Ibidem*, pp.80-81.

adoptada, sino adoptar los criterios que lo fundamentan²³⁴. La CorteIDH y el TC, tienen 3 dimensiones de relación e interacción: la dimensión normativa, netamente jurisdiccional e institucional-administrativa. No obstante, en este apartado no centraremos en la dimensión netamente jurisdiccional, que describe la posibilidad de todo ciudadano de acudir a la jurisdicción supranacional, además, las decisiones que adopte la CorteIDH, deben ser respetadas por el TC, y éste deberá actuar de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales planteados por este órgano, contribuyendo al cumplimiento de las decisiones contenidas en sus fallos y desechando toda situación de enfrentamiento o desconocimiento respecto de sus competencias. En ese sentido, Ernesto Blume, sostiene que, el TC, desde fines del año 2000 hasta la fecha ha mantenido, en términos generales, una trayectoria armónica en clave relacional, convencional y jurisdiccional con la CorteIDH²³⁵.

La CorteIDH, consideró que el Estado peruano utilizó una inadecuada legislación antiterrorista, porque presentaba la tipificación de delitos de carácter ambiguo, el proceso de enjuiciamiento de las personas acusadas de terrorismo vulneraba el derecho al debido proceso y el órgano jurisdiccional, encargado de desempeñar esta función no era el competente (tribunales militares sin rostro), por lo tanto, esta legislación debió ser derogada y los imputados debían ser procesados nuevamente. Prueba de ello, lo encontramos en el caso *Loayza Tamayo vs Perú* y caso *Cantoral Benavides*. Respecto al primer caso, el 6 de febrero de 1993, la señora Loayza Tamayo, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada y procesada en el fuero militar ante jueces militares sin rostro por el delito de traición a la patria. La Comisión alegó que, el Estado peruano, violó los derechos y garantías del debido proceso legal reconocidos en el artículo 8 de la Convención Americana. No obstante, la Corte consideró lo siguiente: “la Corte considera que es innecesario pronunciarse por cuanto la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por dicha jurisdicción castrense y, por tanto, la posible ausencia de estos requisitos no le causaron perjuicio jurídico en este aspecto, con independencia de otras violaciones que se examinarán en los párrafos siguientes de este fallo”²³⁶.

No obstante, Ana Salado, considera que, si bien la imputada fue absuelta del delito de traición a la patria por el tribunal militar, eso no significó que quedaría en libertad, por el contrario, la causa fue remitida a un tribunal ordinario para que por los mismos hechos fuese

²³⁴ BLUME FORTINI, Ernesto (2015). El diálogo interjurisdiccional entre la Corte Interamericana de derechos humanos y el tribunal constitucional del Perú. En MOSQUERA MONELLOS, S. (Coord.), *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos*, Lima, Palestra Editores, pp.88.

²³⁵ Ibidem, pp.92.

²³⁶ CorteIDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 60.

juzgada por el delito de terrorismo, siendo condenada a 20 años de cárcel. En consecuencia, la CorteIDH debió enjuiciar la independencia e imparcialidad, requisitos exigidos por el artículo 8.1 respecto de los tribunales de justicia, debido a que los jueces son militares en actividad y nombrados por el Poder Ejecutivo, además, son tribunales sin rostros, y el acusado no podía recusarlos porque no conocía su identidad y porque estaba prohibido por ley²³⁷.

Además, en el segundo caso, el señor Cantoral Benavides fue expuesto ante los medios de comunicación, vestido con un traje humillante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado. El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si la prueba es incompleta o insuficiente, no es adecuado condenarla, sino absolverla. Durante el proceso contra Luis Alberto Cantoral Benavides no se reunió prueba plena de su responsabilidad, sin embargo, lo condenaron a 20 años de pena privativa de la libertad. Por lo tanto, se vulneró el artículo 8.2 de la Convención Americana, que consagra el principio de presunción de inocencia²³⁸.

Por lo tanto, a continuación, analizaremos sí, el TC, adoptó la postura de la CorteIDH y, en consecuencia, ordenó al Estado peruano a implementar una nueva legislación para combatir al terrorismo.

3.2. La adopción de las decisiones y lineamientos jurisprudenciales de la CorteIDH en los casos de terrorismo por parte del Tribunal Constitucional y el Estado peruano.

Durante la época del terrorismo se cometieron vulneraciones a los derechos fundamentales, por parte del Estado peruano, que tuvo como consecuencia la denuncia de las personas afectadas, ante la CorteIDH, después de haber agotado la vía interna. Las denuncias después de su trámite ordinario, obtuvieron una sentencia que tuvo como denominador común: la responsabilidad del Estado peruano, al no haber adoptado una legislación terrorista que vaya acorde con la protección de los derechos reconocidos en la CADH. En 1999, en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú, por ejemplo, encontraron responsable al Estado peruano, por la afectación del derecho al debido proceso, desde la etapa de investigación ante la DINCOTE hasta el período de conocimiento por parte de los tribunales militares sin rostro, en consecuencia, recomendaron al Estado, en su caso, llevar a cabo, en un plazo razonable, un

²³⁷ SALADO OSUNA, Ana (2004). *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Normas Legales, pp. 295-296.

²³⁸ CorteIDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú...*, op.cit., párrafo 121.

nuevo enjuiciamiento que satisfaga desde el inicio las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados.

Mientras esto ocurría en el ámbito internacional, en la escena nacional, el Estado peruano buscaba desconocer la competencia contenciosa de la CorteIDH y el TC, pasaba por una etapa de improductividad doctrinaria y jurídica y de un alto nivel de control por parte del gobierno, durante el mes de mayo de 1997 y noviembre de 2000, quitándole la autonomía y siendo controlado por el SIN representado por el asesor presidencial, Vladimiro Montesinos Torres. Hasta tal punto que, el Congreso de la República destituyó a tres de sus magistrados: Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, por no estar de acuerdo con la Ley N° 26657, norma interpretativa del artículo 112° de Constitución, referida a la segunda reelección presidencial de Alberto Fujimori²³⁹.

En el año 2000, se producirá el restablecimiento del régimen democrático, por tanto, el TC regresó a ser un órgano independiente y autónomo. Sin embargo, no fue hasta el 3 de enero del 2003, cuatro años después del pronunciamiento de la CorteIDH, que el TC se pronunció sobre la constitucionalidad de la legislación antiterrorista. Declaró la inconstitucionalidad del artículo 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 7° del Decreto Ley N° 25659, que regula el delito de traición a la patria, asimismo, con respecto al Decreto Ley N° 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio, ordenó que dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua.

En consecuencia, el TC respaldó la postura de la CorteIDH, condenando la legislación antiterrorista adoptada por el Estado peruano. Para dar cumplimiento al mandato del TC y de la CorteIDH, el gobierno nacional, el 18 de enero de 2003, promulgó el Decreto Legislativo N° 921, señalando en su artículo 1° que, “La pena de cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad y se realizará conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal”, y en su artículo 2°, señala que, “La pena temporal máxima para los delitos previstos en los artículos 2°, 3°, incisos "b" y "e", 4° y 5° del Decreto Ley N° 25475 será cinco años mayor a la pena mínima establecida en los mismos”. Además, 12 de febrero de 2003, se promulgó el Decreto Legislativo N° 922 que regula la nulidad de los procesos por traición a la patria. Finalmente, el 20 de febrero de 2003, se promulgó el Decreto Legislativo N° 926 que declara la nulidad de los

²³⁹ CÁCERES ARCE, Jorge Luis (2014). El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional, Lima, *Pensamiento Constitucional* N° 19, pp. 232.

procesos dirigidos por magistrados con identidad secreta y dispone que los nuevos procesos se desarrollen de conformidad con las normas del Código de Procedimientos Penales. No obstante, en la actualidad aún sigue vigente el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, que fue respaldado por el TC, al declarar su constitucionalidad y por el gobierno peruano, sin tomar en cuenta que forma parte de una legislación de emergencia, que debía ser de carácter temporal y promulgado por un gobierno antidemocrático.

Mencionamos esto, debido a que, el TC a través del Exp. N° 0023-2003-AI/TC, de fecha 9 de junio de 2004, dispuso la inconstitucionalidad en parte del Decreto Ley N° 23201, la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar que, hasta ese momento formaban parte de la legislación para terminar con el terrorismo. Asimismo, al Congreso, le dieron un plazo de 12 meses desde la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad (30 de octubre de 2004), para emitir la reforma legislativa militar. No obstante, se le extendió el plazo y finalmente fue publicada, el 7 de enero de 2006, la Ley N° 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial, y el Decreto Legislativo N° 961, el 11 de enero del mismo año.

Sin embargo, los nuevos mecanismos de reforma, continuaban cometiendo los errores iniciales, señalados en su oportunidad por el TC en el año 2004. De esta manera, el TC declaró la inconstitucionalidad en parte de la Ley N° 28665, a través del Exp. 4-2006-PI/TC de fecha 29 de marzo de 2006 y el Exp. 6-2006-PI/TC, de fecha 13 de junio de 2006. El TC coincidió en todas sus sentencias que, la jurisdicción militar era incompatible con la vigencia de los principios de independencia e imparcialidad judicial y el de unidad y exclusividad judicial.

Actualmente, se encuentra vigente la Ley N° 29182, “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, representando un modelo como los anteriores, vulnerando los principios básicos jurisdiccionales y no ajustándose a los más elementales principios de un Estado de Derecho que la Constitución garantiza. Asimismo, el TC se ha pronunciado a través del Exp. N° 1605-2006-PHC/TC, de fecha 11 de enero de 2008. Al respecto, menciona lo siguiente: “Esta nueva ley, supone una “rebeldía legislativa” dado que vulnera la autoridad de cosa juzgada en lo que se refiere a las sentencias del TC y el Congreso incumple con su deber constitucional de legislar sobre una materia respecto de la cual este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo antes decidido, situación que sin lugar a dudas pone en riesgo los derechos fundamentales judiciales de aquellos miembros de las FF.AA. y PNP que

puedan ser sometidos a la jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías”²⁴⁰.

Hasta ese momento, parecería que, el TC estaba de acuerdo con los pronunciamientos de la CorteIDH, y que, en todo caso, ha sido el Poder Legislativo el que ha hecho caso omiso a sus recomendaciones. No obstante, sorpresivamente, el 4 de diciembre de 2009 (Exp. N° 00001-2009), el tribunal cambia de opinión totalmente, a lo que venía sosteniendo desde 2004, en su primer pronunciamiento sobre la justicia militar, considerando que los tribunales militares no vulneran los principios de independencia, imparcialidad y el de unidad y exclusividad judicial. La demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra parte de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial. A partir del fundamento 34, menciona lo siguiente:

“Si bien a lo largo de estos años, ha venido sosteniendo la postura de la CorteIDH, en los casos Castillo Petruzzi, Lori Berenson y Cantora Benavides, señalando que la imparcialidad de los jueces militares resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tienen la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos. Además, en el caso Durand y Ugarte vs. Perú la Corte sostuvo que la investigación y sanción de los delitos comunes debe recaer en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no, por lo tanto: “Las sentencias que la CorteIDH ha emitido contra el Perú en materia de justicia militar no han versado sobre el juzgamiento, en la jurisdicción militar, de militares en actividad por la comisión de delitos de función. Este órgano supranacional tampoco ha denegado la posibilidad de que oficiales en actividad desempeñen como magistrados de la jurisdicción militar. Por el contrario, lo que la Corte ha resaltado en las sentencias antes mencionadas es que la jurisdicción militar se establece para sancionar a militares en actividad por la comisión de delitos de función, con la finalidad de mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”²⁴¹.

Sin embargo, eso no es cierto porque ya hemos señalado en el párrafo anterior, en el caso Castillo Petruzzi, la CorteIDH menciona falta de independencia que posee, no sólo para el juzgamiento de civiles sino también para los propios militares, porque de conformidad con la

²⁴⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 1605-2006-PHC/TC, fundamento 7.

²⁴¹ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 00001-2009-AI, fundamento 37-38.

Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Poder Ejecutivo. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores.

Finalmente, como sostiene el magistrado Ernesto Blume: “En esta sentencia el Tribunal Constitucional tergiversó los fallos de la CorteIDH, para justificar que la composición de los tribunales de este fuero, por militares en actividad, no era contraria a las garantías de independencia e imparcialidad. El fallo de análisis significó un cambio de línea jurisprudencial del TC en materia de jurisdicción militar. De hecho, esta sentencia atentó contra la cosa juzgada constitucional, pues se declaró conforme a la Constitución una norma que recogía elementos materiales de leyes anteriores (Decreto Ley N° 23201 y Leyes N° 28665 y 28934) que habían sido declaradas inconstitucionales respecto de los dispositivos relativos a la composición de los tribunales militares por miembros de las Fuerzas Armadas en situación de actividad, o al hecho de que fuesen nombrado por el Poder Ejecutivo (en el caso de vocales supremos) y por el Tribunal Supremo Penal Militar (en el caso de los tribunales de inferior jerarquía)”²⁴².

Podemos concluir entonces, que la adopción por parte del TC, de la línea jurisprudencial de la CorteIDH, no siempre ha sido así, y que, en todo caso, el Estado peruano, aunque no expresamente, ha utilizado uno de los argumentos de defensa que presentó en el caso Castillo Petruzzi: “El Perú tiene la facultad soberana de dictar las leyes necesarias e investigar, procesar y condenar a todas aquellas personas que dentro de su territorio cometan actos delictivos”²⁴³. Precisamente es esta facultad soberana, la que permite al Estado, tener un margen discrecional o de libertad, para ocuparse de sus problemas y darle solución internamente, a través de la promulgación de leyes y sanciones, y no siempre deberá seguir al pie de la letra las recomendaciones formuladas por un órgano supraestatal que no conoce la situación que puede estar atravesando un país. En consecuencia, de lo que nos ocuparemos más adelante es del margen de apreciación nacional, mecanismo implementado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁴² BLUME FORTINI, Ernesto (2015). El diálogo interjurisdiccional entre la Corte Interamericana de derechos humanos y el tribunal constitucional del Perú..., op.cit., pp.102.

²⁴³ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 98.

3.3. Técnicas de diálogo interjurisdiccional para mejorar la interacción entre el derecho interno y los órganos internacionales que supervisan la aplicación de los tratados. El fin de la Segunda Guerra mundial demostró a la comunidad internacional que, el contar con un sistema de garantías y el reconocimiento de derechos fundamentales en un texto constitucional no garantizaba que ninguna persona iba a estar exenta de sufrir un perjuicio dentro de su sistema jurídico, y que los responsables de estos ataques podían escapar del poder de supervisión o fiscalización de un Estado. En consecuencia, los aliados luego de la victoria sobre el régimen nazi, buscaron la forma de remediar todos los daños causados sancionando a los altos mandos responsables de la comisión de graves crímenes contra los derechos humanos, promoviendo el principio de prohibición de uso de la fuerza e instaurar un sistema de supervisión internacional basado en el principio de cooperación o colaboración, rechazando cualquier enfrentamiento. Esto permitió que Europa diera el primer paso de implementación, aprobándose el CEDH y sus dos órganos, la Comisión Europea de Derechos Humanos, que funcionó hasta 1998, y la Corte poniendo en marcha el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. En América, tardó un poco más la implementación de un sistema de supervisión, haciéndolo por fases. En 1959, nace el primer órgano del sistema, la CIDH, con competencias directas en materia de derechos humanos dentro de la OEA. Posteriormente, no fue hasta 1969 que la CADH amplió las potestades de la CIDH convirtiéndola en un órgano de naturaleza cuasi judicial que labora conjuntamente con el segundo miembro del sistema, la CorteIDH-completando el SIDH- que no pudo constituirse hasta 1979. Asimismo ambos sistemas cuentan con dos instrumentos de interpretación judicial, provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de los mecanismos que relacionan al Derecho nacido en sede estatal con el Derecho que nace en sede internacional, siendo el margen de apreciación nacional y el control de convencionalidad²⁴⁴.

El DIDH es un instrumento importante que sirve para completar y perfeccionar al ordenamiento jurídico interno, no para reemplazarlo. No obstante, se debe tomar en cuenta que cuando se pretende trasladar el DIDH al ordenamiento jurídico de un Estado, tenemos que apreciar que ésta tiene características comunes con el Derecho Internacional Público, que terminan convirtiéndose en problemas u obstáculos para su aplicación. La primera característica, es la falta de un exclusivo órgano normativo que desempeña la labor de protección y protección de derechos humanos, coexisten dos, un sistema regional y un sistema

²⁴⁴ MOSQUERA MONELOS, Susana. (2016) El control de convencionalidad como herramienta necesaria de diálogo entre la CorteIDH y el juez nacional, julio 2016, Lima, *Gaceta Constitucional*, tomo 103, pp. 16-17.

universal de los derechos humanos. Por lo tanto, lo que genera que ante un problema o situación se presenten dos posturas o respuestas que pueden coincidir o ser contrarias entre sí, no existiendo una verdad absoluta²⁴⁵.

La segunda característica, consiste en que, el que se encuentra vinculado al cumplimiento de los compromisos internacionales, es el Estado como sujeto primario del Derecho Internacional, y será quien decida si los cumple o no, salvo que nos encontremos ante una norma *ius cogens*, que tiene el carácter de obligatorio cumplimiento. La decisión que tome un Estado dependerá de los intereses nacionales que existen de por medio, condición que termina generando un problema en el momento de cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos humanos²⁴⁶.

La tercera característica, es que a los tratados de derechos humanos se les aplica el Derecho Internacional de los tratados. En ese sentido, si bien los tratados de derechos humanos, surgen y se negocian en el ámbito internacional, posteriormente recaerán en el ordenamiento interno de un Estado, que tendrá la potestad de escoger el instrumento de recepción, el valor y rango que le otorga al tratado en su ordenamiento jurídico²⁴⁷.

La cuarta característica, nos menciona que, la vía de reclamación de responsabilidad funciona ante la inobservancia de una obligación internacional consentida en un momento por un Estado. No obstante, el sistema de reclamación de responsabilidad en los tratados de derechos humanos ha ido evolucionando, habilitando la posibilidad a los ciudadanos de acudir directamente ante los órganos internacionales y presentar denuncia contra su Estado. Asimismo, esta situación será conocida rápidamente por la comunidad internacional, porque cualquier interesado podrá seguir de cerca el expediente que se le abrirá al Estado, debido a su carácter público, dejando al Estado, vulnerable a las críticas de la opinión pública internacional²⁴⁸.

La quinta característica, destaca la prohibición de la violencia como instrumento para obligar al cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Sin embargo, cuando se presenta una queja o denuncia ante el sistema supranacional, el Estado no reconoce la autoridad de éste para decirle lo que tiene que hacer. Por lo tanto, los Estados parte deben comprender que es único medio que tiene para restablecer la vigencia de la norma internacional vulnerada²⁴⁹.

²⁴⁵ Ibidem, pp. 18.

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ Ibidem, pp.19.

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Ibidem, pp.20.

Finalmente, la sexta característica, resalta la facultad que le han otorgado a la persona para denunciar a su propio Estado que ha incumplido con respetar la obligación internacional asumida. Donde a los Estados les cuesta aceptar que un simple ciudadano puede comprometer su imagen frente a la comunidad internacional. Es así que, ante este escenario, la profesora Susana Mosquera, sostiene que, “resulta urgente y esencial, establecer puentes de comunicación entre el sistema jurídico interno y el sistema internacional, siendo una alternativa la implementación del margen de apreciación nacional como el control de convencionalidad como herramientas adecuadas para tender ese puente y lograr el diálogo entre los dos niveles jurídicos”²⁵⁰.

El control de convencionalidad, es un instrumento utilizado en el sistema interamericano, y surgió por primera vez, en el caso *Almonacid Arellano vs Chile* (2006). En este caso, la Corte mencionó lo siguiente:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CorteIDH, intérprete último de la CADH”²⁵¹.

En consecuencia, el control de convencionalidad, es una obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de cada Estado parte y radica en comprobar la coincidencia entre las normas internas de un Estado con la CADH, para realizar esta labor el órgano jurisdiccional competente debe tener en cuenta los tratados internacionales que el Estado es parte y la jurisprudencia de la CorteIDH. Asimismo, deberá anular las normas que vayan en contra a la CADH o interpretarlas de acuerdo a la CADH²⁵².

²⁵⁰ Ibidem, pp. 20-21.

²⁵¹ CorteIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

²⁵² CorteIDH. *Control de convencionalidad*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, 2015, San José, Costa Rica, pp. 6.

Asimismo, este instrumento tiene concordancia con el mecanismo utilizado por los Estados en el ámbito interno, el control de constitucionalidad. De esta manera, el operador jurídico se sentirá familiarizado con la aplicación de este mecanismo internacional porque tiene la misma función. En consecuencia, lo que quiere lograr este mecanismo es reforzar la implementación del tratado en sede nacional, porque la CADH en el ámbito interno de los Estados es difícilmente conocida²⁵³.

Esta técnica, tiene como base que, el sistema supranacional no será el primero en actuar ante el desacato de una obligación o compromiso internacional, su labor se aplicará en relación a los principios de complementariedad y subsidiariedad porque reconoce que el órgano jurisdiccional es el indicado para conocer perfectamente su situación actual²⁵⁴. En ese sentido, la CorteIDH consideró en el caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia lo siguiente:

“La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el SIDH, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el SIDH, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”²⁵⁵.

Por lo tanto, si esa técnica es usada adecuadamente, puede cooperar a la aplicación coherente, ordenada y armónica del ordenamiento interno de los Estados parte²⁵⁶.

Por otro lado, el margen de apreciación nacional, es el mecanismo aplicado en el sistema europeo de protección de derechos humanos. Apareció cuando los órganos del sistema

²⁵³ MOSQUERA MONELOS, Susana. *El control de convencionalidad como herramienta...*, op.cit, pp. 24.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ CorteIDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párrafo 142.

²⁵⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José (2013). El control de convencionalidad en el Perú, Lima, *Pensamiento Constitucional* N° 18, pp.224.

europeo interpretaron el artículo 15 del CEDH, que establece lo siguiente:

“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional (...)”.

Esta disposición reconoce la facultad discrecional de los Estados para restringir algunos derechos ante una situación de emergencia, sin que esto signifique que las acciones adoptadas en este contexto sean sometidas a supervisión por parte de la Comisión²⁵⁷. Las primeras manifestaciones de esta técnica se dieron en los casos Grecia contra Reino Unido, Lawless contra Irlanda y, Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos contra Grecia. Por ejemplo, en el caso Lawless contra Irlanda, el ciudadano Gerard Richard Lawless, quien había pertenecido al Ejército Republicano Irlandés (IRA), fue detenido y recluido en un campo de detención militar, por el gobierno irlandés entre los meses de julio y diciembre de 1957 sin ser puesto a disposición judicial, razón por la cual presentó una demanda ante el TEDH. Ante esto, el Tribunal resolvió lo siguiente:

28. “(...) el Tribunal, después de su estudio, piensa que se daba tal supuesto; que la existencia en ese momento de una «emergencia pública que amenaza la vida de la nación» fue deducida razonablemente por el Gobierno irlandés de una conjunción de varios factores, entre otros, principalmente: en primer lugar, la existencia dentro de la República de Irlanda de un ejército secreto dedicado a actividades anticonstitucionales y que empleaba la violencia para alcanzar sus propósitos; en segundo término, el hecho de que este ejército estaba asimismo operando fuera del territorio del Estado y, por consiguiente, comprometiendo gravemente las relaciones de vecindad de la República de Irlanda; en tercer lugar, el crecimiento progresivo y alarmante de las actividades terroristas desde el otoño de 1956 y, muy especialmente, en la primera mitad del año 1957”.

29. “Considerando que, a pesar de la gravedad de la situación, el Gobierno había conseguido felizmente, utilizando medios previstos en la legislación ordinaria, mantener el funcionamiento más o menos normal de las instituciones públicas, pero que la emboscada homicida de la noche del 3 al 4 de julio de 1957 en el territorio de Irlanda del Norte, cerca de la frontera, había llevado al convencimiento la víspera del 12 de julio -fecha que, además, por razones históricas, es particularmente crítica para el mantenimiento de la paz y del orden público- de que existía

²⁵⁷ LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo (2017). La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, *Lex* N° 19, pp. 55-56.

un peligro inminente en función de las actividades continuas e ilegales del IRA y de los grupos asociados, llevadas a cabo en Irlanda del Norte, pero cuyas bases estaban en el territorio de la República de Irlanda”.

30. “Considerando, en conclusión, que el Gobierno irlandés estaba justificado para declarar que existía una emergencia pública en la República de Irlanda que amenazaba la vida de la nación y, por consiguiente, se hallaba facultado para aplicar las disposiciones del artículo 15, párrafo 1, del Convenio con el fin para el que estas disposiciones están previstas, es decir, tomar medidas que deroguen las obligaciones que se desprenden del Convenio”²⁵⁸.

Por lo tanto, el TEDH, consideró que el gobierno irlandés, no había vulnerado los derechos reconocidos en la CEDH, debido a que, la detención se vio justificada en el contexto de alarma que estaba causando los ataques terroristas, por tanto, el Estado, aplicó adecuadamente el artículo 15 de la CEDH, con la finalidad de proteger la vida de la nación. Sin embargo, no fue hasta 1971, cuando el TEDH utilizó por primera vez la expresión de “margen de apreciación”, en el caso de Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica, donde sostiene que la captura de unos vagabundos no transgredió el artículo 8.2 de la CEDH porque el Estado pudo tener argumentos válidos e inexcusables para proteger la tranquilidad e impedir los daños contra la salud, el prestigio y la moral de otros²⁵⁹.

Asimismo, esta doctrina debe ser comprendida como un criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su creación tiene su fundamento en la carencia de acuerdo entre los Estados parte de un tratado, en consecuencia, los tribunales regionales están imposibilitados de formular un método de interpretación unificada²⁶⁰. En consecuencia, en algunos supuestos es permisible la ponderación de los derechos humanos, por lo tanto, ante estas situaciones, el órgano jurisdiccional supranacional debe inhibirse de realizar valoraciones que en un primer momento le competen a un Estado. Por lo tanto, esta doctrina consiste en otorgarle a los Estados un margen discrecional para adoptar las acciones que crea conveniente ante una situación de emergencia, así como, restringir el ejercicio de algunos derechos reconocidos en los dispositivos internacionales con la finalidad de resguardar a la sociedad y sus derechos,

²⁵⁸ TEDH. *Caso Lawless vs Irlanda*. Sentencia de 1 de julio de 1961, párrafos 28-30.

²⁵⁹ BARBOSA DELGADO, Francisco (2012). El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática. En NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P. (Coord.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 57-58.

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 53.

delimitando el contenido y desenvolvimiento de cada uno de los derechos en cada caso concreto²⁶¹.

Los límites de este mecanismo, se encuentran en el poder del Estado frente a situaciones de emergencia al interior de su territorio. Asimismo, para su aplicación se debe cumplir con condiciones indispensables: la existencia del Estado de derecho- Estado y justicia- y, en segundo término, la presencia de una sociedad democrática. La existencia de un Estado, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, es una condición previa para el procedimiento de consentimiento y firma de cualquier tratado. Entonces, el responsable del cumplimiento de las obligaciones internacionales producto de la firma de un tratado es el Estado. Además, en el marco a la noción de Estado se le agrega la connotación de derecho, dotándolo de una noción de una unidad y coherencia de su sistema jurídico. El concepto de Estado posee 3 elementos: un elemento personal que es la nación, un elemento material que es el territorio y un elemento formal que es la soberanía²⁶². La nación, implica una comunidad vinculada a través de la ciudadanía que habita en un territorio, donde a los ciudadanos se les reconoce derechos y deberes por ser integrantes de una misma sociedad y es este reconocimiento el que convierte a una sociedad en país. La soberanía, es definida como un elemento del Estado vinculado a la noción de territorio, los Estados son entes territoriales que ejercen el control en el marco de sus respectivos territorios, con exclusión de los poderes de los otros entes soberanos. Desde el punto de vista de su responsabilidad nacional o internacional, el Estado se obliga por lo que ocurra dentro de sus fronteras, es decir, dentro de su territorio²⁶³.

Asimismo, la organización de un Estado incluye la creación de un sistema armónico de normas. Por ello, la justicia emanada de ese sistema ordenado y armónico es un factor trascendental para la elaboración adecuada de un margen nacional de apreciación. El Estado a través de sus jueces debe aplicar adecuadamente la justicia y lograr así que su margen de

²⁶¹ NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012). Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. En NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P. (Coord.). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 5-6.

²⁶² BARBOSA DELGADO, Francisco (2012). El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos..., op.cit, pp. 61-63.

²⁶³ REMIRO BROTONS, Antonio et al., Derecho internacional, Madrid, Mc Graw Hill, 1997, pp. 76. Citado por BARBOSA DELGADO, Francisco. El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática. En NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P. (Coord.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 64.

apreciación en torno a los derechos humanos se encuentre conforme a los estándares internacionales²⁶⁴.

Finalmente, para una adecuada aplicación de esta doctrina, necesitamos una sociedad democrática. La sociedad es definida como un conjunto de personas que buscan un fin general o particular. Además, la forma de establecer el diálogo entre la sociedad y el Estado, se da a través de la democracia, cuya existencia depende de su aceptación dentro del Estado, lo que de suyo hace a que éste le atribuya el carácter de Estado de derecho²⁶⁵.

Hans Kelsen sostiene que, “la democracia no puede ser entendida sin la existencia de libertad e igualdad”. Esta postura nos enseña que, en el ámbito de los derechos humanos es imprescindible la democracia y cómo factores intrínsecos de la misma, como la libertad e igualdad, coinciden con la arquitectura teórica de los derechos humanos²⁶⁶.

Desde el derecho internacional, la doctrina francesa ha entendido a la sociedad democrática como un conjunto de tres elementos esenciales: el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto²⁶⁷. El primero, es entendido como el espacio de acción en una sociedad en la cual no sólo deben respetarse el derecho de las mayorías, sino también el de las minorías. La tolerancia es definida como una línea de conducta que consiste en dejar vivir a otra persona conforme a sus principios, a los cuales uno no adhiere. Por último, el espíritu abierto, está referido a la actitud de aceptación que debe existir en una sociedad democrática²⁶⁸.

3.4. La aplicación del margen de apreciación nacional en el caso Castillo Petruzzi. El Perú, entre los años ochenta y noventa, se enfrentó a un gran problema que fue la aparición de grupos subversivos que pretendían tomar el poder, bajo cualquier costo, acabando con la vida de ciudadanos inocentes, afectando la propiedad pública y privada.

Ante esta situación el gobierno peruano, se vio obligado a adoptar medidas urgentes. Una de las medidas que puso en marcha es la declaración de estado de emergencia en las zonas

²⁶⁴ BARBOSA DELGADO, Francisco (2012). El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos..., op.cit., pp. 67-69.

²⁶⁵ Ibidem, pp. 70.

²⁶⁶ KELSEN, HANS, La démocratie, sa nature, sa valeur, Paris, Economica, 1998, pp.16 y ss. Citado por BARBOSA DELGADO, Francisco. El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática. En NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P. (Coord.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, 2012, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 72.

²⁶⁷ TEDH. *Caso Parti communiste unifié de Turquie vs. Turquía*, 30 de enero de 1998, pp. 43. Citado por BARBOSA DELGADO, Francisco. El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática. En NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P. (Coord.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, 2012, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 72.

²⁶⁸ BARBOSA DELGADO, Francisco (2012). El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos..., op.cit. pp. 73.

afectadas por los ataques terroristas, a su vez, esta declaración le otorgó poderes excepcionales que le permitieron brindarle a las FF.AA. la facultad de proteger la seguridad nacional, así como, limitar el ejercicio de derechos fundamentales.

Posteriormente, se centraría en regular el delito de terrorismo, además, de asignarle un grupo de normas que regularían el proceso penal y un tribunal especializado para su juzgamiento. Los hechos suscitaron en tres periodos de gobierno, sin embargo, sería durante el último gobierno, es decir, el mandato de Alberto Fujimori donde la situación se complicaría por la inacción de los anteriores gobiernos, para detener el avance terrorista, encontrándose con organizaciones terroristas ya consolidadas y por las medidas inmediatas que se ejecutaron para acabar con los grupos subversivos.

Es así que, el 6 de abril 1992, se promulga el Decreto Ley N° 25418, que regula las bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, dentro de estas destacaba la disolución del congreso, la necesidad de emitir una nueva Constitución, la adopción medidas drásticas para combatir el terrorismo y el compromiso de respetar los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano. Mencionamos esto, porque fue un año después (14 de octubre de 1993), serían capturados los cuatro ciudadanos chilenos, que pertenecieron al grupo subversivo Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), que habían secuestrado al empresario Raúl Hiraoka Torres, siendo acusados del delito de traición de la patria. Desde el 13 de agosto de 1992, empezó a regir en el ordenamiento jurídico peruano el Decreto Ley N° 25659, que regulaba el delito de traición a la patria, situación que debía conocer un tribunal militar. Por lo tanto, lo que en realidad se les imputó fue su accionar terrorista, que configuraba para el legislador peruano un terrorismo agravado, sin embargo, no tenía relación con el concepto que podríamos hacer de traición a la patria.

Los ciudadanos chilenos, luego de ser capturados los trasladaron a la DINCOTE, ente encargado de la etapa de investigación, que los mantuvo detenidos desde el 14 de octubre hasta el 20 de noviembre de 1993, sin ser puesto a disposición judicial, además, no se les concedió la posibilidad de contar con un abogado defensor para que pueda estar presente en las diligencias que se lleven a cabo, no se les informó sobre los cargos que se les imputaba ni se les mostró el expediente de la causa, por lo cual no tuvieron la oportunidad de defenderse. En la etapa de instrucción, contaron con la presencia de su abogado, sin embargo, no pudieron entrevistarse con él hasta después de la sentencia de primera instancia. Asimismo, los abogados no pudieron conocer las pruebas y cargos durante la declaración instructiva, ni conainterrogar a los testigos o funcionarios de la DINCOTE que participaron en la fase de investigación y sólo tuvieron acceso a los expedientes, un día antes a la lectura de la sentencia

y consultarlos sólo por una hora, debiendo ese mismo día preparar alegatos para presentarlos al Juez Instructor Militar, sometiéndose a un proceso sumario.

En consecuencia, fueron condenados a cadena perpetua como autores del delito de traición a la patria. Además, los recursos de apelación y nulidad fueron admitidos, sin embargo, confirmaron la sentencia de primera instancia. Si bien se les concedió la oportunidad de revertir la situación de los imputados, estaba claro que, era una mera formalidad porque si desde la detención se cometieron arbitrariedades, como la restricción del derecho de defensa, y desde ese momento ya había una decisión única formada, y lo único que hicieron los jueces fue plasmarla en la sentencia de primera instancia, lo lógico era que en las demás instancias seguirían adoptando la misma decisión.

Posteriormente, el caso llegó a instancias internacionales, para ser más específico ante la CorteIDH. El Estado peruano ante la acusación de vulneración de los derechos reconocidos en la CADH, tuvo como argumento de defensa lo siguiente: “El Perú tiene la facultad soberana de dictar las leyes necesarias e investigar, procesar y condenar a todas aquellas personas que dentro de su territorio cometan actos delictivos”²⁶⁹. Precisamente es esta facultad soberana, la que permite al Estado, tener un margen discrecional o de libertad, para ocuparse de sus problemas y darle solución internamente, a través de la promulgación de leyes y sanciones, y no siempre deberá seguir al pie de la letra las recomendaciones formuladas por un órgano supraestatal que no conoce la situación que puede estar atravesando un país. En consecuencia, el Estado peruano lo que hizo fue aplicar la doctrina del margen de apreciación nacional. Sin embargo, debemos analizar si las medidas que adoptó justificaron la aplicación del margen de apreciación nacional.

Esta doctrina le reconoce a los Estados, la posibilidad de implementar medidas excepcionales ante una situación de emergencia, y dentro de estas medidas se encuentra la restricción de derechos. Sin embargo, para aplicar este mecanismo se necesita cumplir con los siguientes requisitos: un Estado de derecho- Estado y justicia- y una sociedad democrática.

En los años noventa, el Perú vivía en una situación de emergencia producto del avance de los grupos subversivos por todo el territorio peruano, abriendo la posibilidad de declarar estado de emergencia en las zonas afectadas y justificar la adopción de medidas excepcionales, como un mecanismo de necesidad ante los ataques terrorista que atentaban contra la vida de los ciudadanos. Sin embargo, cuando hablamos de esas medidas excepcionales (restricción de derechos), surge un problema porque no cumplieron con los

²⁶⁹ CorteIDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 98.

principios de proporcionalidad y no discriminación. El principio de proporcionalidad y no discriminación, se vio afectado porque en el caso concreto, hubo una suspensión total del derecho al debido proceso de las personas acusadas del delito de traición patria y terrorismo, considerándolas culpables desde el momento de su captura, sin posibilidad de defenderse. Como lo señalamos en el primer capítulo, el derecho al debido proceso comprende desde el acceso a los órganos de justicia hasta que se realice la ejecución de la sentencia.

Ahora verificaremos si se dio el cumplimiento de los requisitos para su aplicación. En el caso concreto, tenemos a un gobierno que fue elegido por voto popular, pero en 1992 dio un autogolpe de estado, perjudicando a distintas instituciones como el Poder Judicial, el TC, el Poder Legislativo, dejando las decisiones en manos únicamente del Poder Ejecutivo de carácter autoritario, eliminando el principio de separación de poderes. Además, la captura de los subversivos fue llevado a cabo por la DINCOTE, que no le informó los cargos que se les imputaba, sin la oportunidad de contar con un abogado defensor durante la etapa de investigación. Además, fueron trasladados a un tribunal castrense compuesto por militares en actividad que habían intervenido en los operativos de captura y no eran abogados de profesión, yendo en contra de los estándares mínimos que requiere un debido proceso y que no era competente para resolver ésta situación, debido a que, eran personas civiles. De lo que podemos concluir que, nos encontramos ante un gobierno autoritario, y no de un Estado de derecho y las normas que regularon el juzgamiento y aplicadas al caso concreto por los jueces no cumplió con aplicar adecuadamente la justicia, de acuerdo a los derechos humanos y a los estándares internacionales, incumpliendo con el primer requisito.

Con respecto al segundo requisito, podemos evidenciar que, estamos frente a una sociedad que se encontraba afectada no sólo por los ataques terroristas perpetrados por los grupos subversivos, sino también por los actos arbitrarios cometidos por las Fuerzas Armadas en el combate contra el terrorismo, blindando a los militares a través de la Ley N° 26479, que concedió amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, impidiendo que estos funcionarios sean sancionados por los abusos cometidos en los operativos de captura, de detención, investigación y juzgamiento a las personas acusadas de terrorismo, en consecuencia, nos encontramos ante un sistema jurídico que no respeta el principio de igualdad ante la ley. Por lo tanto, los ciudadanos no podían ejercer plenamente sus derechos, y

si eran acusados de un delito de este tipo, sólo les quedaba esperar una sentencia condenatoria-que los podía llevar a la sanción más severa como la cadena perpetua-, porque desde su captura ya eran considerados culpables, incluso si eran responsables de los atentados terroristas, no tuvieron la opción de defenderse hasta que esto sucediera, situación que atravesaron los ciudadanos chilenos. En conclusión, el segundo requisito tampoco se cumplió, impidiendo la aplicación de margen de apreciación nacional, por tanto, ante esta situación era necesaria la intervención de los organismos internacionales.

No obstante, el Informe sobre terrorismo y derechos humanos del año 2000, emitido por la CIDH, en el cual, aunque no lo dice expresamente, reconoce la doctrina del margen de apreciación nacional, permitiendo a los Estados que ante una situación de emergencia que amenaza la seguridad o independencia de un Estado, los elementos del derecho al debido proceso y a un juicio justo puedan ser restringidos, siempre que cumplan con los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, siendo sometidas a la fiscalización de los órganos internacionales competentes.

Entonces, si nos ponemos en el supuesto que, el gobierno de ese entonces hubiese sido un gobierno democrático, y ante una situación que ponía en peligro la independencia y seguridad del Estado, que de hecho se cumplió por la aparición de los grupos subversivos, el Estado pudo restringir ciertos derechos, que en este caso sería el derecho al debido proceso, respetando los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. En consecuencia, de acuerdo con lo permitido por la CIDH, estos derechos pueden ser el derecho a un juicio público, el derecho del acusado a interrogar o a que se interroge testigos en su contra, la posibilidad de restringir el derecho del acusado de ser juzgado por un tribunal competente e imparcial, porque en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, se puede exponer a los jueces y a otros funcionarios relacionados con las actuaciones judiciales, a recibir serias amenazas, que impediría desenvolverse adecuadamente a lo largo del proceso, situación similar a la del testigo, garantizándole al acusado el derecho a impugnar la competencia, la independencia o la imparcialidad del tribunal que lo juzgue.

En conclusión, sí existía la posibilidad de que el Estado peruano y colombiano, pudieran realizar restricciones a algunos derechos dentro de la situación de tensión que se vivía por los atentados terroristas y el narcotráfico, sin haber sido cuestionado su accionar si hubieran actuado legítimamente, sin embargo, se cometieron muchos abusos, impidiendo por todos los medios que el acusado pueda defenderse. El informe que realizó la CIDH, le da la posibilidad a los Estados miembros de poder restringir el derecho del acusado a ser juzgado por un tribunal competente e imparcial, con la finalidad de resguardar la vida de los magistrados. En

consecuencia, se pudo implementar la figura de los jueces sin rostro, pero abriendo la posibilidad de permitir al imputado, de impugnar la competencia, la independencia o la imparcialidad del juez a cargo del caso.

Asimismo, en el siguiente apartado nos centraremos únicamente en el derecho a ser juzgado por un tribunal competente e imparcial, y para esto retomaremos la pregunta que fue planteada al finalizar el segundo capítulo, en relación a la implementación de la figura de los jueces sin rostro, en situaciones excepcionales, como la aparición de grupos subversivos que amenacen la seguridad e independencia del Estado: ¿Existía la posibilidad que el derecho a la vida no sólo de los magistrados sino también de toda una sociedad- que dependía su bienestar de las decisiones judiciales que se adoptaran-, esté por encima de las garantías a un debido proceso de los terroristas, y de esta manera restringir mínimamente sus derechos?

3.5. ¿Existe la posibilidad de implementar a los jueces sin rostro para los casos de terrorismo? El ámbito jurídico le reconoce un grupo de derechos a la persona humana por su condición de ser persona, no obstante, estos derechos reciben distintas denominaciones como, derechos constitucionales, derechos fundamentales y derechos humanos²⁷⁰. En el Perú no existe una diferenciación entre estos términos por lo que se puede utilizar cualquiera de estas locuciones²⁷¹. El reconocimiento de estos derechos se encuentra establecido en disposiciones constitucionales que tienen un carácter de disposiciones normativas, en consecuencia, exigen respeto y cumplimiento de los ciudadanos y de la autoridad gubernamental, por lo tanto, debemos saber cuál es ese contenido esencial de los derechos fundamentales que genera cumplimiento y respeto por parte de los ciudadanos y de la autoridad gubernamental. Entonces, ante una disputa en la que intervienen derechos constitucionales, deberá existir una adecuada labor interpretativa de la disposición normativa y los hechos, generando un resultado justo, definiendo el contenido constitucionalmente reconocido del derecho en el caso concreto, y de esta manera ver cuál de estas pretensiones planteadas por los justiciables merece protección constitucional²⁷².

No obstante, el profesor Luis Castillo, sostiene que, hablar de un contenido esencial de los derechos fundamentales puede suponer que existe un contenido no esencial que puede ser objeto de limitación por el legislador. Sin embargo, debemos considerar que, los derechos tienen un exclusivo contenido constitucional, que vincula directamente a la autoridad

²⁷⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2005). *Los derechos constitucionales elementos para una teoría general*, Lima, Palestra Editores, pp. 30.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 58-59.

²⁷² *Ibidem*, pp. 230-233.

gubernamental y al legislador. Asimismo, en cada supuesto se deberá determinar los alcances del derecho invocado tomando en cuenta las disposiciones constitucionales y las circunstancias que rodean al caso concreto. Los principios de proporcionalidad y razonabilidad nos ayudaran a lograr esta determinación, descartando la posibilidad que estas herramientas nos sirvan para saber hasta qué punto este derecho puede ser restringido. Además, considerar que el contenido de un derecho constitucional no puede ser restringido o limitado bajo ningún supuesto, podría suponer que este es infinito. No obstante, cada derecho fundamental cumple con una finalidad, por lo tanto, no puede intervenir en la esfera jurídica de otro derecho, no puede extenderse más allá para lo que fue creado. En consecuencia, el contenido constitucional es determinado y el operador jurídico deberá realizar la labor de delimitación del contenido del derecho fundamental²⁷³.

Es común encontrarnos con un conflicto entre derechos fundamentales. Ante esta situación la doctrina conflictivista, menciona que, puede darse el caso que un derecho fundamental ampare una pretensión mientras que el contenido de otro derecho fundamental, exija su rechazo, donde finalmente un derecho estaría sobre otro. Ante esta disputa se proponen dos mecanismos de solución: la jerarquía abstracta de derechos constitucionales y la ponderación o jerarquía concreta de los derechos constitucionales. La primera, sostiene que, la preponderancia de un derecho sobre el otro, dependerá de la consideración que se le tenga a cada uno de ellos por razones ideológicas. La segunda, menciona que las circunstancias del caso en concreto nos ayudarán a determinar qué derecho se encuentra por encima del otro, dejando de lado al derecho de menor respaldo. Sin embargo, la doctrina conflictivista ha sido criticado porque entender que los derechos fundamentales pueden entrar en algún momento en conflicto, y que al final uno terminará pesando más que otro, supone ir en contra del principio de normatividad de la Constitución, porque el derecho que ha sido desplazado pierde su carácter normativo en el caso concreto, en consecuencia, el texto constitucional será visto como una norma que a veces funciona y otras no. Finalmente, vulnera el principio de unidad de la Constitución, que sostiene que, el texto constitucional debe ser interpretado como unidad sistemática, prohibiendo su interpretación de modo contradictorio con otro dispositivo constitucional, porque se considera el supuesto de conflicto entre derechos y que al final deberá prevalecer uno del otro, rechazando uno de ellos. De lo que sí podemos hablar es de un conflicto de las pretensiones presentadas por las partes, es decir la disputa jurídica que solucionará el órgano jurisdiccional²⁷⁴.

²⁷³ Ibidem, pp. 249-256.

²⁷⁴ Ibidem, pp. 374-391.

Rechazada la doctrina conflictivista, actualmente existe un nuevo mecanismo que rechaza la posibilidad de que los derechos fundamentales entren en conflicto y por el contrario propone la vigencia armoniosa de los mismo. Y hablar del ejercicio de los derechos fundamentales conduce inevitablemente a hablar de su contenido. El contenido de un derecho fundamental define el ejercicio del derecho en tanto es el contenido el que establece que es lo que queda dentro y que queda fuera de la protección constitucional a fin de establecer que ejercicio es el permitido y cual no. Determinar el contenido constitucional significa delimitar el contenido constitucional del derecho, que es un contenido limitado, ilimitable y delimitable. Delimitar significa definir qué es objeto de protección constitucional por ser permitidas por el contenido constitucional del derecho y cuales no lo son. La solución ante el conflicto de pretensiones es decidir quien ha ejercido su derecho de acuerdo al contenido constitucionalmente protegido. Lo que debemos es interpretar, tanto de la norma como de los hechos, con la finalidad de saber si las pretensiones que son confrontadas recaen dentro o fuera del ámbito protegido por un derecho constitucional a fin de otorgarles o no protección constitucional²⁷⁵.

Retomando todo lo desarrollado anteriormente, podemos mencionar que, es erróneo hablar de un conflicto de derechos, lo que existe es un conflicto de pretensiones planteadas por las partes, las cuales han sido sustentadas en un derecho fundamental, debiendo delimitarlos y no restringirlos o limitarlos, con la finalidad de saber quién ha ejercido el derecho según su alcance jurídicamente protegido. En consecuencia, si todo esto lo trasladamos a la doctrina del margen de apreciación nacional, lo podemos considerar como la potestad que le otorgan los tribunales internacionales, a los Estados para considerar las situaciones que merecen la adopción de mecanismos en situaciones de emergencia, para poder delimitar adecuadamente los derechos, esto es, determinar qué acciones son objeto de protección constitucional del derecho invocado, que se encuentren en peligro ante esta situación, adoptando una solución justa, que resguarde los intereses de la comunidad. Como ya dejamos claro, el gobierno peruano que era de carácter autoritario, no pudo invocar esta doctrina, debido a que todas las medidas que adoptó eran arbitrarias, y en el caso concreto, no permitió en ninguna situación, la defensa de un imputado acusado de terrorismo.

A continuación, analizaremos el supuesto de un gobierno peruano democrático, que respeta la dignidad humana y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y el principio de separación de poderes, como el que estamos viviendo en la

²⁷⁵ Ibidem, pp. 400-405.

actualidad. Por otro lado, también creemos que, el gobierno peruano vigente, no está cumpliendo su compromiso con la sociedad, dejando de lado al grupo de poblaciones vulnerables, quienes no tienen la posibilidad de acceder a un servicio de salud, educación, saneamiento, vivienda, por mencionar a algunos, necesarios y básicos para el sustento de una persona, siendo absorbido por la corrupción. Por lo tanto, se repite la situación de los años ochenta, un pueblo que no era escuchado, donde sólo un sector de la sociedad era el beneficiado. Asimismo, los terroristas están refugiados en una parte del territorio nacional, que podría retomar la lucha subversiva, teniendo el posible apoyo de la población porque habiendo pasado casi cuarenta años y la situación sigue siendo la misma.

Prueba de ello, es un informe especial publicado el 24 de marzo de 2019, por el diario El Comercio titulado "En el 2019, en el Perú aún hay comunidades que escapan del terrorismo. Estos son sus testimonios". Enrique Vera, que es el encargado de la investigación, nos presenta a Jerónimo, un poblador de Libertad de Mantaro, distrito de Santo Domingo de Acobamba (Junín), quien da su testimonio y cuenta que, actualmente los pobladores de este sector vienen siendo amenazados de muerte por una columna de Sendero Luminoso que se denomina Militarizado Partido Comunista del Perú (MPCP). Asimismo, han acabado con la vida de los pobladores que se niegan al adoctrinamiento, y un Estado que se muestra indiferente ante esta situación. Una comunidad que no cuenta con servicios básico y no cuentan con carreteras, no pueden ingresar vehículos por lo que necesitan caminar para movilizarse. En consecuencia, ha obligado a un grupo de pobladores a dejar sus viviendas y migrar hacia otro lugar más seguro, dejando sus cultivos y ganado, que son su principal herramienta para subsistir. Cabe precisar que, Elena Ramos, directora general a cargo de la Dirección de Desplazados y Cultura de Paz, sostiene que desde aquel periodo subversivo que se desarrolló entre los años 1980 y 2000, el terrorismo no había generado un desplazamiento como el que iniciaron el año pasado los campesinos de Libertad de Mantaro y Vizcatán de Ene²⁷⁶.

En lo que respecta a la legislación terrorista, sólo se encargó de derogar leyes, sin tomar en cuenta que el problema puede suceder nuevamente, y sin tener los mecanismos adecuados para no cometer los errores del pasado, es decir, la vulneración de derechos fundamentales.

Finalmente, uno de los aportes que podemos proporcionar, ante la posible aparición de grupos subversivos, es la implementación de los jueces sin rostro. Para esto, debemos considerar que el principal obstáculo que tiene la implementación de este mecanismo es la

²⁷⁶ VERA Enrique. *En el 2019, en el Perú aún hay comunidades que escapan del terrorismo. Estos son sus testimonios*. Recuperado el 24 de marzo de 2019, de <https://especiales.elcomercio.pe>.

vulneración del derecho al juez natural. Asimismo, debemos recordar cuál es el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, que fue analizado en el primer capítulo de este trabajo de investigación, para finalmente ver las circunstancias que concurren en la adopción de este mecanismo.

El derecho al juez natural, forma parte del debido proceso, y consiste en que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdicciones de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. Asimismo, implica que se cumplan dos exigencias, que el juez o el órgano tenga potestad jurisdiccional, es decir, que sea correctamente investida previamente, con esa atribución, evitando así, ser enjuiciado por un juez excepcional, o una comisión especial creada con la intención de desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación y la determinación de la competencia de dicho juzgador sea prevista anteriormente por ley, debe existir con anterioridad al inicio del proceso, evitando así, ser juzgado por un juez post facto o por un juez ad hoc. Además, este juez o tribunal debe ser independiente e imparcial. El primero, determina que, el órgano jurisdiccional no debe tener ningún tipo de presión ni poder más allá de la ley, debe ser independiente. Para ello, se deben adoptar ciertas medidas (separación de poderes, estabilidad en el cargo, adecuada preparación profesional, publicidad de sus resoluciones, etc.) que garanticen una actuación con libertad, sin presiones extrajudiciales, y solo conforme a ley, es decir, que los jueces administren justicia con independencia real. Asimismo, quien administra justicia debe ser imparcial, el juez tiene que ser ajeno al conflicto que le plantean las partes.

Habiendo delimitado el contenido constitucional de este derecho, ahora debemos tomar en cuenta que, este fue invocado por las personas acusadas de terrorismo, siendo vulnerado. Partiendo de este punto, ellos consideraron en primer lugar que, este derecho se vio vulnerado porque fueron juzgados por un tribunal militar, es decir un tribunal de excepción, que no cumplía con el respeto de las principales garantías dentro del proceso, dejando de lado a los tribunales ordinarios que son los que previamente de acuerdo a ley están destinados a cumplir con esta función jurisdiccional. El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas.

En segundo lugar, otro aspecto de este derecho que fue vulnerado, es la imparcialidad del juzgador porque las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos.

Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.

Finalmente, con relación a los jueces sin rostro, vulneraba el principio de imparcialidad e independencia judicial, porque no conocer la identidad de la persona que está llevando a cabo tu juzgamiento, implica que este deje de ser un tercero imparcial en el proceso, porque es lógico pensar que, los jueces, inclinen su decisión hacia una de las partes, porque los delincuentes estaban amenazando su integridad y la independencia se ve vulnerada porque al no conocer la identidad de los magistrados, existe la posibilidad de que fuerzas ajenas al proceso o extrajudiciales puedan coaccionar para que ejerza su labor jurisdiccional en contra de los acusados.

Ahora toca analizar, si lo que fundamentaron como argumentos de defensa, entra dentro del contenido constitucional del derecho al juez natural. Como podemos apreciar, lo que se critica básicamente en la implementación de la justicia sin rostro es que vulnera la independencia e imparcialidad judicial, siendo una parte importante del derecho al juez natural. Sin embargo, tomando en cuenta que nos colocamos en el supuesto de la existencia de un Estado de Derecho, la pretensión que ellos alegan desde nuestro punto de vista, no encaja dentro del marco de protección de este derecho, y esto porque este mecanismo será ejercido por tribunales especiales, compuesto por jueces penales que sean civiles y no militares, para analizar un delito complicado y especial por su configuración y estructura, que han sido previa y correctamente investidos de potestad jurisdiccional, por la nueva Junta Nacional de Justicia, organismo que designará a jueces y fiscales bajo el respeto de los principios de probidad, transparencia y posteriormente, designados de acuerdo a ley, para desempeñar la labor específica del juzgamiento de los casos de terrorismo, con esto lograremos que el derecho al juez natural y el principio de independencia judicial no se vea vulnerado, garantizando la presencia de jueces incorruptibles y que orienten su labor en búsqueda de una decisión justa y de acuerdo a derecho. Asimismo, con respecto, a la vulneración del principio de imparcialidad judicial por parte de los jueces sin rostro, podemos sostener que, en todo caso, ellos son los que transgredieron este derecho y esto porque al conocer la identidad de los magistrados a cargo de sus casos, lo que realizan son amenazas de muerte no sólo a ellos sino también a su círculo familiar y social, afectando también a la

sociedad que no podrá vivir en un ambiente de seguro, obligándolos a adoptar una decisión que favorezca a los terroristas. Está claro, que no sólo los grupos terroristas vulneran el principio de imparcialidad sino también el derecho a la vida de los magistrados.

Como prueba de la amenaza que sufrieron los magistrados peruanos durante el periodo del terrorismo, tenemos a la entrevista que le realizó el diario El Comercio, el 3 de abril de 2013, al ex juez sin rostro, José González López. Él instaló en Chiclayo la corte de magistrados anónimos, figura creada por el Decreto Ley N° 25475, en mayo de 1992 y suprimida el 15 de octubre de 1997. Asimismo, cuenta como un día le tocó juzgar un caso sobre terrorismo y encontró un sobre cerrado en su escritorio, que decía que conocían a su mamá, hermanos, y que los iban a matar. Además, menciona que actualmente esta figura ayudaría a combatir el crimen organizado, disminuir su influencia y hasta desaparecerlo²⁷⁷.

Un ejemplo reciente, es lo que ocurre en México, donde la sociedad se encuentra amenazada por el narcotráfico. El diario mexicano Excelsior, publicó una nota de prensa el 19 de octubre de 2016, titulada: “Jueces sin rostro, una opción para proteger magistrados en casos contra narcos”. En ella recogió la opinión de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), que reconoció que instaurar esta figura protegería la identidad e integridad de los impartidores de justicia en casos que involucran a grandes criminales, luego del asesinato del juez federal Vicente Antonio Bermúdez, quien analizaba casos relacionados con narcotraficantes como Joaquín “El chapo” Guzmán y operadores de Los Zetas. Asimismo, el presidente de la CNDH, Luis Raúl González Pérez mencionó lo siguiente: “A los jueces se les tiene que brindar todo tipo de seguridades para que ejerzan con imparcialidad su labor, los jueces son precisamente quienes aplican el derecho al caso concreto. Toda la sociedad y poderes públicos tenemos que exhortar a que se les den todas las garantías para que puedan hacer su labor sin estas intimidaciones porque el mensaje es muy claro: se busca intimidar y yo creo que México no lo debe permitir”²⁷⁸.

Cabe recalcar que, ante esta situación, las personas acusadas de terrorismo, tienen la posibilidad de hacer efectivo su derecho de defensa, como contar con la presencia de su abogado desde la etapa de su detención. Asimismo, otorgar a la defensa los plazos necesarios para preparar su estrategia y contradecir los argumentos que propone la fiscalía, presentar pruebas e interrogar a testigos. Poder interponer recurso de apelación ante una posible

²⁷⁷ AURELIO ARÉVALO, Juan. *Un ex juez sin rostro da la cara para contar su experiencia*, 3 de abril de 2013. Recuperado el 9 de marzo de 2019, de <https://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/ex-juez-sin-rostro-da-cara-contar-su-experiencia-noticia-1558691>.

²⁷⁸ FIGUEROA ALCÁNTARA, Héctor. *Jueces sin rostro, una opción para proteger magistrados en casos contra narcos*, 19 de octubre de 2016. Recuperado el 9 de marzo de 2019, de <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/10/19/1123090>.

afectación de su pretensión ante un tribunal superior, así como, presentar la recusación de los jueces que lleven a cabo su caso. Debemos precisar que, a cada juez sin rostro se le asignaría un código de identificación, que deberán ser colocados en cada sentencia que emitan y una comisión especial sabrá el código e identidad de cada magistrado, de tal manera que permitan a la defensa a través de ese código, presentar el recurso impugnatorio que le sea más favorable. De esta manera, estaremos garantizando la seguridad y tranquilidad a los magistrados, además, de garantizar las principales garantías judiciales a los imputados.

Por último, señalar que, la figura del juez sin rostro, podría aplicarse no sólo a los casos de terrorismo, sino también a los de crimen organizado y corrupción, que viene afectando gravemente a nuestra sociedad. Además, este mecanismo puede ser aplicado, como lo viene siendo la figura del colaborador eficaz, a quien se le otorga un código con la finalidad de ocultar su identidad, y así pueda brindar con seguridad y tranquilidad información relevante a la justicia. Esto se encuentra regulado actualmente en el Decreto Legislativo N° 007-2017, publicado el 30 de marzo de 2017 en el diario El Peruano. De acuerdo al artículo 8 de esta norma, el fiscal habiendo constatado que la información brindada es útil, relevante y corroborable, nombrará al imputado postulante como colaborador eficaz, asignándole una clave, con la que se identificará durante todo el proceso especial.

Después de haber propuesto un sistema de justicia (justicia sin rostro), para los casos de terrorismo, pensamos que, para que pueda tener la efectividad correspondiente, necesitamos proponer la descripción de la acción típica penal del delito de terrorismo- porque debemos tener en cuenta que actualmente está regulada en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, siendo promulgada durante un estado de emergencia y un gobierno antidemocrático- de esta manera sabremos cuándo estamos ante un delito de terrorismo. Es justamente de lo que hablaremos en el siguiente y último capítulo de nuestro trabajo de investigación.



Capítulo 4

Reflexiones finales, propuesta de regulación y consideraciones de la función del Derecho penal

Cuando entró en vigencia la nueva legislación antiterrorista, en abril de 1992, durante el gobierno de Fujimori, fueron condenados y encarcelados diversas personas acusadas de terrorismo. De este grupo, podremos separar a las personas que pertenecieron efectivamente a organizaciones terroristas y tuvieron participación activa en los diversos ataques de extrema violencia que sufrió la población peruana, por lo tanto, merecedores de una sanción penal, sin embargo, no se respetaron sus derechos dentro del proceso, como lo hemos demostrado hasta el momento; por otro lado, tenemos a las personas acusadas de terrorismo, que finalmente recibieron una sentencia condenatoria, sin haber una prueba de por medio que demostrara su vinculación con los atentados o una organización terrorista, recibiendo una pena de hasta cadena perpetua.

En consecuencia, el 17 agosto de 1996, se aprobó la Ley N° 26655, que instauraba en su artículo 1° “una Comisión Ad Hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del indulto, para quienes se encuentren condenados por delitos de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente, que no habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas”. Solo durante los años que duró Comisión, de 1996 a 1999, se liberaron a 534 inocentes. Asimismo, durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua, se concedió la libertad a 122 personas. Uno de los casos más emblemáticos fue el de María Montenegro, quien laboraba como empleada doméstica y vendedora ambulante en Lima. No obstante, su vida cambió cuando en noviembre de 1993 fue detenida, acusada de quemar una combi vacía llevando el kerosene, por lo que tuvo que pasar más de 7 años en prisión. Cuando fue detenida la Policía la trasladó al fuero militar para que fuese juzgada por traición a la patria. Prueba de lo absurdo de la medida, que resultó absuelta de tal delito en primera instancia (por un juez instructor de la Marina) y en segunda instancia (por el Consejo de Guerra Especial de la Marina). Pero cuando el expediente subió al Consejo Supremo de Justicia Militar, la sentenciaron a 15 años, vulnerando el principio de *reformatio in peius*. Asimismo, nunca se logró probar su participación en este atentado terrorista, hasta que posteriormente le dieron su libertad²⁷⁹. Lo difícil de esta situación es cómo se devuelve todo ese tiempo que ha perdido tras las rejas,

²⁷⁹ EJB. *Expreso: A la cárcel inocentes indultados y sus defensores*, 2008, Lima, Revista del Instituto de Defensa Legal N° 185, pp. 22-23.

tomando en consideración que, ella tenía 3 hijos, uno de ellos falleció por una enfermedad que no pudo tratar por falta de recursos económicos, otro que fue violado y uno que nunca más la quiso ver por el abandono que sufrió por parte de su madre.

De lo anterior, podemos concluir que, el Perú contaba con un sistema de justicia y una regulación del delito de terrorismo que no era la adecuada. Como ya se adjudicó, este apartado final se centrará en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, que regula la acción típica penal del delito de terrorismo. Este artículo es calificado por la doctrina como abstracto, general e impreciso, sin embargo, sigue vigente, a pesar de que proviene de un gobierno antidemocrático que utilizó una legislación de emergencia través de la promulgación de decretos leyes, que son definidos por el TC como “disposiciones de naturaleza jurídica *sui generis* dictadas por un poder de facto que ha reunido para sí –contra lo establecido en el ordenamiento constitucional– las funciones parlamentarias y ejecutivas. Se trata de disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza”²⁸⁰; y todas las consecuencias letales que ha tenido para la vulneración de los derechos fundamentales de las personas acusadas de terrorismo, que en algunos fueron personas inocentes.

Asimismo, ante la actual descripción de una acción terrorista que no se ajusta a derecho, impidiendo tener un punto de partida para sancionar adecuadamente las acciones terroristas, se busca realizar una propuesta. El Derecho penal, actualmente está siendo instrumentalizado por los medios de comunicación y la política, que lo consideran como la única solución a todos los problemas que surgen cada día en la sociedad, de tal manera que, su ámbito de aplicación se va expandiendo, para buscar apaciguar la sensación colectiva de inseguridad de la sociedad. Esto es justamente lo que ocurrió en la época del terrorismo, buscaron abarcar todas las conductas de terrorismo, prueba de ello es la regulación del delito de traición a la patria, que no tenía nada que ver con este delito, sino que se trataba de un terrorismo agravado. Por lo tanto, necesitamos saber en qué consiste lo que Silva Sánchez denomina la expansión del Derecho penal, para evitar caer en una estrategia punitiva negadora de derechos fundamentales, que acabe con las garantías esenciales del Sistema Penal.

²⁸⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia del EXP. N° 010-2002-AI/TC, fundamento 9.

Silva Sánchez menciona que, “la sociedad actual puede ser definida como la sociedad de la inseguridad sentida o del miedo”. En consecuencia, uno de los rasgos más destacables de nuestra sociedad, es el peligro constante y latente de poder sufrir algún daño, generando un clima de inseguridad, impidiendo nuestro desarrollo pleno en la sociedad. Sin embargo, los peligros a los que estamos expuestos cada día, existen, pero en algunos casos los medios de comunicación se encargan de tergiversar la realidad de lo que sucede o vivimos, y lógicamente las personas confían en esta información porque ellos son una fuente confiable, que no se atrevería a engañarlos. Entonces, esto creará un ambiente más tenso donde reine la inseguridad y el miedo. Asimismo, las propias entidades encargadas de combatir la criminalidad nos muestran en muchos casos imágenes distorsionadas de la realidad, acrecentando los niveles de inseguridad. Ante esta situación, los ciudadanos expresan su desesperación y exigen una rápida intervención del gobierno, especialmente al Derecho Penal, que es visto como el superhéroe que debe solucionar todos los problemas que se presenten, dejando de lado la labor de los efectivos policiales quienes son los encargados de intervenir y restituir el orden público, en un primer momento. Por lo tanto, la pretensión social reclama seguridad para la comunidad, donde el Derecho Penal deberá intervenir en los problemas más mínimos, incluso en escenarios que nunca ha entrado, y de ser posible se les retire las garantías que les son reconocidos a un imputado, porque los consideran como obstáculos, y necesitan una respuesta rápida para acabar con este peligro²⁸¹.

No obstante, Silva Sánchez considera que no podemos regresar al antiguo derecho penal liberal, lo que tenemos actualmente es la expansión del derecho penal que está conformado por uno de primera velocidad, que describe un derecho penal carcelario, caracterizado por los principios procesales, las normas de imputación y los principios político-criminales clásicos; el de segunda velocidad, comprende los supuestos en los que no se sancionará con cárcel a los imputados, sino con medidas dinerarias o que restrinjan derechos. Asimismo, aparece un derecho penal de tercera velocidad, caracterizado por la intervención conjunta del derecho penal carcelario y la restricción de derechos y garantías dentro del proceso, que es el Derecho penal del enemigo²⁸², que es justo de lo que hablaremos a continuación.

Se cree que el delito de terrorismo por las consecuencias graves e irreparables que produce en la sociedad, debe ser combatido a través de la doctrina del derecho penal del enemigo, propuesta por el profesor Günther Jakobs, que busca quitarles la categoría de ciudadano a los

²⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2006). *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial B de F Montevideo- Buenos Aires, pp. 28-33.

²⁸² *Ibidem*, pp. 183-184.

delincuentes y relativizar sus derechos convirtiéndolos en enemigos del Estado. Jakobs menciona que, el criminal que frecuentemente vulnera los principios que rigen una sociedad, está inmerso en un conflicto con el Estado, motivo suficiente para quitarle su condición de ciudadano, por lo tanto, debe ser tratado como lo que es, un enemigo. En consecuencia, si una persona constantemente no cumple con los estándares mínimos que se necesita para convivir en sociedad, se le dejará de considerar persona. En los delitos de crimen organizado, abusos sexuales, terrorismo y otras conductas antijurídicas calificadas de muy grave, lo que se quiere es desaparecer un peligro y, el tratar a los delincuentes como objetos y no como personas, permite que el Derecho Penal se adelante, y sancione no la puesta en peligro o afectación de un bien jurídico, que es característica del derecho penal del ciudadano, sino los actos preparatorios, que todavía no han sido exteriorizados para evitar que ocurran situaciones futuras²⁸³.

Para Manuel Cancio, el derecho penal del enemigo ha cobrado notoriedad e importancia en el mundo occidental, tras el atentado del 11 de septiembre de 2001, cometido por individuos especialmente peligrosos. La legislación penal que se viene desarrollando en nuestro continente buscan sancionar a los actos previos a la comisión de un delito, sin tener la plena seguridad que se va a lesionar o poner en peligro un bien jurídico protegido, asimismo, la pena que le imputaran al delincuente será muy elevada y desproporcional. Sin embargo, debemos considerar que la aplicación de este derecho es inconstitucional, porque califican a los delincuentes (principalmente a los terroristas, narcotraficantes), como “malhechores archimalvados”, siendo un peligro en potencia, otorgando potestades a los Estados para someterlos a tratos crueles y muchas veces inhumanos. En consecuencia, esta doctrina no garantiza normas (prevención general positiva), sino se sataniza a los delincuentes, siendo sancionados por su condición, generando un derecho penal de autor. Asimismo, esta doctrina desconoce que la percepción de estos riesgos no produce amenaza o peligrosidad para la sociedad, por lo tanto, es ilógico que sean sancionados por el derecho penal²⁸⁴.

Peña Cabrera, menciona que, “una cosa es un estado de guerra con una nación beligerante, que combatir y contener los efectos devastadores de la delincuencia común. En el Derecho de Guerra, al contrincante se le puede denominar enemigo, mientras que el sujeto infractor de la norma (agente terrorista), se le debe tratar como cualquier ciudadano, al margen de las mayores cuotas de intervención que adquiere el Derecho penal”. Ante una guerra, uno se

²⁸³ JAKOBS, Günther y CANCIO, Manuel (2005). *Derecho Penal del enemigo*, Bogotá, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, pp. 29-32.

²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 44-63.

puede anticipar a una posible embestida, no requiere que se sufra algún daño para poder atacar y así evitar las probabilidades de sufrir un daño grave, no obstante, frente a los delitos, como el de terrorismo, el Estado sólo puede activar su potestad sancionadora cuando exista la puesta en peligro o el menoscabo de un bien jurídico penalmente reconocido. Además, la aplicación del derecho penal del enemigo para algunos delitos trae como consecuencia que, los ciudadanos y los medios de comunicación que se consideran víctimas potenciales reclamen la expansión de esta doctrina hacia otros delitos que generan también gran conmoción social, como los secuestros, violaciones, asesinatos. Por más que se trate de un delincuente terrorista, sobre él irradia también el principio de presunción de inocencia y, sobre él, tiene que acreditarse también, que ha cometido un hecho punible que, con su acción, ha puesto en peligro o lesionado un bien jurídico penalmente reconocido, la punición no puede aplicarse a situaciones de peligrosidad o sospechas, debiendo ser castigado no por lo que es sino por lo que hace. Lo que se quiere a través de esta doctrina no es evitar hechos, sino neutralizar personas²⁸⁵.

Finalmente, del derecho penal del enemigo podemos concluir que tiene tres características esenciales: 1) existe un adelantamiento de la punibilidad de ciertos delitos que son considerados como graves para la sociedad, sancionándose no el hecho cometido sino el hecho futuro, 2) las penas aplicadas son altas y desproporcionales a la conducta antijurídica cometida, 3) existe una restricción de algunos derechos reconocidos a todo acusado dentro del proceso penal que inclusive pueden ser eliminadas. Asimismo, el profesor Percy García, menciona que, “al analizar la legislación penal peruana actualmente vigente se podrá constatar que en determinados ámbitos de regulación de las conductas punibles se ha asumido de manera clara las características constitutivas del llamado Derecho penal del enemigo. Esto lo podemos apreciar fácilmente en los delitos de terrorismo, criminalidad organizada (especialmente, tráfico ilícito de drogas, secuestro y lavado de activos), los abusos sexuales a menores de edad y los delitos de corrupción”²⁸⁶.

Por lo tanto, consideramos que, para proponer una descripción de la acción típica penal del delito de terrorismo, debemos dar por descartada la doctrina del derecho penal del enemigo, debido a que, por más grave que sea las consecuencias de la comisión de este delito, no tenemos que implementar una medida que termine con los derechos fundamentales de los imputados. Además, el Perú es un país que se encuentra adscrito al sistema interamericano de

²⁸⁵ PEÑA CABRERA, Alonso (2012). Los procesos penales especiales..., op.cit., pp. 491-500.

²⁸⁶ GARCÍA CAVERO, Percy (2012). *Derecho Penal parte general*, Segunda Edición, Lima, Jurista Editores, pp-197.

justicia desde hace varias décadas, por tanto, tiene compromisos internacionales que debe de cumplir, y no podemos caer en el mismo problema que ocurrió durante la época del terrorismo, que terminó sentenciando a personas inocentes, por una descripción del tipo penal que era muy imprecisa. Sería irracional tomar a un delincuente como un objeto que no tiene derechos y sentenciarlo por hechos que aún no se han hecho efectivos en la realidad, sino por simples suposiciones, porque nunca tendremos la certeza que se va a cometer un delito hasta que se haga efectivo o exista una puesta en peligro de un bien jurídico, porque no podemos leer el pensamiento de las personas, asimismo, el derecho penal interviene como *ultima ratio*, de tal manera que, si aplicamos esta doctrina el derecho penal debería actuar en *prima ratio*.

Tomando en consideración los dos problemas actuales (la expansión del Derecho penal y el derecho penal del enemigo) que están afectando al Derecho penal actual, ahora para aproximarnos un poco más a la construcción de una descripción de una acción terrorista, debemos saber las opiniones de los órganos interamericanos sobre la regulación del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, en los casos contenciosos ante la CorteIDH.

En 1999, en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú, se mencionó lo siguiente:

“las conductas típicas descritas en los Decretos-Leyes 25.475 y 25.659 -terrorismo y traición a la patria- son similares en diversos aspectos fundamentales. La existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. Asimismo, en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”²⁸⁷.

En consecuencia, recomendaron al Estado peruano adoptar los mecanismos adecuados para reformar las normas que han ido en contra de las disposiciones de la CADH, entre las que destacan el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, y así restablecer a todos los ciudadanos que se encuentran bajo su jurisdicción. la vigencia de los derechos reconocidos en la CADH.

²⁸⁷ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, op.cit., párrafo 119-121.

En el año 2000, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, se mencionó lo siguiente:

“el tipo penal del delito de terrorismo, es abierto, con términos difusos y permite una interpretación amplia. Asimismo, la definición del delito de terrorismo utiliza expresiones de alcance indeterminado en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social”²⁸⁸.

En 2004, en el caso *De la Cruz Flores vs. Perú*, se mencionó lo siguiente:

“el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, vulnera el principio de legalidad penal, al incumplir los requerimientos de taxatividad y certeza sin los cuales es imposible extender garantía y seguridad al ciudadano que no será procesado o condenado por un comportamiento impreciso o mal definido. Se describe el tipo penal sin mucha precisión, establece múltiples conductas sancionables, sin darles ningún tipo de magnitud o cualidad, y menciona la realización de actos contra una diversidad de bienes jurídicos tutelados. Además, la descripción del medio a través del cual se lleva a cabo el acto es también vaga, y el tipo de consecuencias es también muy impreciso”.

“El TC emitió una sentencia el 3 de enero de 2003 en la que se refirió al Decreto Ley N° 25475, y declaró inconstitucionales sólo algunos artículos del mismo. En relación con el artículo 2 del referido Decreto Ley, el cual no fue declarado inconstitucional, no es posible que un texto penal tan mal redactado, con la finalidad de abarcar una cantidad máxima de conductas, pueda ser considerado como una norma que posibilite que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido. Asimismo, en el fundamento N° 78, de la sentencia emitida por el TC, no corrige los vicios de la fórmula típica examinada, pues si se habla de la concurrencia de los tres elementos objetivos, o ‘modalidades’ del tipo, además de la intencionalidad, subsiste aún el dilema en torno a si estamos frente a pluralidad de actos o ante un sólo comportamiento y su resultado material o su móvil o propósito, complementario del dolo”.

“La legislación antiterrorista actual, compuesta por el Decreto Ley N° 25475 y otros decretos complementarios, “son derivaciones de la legislación penal de emergencia” peruana. La solución a este problema es reemplazar la normatividad vigente por leyes, tomando en cuenta la seguridad y tranquilidad públicas, así como el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales y garantías penales y procesales que asistan a cualquier persona que soporta una imputación o cargos criminales”²⁸⁹.

²⁸⁸ CorteIDH *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrafo 153-155.

²⁸⁹ CorteIDH *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrafo 49.

En 2004, en el caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, la CorteIDH, menciona lo siguiente: “la legislación antiterrorista viene siendo modificada, sin embargo, la legislación que no ha sido declarada como inconstitucional y la nueva regulación, debe adecuarse a los estándares de la CADH”²⁹⁰.

Posteriormente, en los casos *García Asto y Ramírez Rojas (2005)*, *J (2013)*, *Galindo Cárdenas (2015)* y *Pollo Rivera (2016) vs. Perú*, se toman en consideración las mismas opiniones de los anteriores casos mencionados o simplemente no tratan específicamente del artículo 2º, sino otros aspectos como la apología y colaboración al terrorismo, juzgamiento a los terroristas, las torturas y tratos inhumanos que sufrieron las personas acusadas de terrorismo, entre otros.

De los casos expuestos ante la CorteIDH, podemos concluir que, el artículo 2º del delito de terrorismo, regula un tipo penal abierto, con términos difusos y permite una interpretación amplia y para la elaboración de este tipo penal es preciso utilizar términos que delimiten perfectamente la conducta punible, respetando al principio de legalidad penal, y es justamente lo que pasaremos a realizar a continuación: la elaboración de la descripción de la acción del tipo penal de terrorismo.

Como lo hemos mencionado a lo largo de este trabajo la figura del terrorismo no tiene un concepto jurídico unificado a nivel interno o internacional, sin embargo, consideramos que es necesario establecer uno, sobre todo en el ámbito interno, porque la regulación que tiene la acción del tipo penal terrorismo no es la más adecuada y, ante una aparición repentina de grupos subversivos, el Estado peruano puede cometer los mismos errores del pasado. En ese sentido, para establecer una adecuada regulación que respete los principales principios del Derecho Penal, hemos analizado los atentados terroristas que ocurren frecuentemente y podemos concluir que la mayoría cumple con las siguientes características: 1) Los actos son llevados a cabo generalmente en grupo, es decir, por una organización terrorista, sin embargo, en algunos casos puede ser realizado por una persona, 2) estos actos son cometidos con extrema violencia contra bienes jurídicos personalísimos que en su mayoría atentan contra la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad pública o privada, 3) para cometer estos actos se necesitan armas de fuego o explosivos, 4) crear un ambiente de temor, inseguridad y terror en la población, 5) teniendo como finalidad alterar o sustituir el orden constitucional. La profesora Mirna Villegas, considera que, los elementos característicos pueden ser agrupados en tres grandes modelos: objetivo, subjetivo y objetivo- subjetivo.

²⁹⁰ CorteIDH *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 248.

El modelo objetivo define el terrorismo a partir de la organización terrorista, considerándola a ésta como base para la configuración del tipo penal, pues la organización es que cumple con todos los requisitos necesarios para la configuración del tipo penal. Sin embargo, al tomarlo como fundamento del injusto penal, se estaría sancionando la mera peligrosidad más allá del ataque a bienes jurídicos penalmente protegidos. No se requiere, por tanto, ningún elemento subjetivo relativo a la finalidad, cayendo en la doctrina del derecho penal del enemigo, sancionando a una persona por simplemente pertenecer a una organización subversivas y no por alguna acción, adelantándonos a algo que todavía no ha ocurrido y que está en la esfera de organización de cada sujeto que no ha sido exteriorizado. El mero hecho de asociarse, integrar una organización terrorista que tiene un programa delictivo, supone un peligro para el ordenamiento constitucional democrático. Sin embargo, este elemento estructural es importante como elemento característico del tipo, pero no como fundante del injusto. El modelo subjetivo, define el terrorismo con referencia a la presencia de una determinada finalidad que debe estar presente en el sujeto al momento de cometer la conducta. Tal finalidad puede ser: política, y causar terror o intimidación (sea como finalidad del sujeto o como resultado de la actividad terrorista. Ellas pueden aparecer alternativa o conjuntamente en los tipos penales. La finalidad política destaca al terrorismo como atentado contra el orden constitucional democrático. Puede estar referida a la realización del acto en sí, o a las finalidades de la organización terrorista. La finalidad de intimidar o de causar terror, a su vez puede ser exigida como efecto o resultado de la actividad terrorista, junto con la alarma pública; o bien como finalidad interna del sujeto. El modelo subjetivo- objetivo, es el que combina un elemento estructural relativo a la organización terrorista, con elementos subjetivos relativos a una determinada finalidad²⁹¹.

Por lo tanto, tomando en consideración lo anterior para la construcción de un nuevo artículo 2º, tenemos a una organización terrorista y al terrorismo individual, como un elemento del tipo y no como fundamento de punibilidad. Hablaremos de terrorismo individual cuando se trate de un colectivo formado por un grupo pequeño de personas, pues con ese número no se alcanza a integrar la colectividad terrorista, cuando el colectivo, goce del número de miembros que goce, busque cometer un solo delito terrorista, cuando el colectivo de más de tres personas busque cometer una pluralidad de delitos sin mostrar ninguna estructura ni continuidad. Asimismo, el *lone wolf* o lobo solitario, que perpetra un atentado siguiendo la finalidad política de una determinada organización terrorista y obedeciendo,

²⁹¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2016). Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. *Política Criminal* vol. 11, Nº 21, pp.146-159.

además, a una serie de directrices dictadas por los líderes de la misma a todos los potenciales individuos que pudieran ayudarles con sus propósitos. Se trata de un supuesto donde los líderes de la organización llaman a atentar contra un determinado bien a todos los comprometidos con la causa y, como consecuencia de ello, una persona que no tiene ninguna vinculación con el colectivo terrorista, lleva a cabo un ataque²⁹². Además, estos sujetos activos deberán cometer actos de extrema violencia contra bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad pública o privada, para cometer estos actos necesitan de armas de fuego o explosivos, crear un ambiente de temor, inseguridad y terror en la población, teniendo como finalidad principal alterar o sustituir el orden constitucional. En consecuencia, hemos realizado esta propuesta legislativa:

"El que de forma individual u organizada cometa un acto o una sucesión de actos de violencia extrema, mediante el empleo de armamentos y explosivos, de forma reiterada, indiscriminada y/o sistemática, contra la vida, la salud, la integridad física, la libertad, edificaciones públicas y privadas o cualquier otro bien de especial valor para el orden constitucional, provocando una situación permanente de miedo y terror en la población, afectando gravemente el desarrollo de las condiciones básicas para la convivencia y el ejercicio efectivo de los derechos y libertades con la finalidad de alterar o subvertir el orden constitucional".

Habiendo expuesto nuestra propuesta normativa, analizaremos el delito de terrorismo como una conducta típica, antijurídica y culpable, tomando en cuenta la tipicidad objetiva y subjetiva del injusto penal recogida en la teoría del delito. La tipicidad objetiva, nos ayudará a saber cuándo se ha de imputar la actuación de una persona que tuvo como resultado la lesión de un bien jurídico protegido. Precisamente el bien jurídico protegido será nuestro punto de partida. Recordemos que, la actual regulación del delito de terrorismo lo que intenta proteger es la tranquilidad pública, sin embargo, desde nuestra perspectiva consideramos que, la vulneración de este bien lo encontramos también en los delitos comunes, de esta manera, con esto no encontramos ese rasgo especial que los distinga de estos. Las consecuencias del delito de terrorismo son más graves. En todo caso, la afectación del bien jurídico "tranquilidad pública" es un fin inmediato en las acciones terroristas, a través de la afectación de bienes jurídicos individuales, pero el delito terrorista va hacia un fin supremo, que es la vulneración del bien jurídico "orden constitucional". Subvertir el orden constitucional democrático, es entendido como "el trastornar, perturbar o destruir la normal y efectiva aplicación y

²⁹² COTEÑO MUÑOZ, Alejandro (2019). Terrorismo individual, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 15, pp. 270-272.

funcionamiento de los poderes del Estado y sus instituciones y el ejercicio legítimo y efectivo de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos”²⁹³.

El sujeto activo es quien participó, de alguna manera, en la comisión del hecho delictivo. Como ya lo habíamos advertido a quién se le va a atribuir la acción subversiva puede ser el miembro de una organización terrorista o una persona que individualmente decide realizar la acción. La organización terrorista debe contar con una estructura jerárquica, donde cada uno de sus miembros se encuentren en situación de actividad y cumplan una función específica y un cargo. Exista una relación vertical entre sus miembros, que permita garantizar que las órdenes que se emitan en la cúpula de la estructura sean ejecutadas sin cuestionamientos por los ejecutores inmediatos, además, cuente con un funcionamiento permanente, que perdure en el tiempo, con una ideología y fin en común. Por otro lado, el terrorista individual, será aquel que no forma parte de la organización terrorista. Puede actuar en un grupo pequeño de personas, sin embargo, no tienen las características de una organización terrorista o contando un grupo grande personas y cumpliendo con los requisitos para ser considerado como una organización terrorista busque cometer un solo delito terrorista, cuando un grupo pequeño de personas busque cometer una pluralidad de delitos sin mostrar ninguna estructura ni continuidad. Asimismo, el del *lone wolf* o lobo solitario, que perpetra un atentado siguiendo la finalidad política de una determinada organización terrorista y obedeciendo, además, a una serie de directrices dictadas por los líderes de la misma a todos los potenciales individuos que pudieran ayudarles con sus propósitos. Se trata de un supuesto donde los líderes de la organización llaman a atentar contra un determinado bien a todos los comprometidos con la causa y, como consecuencia de ello, una persona que no tiene ninguna vinculación con el colectivo terrorista, lleva a cabo un ataque.

Dentro del sujeto pasivo, podemos identificar a dos grupos. Uno de ellos es la sociedad conformada por un grupo personas, una colectividad de individuos que sin distinción alguna son afectados directamente por un conjunto de actos, es decir, por la vulneración de bienes jurídicos individuales que pueden ser la vida, la salud, la integridad física, la libertad, edificaciones públicas y privadas o cualquier otro bien de especial valor para el orden constitucional. La ciudadanía, es la principal perjudicada por los actos terroristas, en un primer momento, provocando un ambiente de terror e inseguridad, aunque para los terroristas

²⁹³ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. De los delitos de terrorismo, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Código Penal, doctrina y jurisprudencia, Trivium, Tomo III, Madrid, 1997, pág. 4885. Citado por CAPITA REMEZAL, Mario. El concepto jurídico de terrorismo. Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo individual (tesis doctoral), 2007, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 52.

no sea su fin principal, es un medio para alcanzarlo. En el segundo grupo, tenemos al Estado como el titular del bien jurídico protegido.

Finalmente, el delito de terrorismo es un delito de resultado. Para que se configure la conducta típica no bastará que se realice una afectación a los bienes jurídicos personales como la vida, la salud, la integridad física, la libertad, edificaciones públicas y privadas o cualquier otro bien de especial valor para el orden constitucional, que se hace alusión en la descripción típica. Para la consumación del delito se debe cometer una acción o conjunto de acciones de violencia extrema de forma reiterada, indiscriminada y/o sistemática, para la afectación de bienes individuales, siendo utilizados como instrumentos para lograr un esencial objetivo que es generar un estado permanente de alarma, terror e inseguridad en la población afectando gravemente el desarrollo de las condiciones básicas para la convivencia y el ejercicio efectivo de los derechos y libertades con la finalidad de alterar o subvertir el orden constitucional. Asimismo, requiere el empleo de armas propiamente dichas y explosivos que provoquen efectivamente esa violencia extrema.

Asimismo, un caso especial es el caso de tentativa. Desde nuestro punto de vista, sí cabe la tentativa del delito de terrorismo. En el ámbito internacional, por ejemplo, se busca sancionar el delito de terrorismo a través de determinados actos que son calificados como terrorista: financiación, la colocación de bombas, terrorismo con material nuclear, seguridad marítima, seguridad de aviación civil. A partir de esto, pensemos en el supuesto que un Estado establezca un sistema de inteligencia para recabar información sobre un aparente grupo de terroristas. Después de confirmar que efectivamente son terroristas y están planeando un atentado terrorista en un lugar público muy concurrido, son capturados miembros de esta organización con varios kilos de dinamita y armamentos de largo alcance, que se dirigían al lugar donde se pretendía realizar el acto terrorista. En consecuencia, esto calificaría, para nosotros, un grado de tentativa, no se llegó a consumir el delito, se actuó en un margen de prevención, pero se puso en peligro bienes jurídicos protegidos.

La tipicidad subjetiva del injusto, en el delito de terrorismo es esencialmente doloso. El dolo implica que el sujeto activo tiene conocimiento de aquellas circunstancias del hecho, y de su contenido de significado social, cuya realización cumple un determinado tipo colectivo²⁹⁴. En consecuencia, el agente subversivo orienta su comportamiento lesivo de los bienes jurídicos instrumentalizados, sabiendo perfectamente que éstos generaran un ambiente

²⁹⁴ OTTO, Harro (2017). *Manual de Derecho Penal, teoría general del Derecho Penal*, Séptima Edición, Barcelona, Atelier, pp.132.

de terror, inseguridad e inseguridad en la sociedad con la finalidad subvertir el orden constitucional democrático.

En consecuencia, a través de este trabajo de investigación, hemos demostrado la necesidad de establecer un sistema de justicia especial para los casos de terrorismo, garantizando la integridad de nuestros magistrados, sin restarle importancia a los derechos fundamentales a los terroristas. Asimismo, la propuesta de la regulación de la acción típica de terrorismo, sería un argumento más de garantía para lograr un efectivo debido proceso, porque con un tipo penal bien estructurado y delimitado no corremos el riesgo de sancionar a personas que a través de su actuación no configuran para ser procesadas por el delito de terrorismo. Para el Estado peruano, el terrorismo no debe ser un tema ajeno, por el contrario, tiene que ser tomado en cuenta, por las consecuencias trágicas que ha traído en nuestra sociedad.





Conclusiones

Primera. El inicio de los años ochenta, significó para el Perú un momento importante en su historia, dejando atrás dos décadas de gobiernos dictatoriales-militares. Sin embargo, con lo que no contaban los tres gobiernos posteriores, es que se enfrentarían desde 1980 al 2000, a un enemigo sigiloso y devastador, del cual no se podía determinar sus principales características, liderado por Abimael Guzmán, que buscaba tomar el mando del Estado peruano, teniendo como argumento de intervención la mala gestión que venían realizando los gobiernos de turno, con una inadecuada división de la riqueza. Su propósito empezó en las comunidades de la sierra central, que era la más afectada por la indiferencia del Estado, prometiéndoles la “tierra prometida” si los apoyaban en lograr su objetivo. Los medios empleados para alcanzar su finalidad, estuvieron lejos de la aplicación de métodos democráticos, los detractores de su doctrina subversiva, eran cruelmente asesinados, generando un clima de inseguridad y terror en la sociedad.

Segunda. Consideramos que el inicio del gobierno de Alberto Fujimori, en 1990, merece un apartado especial, porque el movimiento terrorista se encontraría en su máximo apogeo. Los anteriores periodos presidenciales, en diez años, no pudieron acabar con los senderistas, por lo tanto, el nuevo mandatario tenía una labor bastante difícil. La población reclamaba una rápida intervención de las fuerzas armadas y efectivos policiales, porque estaban cansado de vivir en un ambiente de pánico, terror e inseguridad. Es así, que los mecanismos que utilizó el gobierno para frenar el avance terrorista fueron, la declaración de estado de emergencia, que ya venían aplicando sus antecesores, entregándole facultades amplias y discrecionales a las fuerzas armadas sin control o fiscalización de sus acciones y una nueva regulación del delito de terrorismo, que buscaba sancionar a todos los actos de terrorista, sin tomar en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Tercera. La declaración de emergencia se aplica cuando estamos ante situaciones que afectan el normal funcionamiento de los poderes públicos y de una sociedad. Busca restablecer el orden social, otorgando al gobierno amplias potestades discrecionales por un periodo de tiempo, para la adopción de medidas excepcionales. Sin embargo, esto no significa que esas medidas no estén sujetos a un control de carácter jurisdiccional. En el caso peruano, estuvimos ante una declaración de emergencia por el fenómeno terrorista, que es justificable, pero se dio por un periodo de veinte años y las acciones antiterroristas no fueron supervisadas, lo que derivó en una vulneración de derechos fundamentales. Hubo una aplicación inadecuada

y distorsión del estado de emergencia. La Comisión de la Verdad y Reconciliación, recomendó al Perú la implementación de una ley que regule el estado de emergencia, que resalte la importancia de la supervisión y el respeto los derechos fundamentales. No obstante, actualmente existe una normativa dispersa e incompleta, por lo que exhortó a adoptar una ley integral que se encuentre en su sólo texto normativo.

Cuarta. El 6 de abril de 1992, se promulgó el Decreto Ley N° 25418, que regulaba las Bases del Gobierno de Emergencia, reconociendo la necesidad de implementar medidas drásticas para luchar contra el terrorismo, respetando los tratados internacionales suscritos por el Perú. Lejos de respetarlos, se adoptó un sistema de justicia dirigida por militares- a quienes ya se le había asignado la función de combatir el terrorismo-, para el juzgamiento de civiles, potestad reconocida en el Decreto Ley N° 25659, en los casos de traición a la patria, un tipo penal que reconocía la sanción de actos terroristas, descripción que no tenía relación con su verdadero significado. Este sistema de justicia tuvo como elementos esenciales un tribunal militar y un proceso abreviado que buscaba alcanzar una sanción rápida y efectiva para los senderistas, siendo duramente criticado por no respetar garantías judiciales. Por pretender retomar la seguridad, se rebajó a la misma condición del terrorista, respondiendo a través de una legislación penal de emergencia, en la que cualquier persona podía ser víctima de abusos.

Quinta. La justicia militar, cuenta con su propio estatuto que regula su organización y funcionamiento y por regla general está destinada al juzgamiento de los delitos cometidos por personas que forman parte de la organización militar, sin embargo, de forma excepcional, se le reconoció por disposición constitucional el juzgamiento de civiles en casos de terrorismo y traición a la patria. No obstante, incluso para los militares resultaba inconstitucional someterse a este proceso que no reúne las garantías mínimas para un juicio justo, porque son puestos a disposición de jueces y fiscales militares en actividad nombrados por el Poder Ejecutivo, quienes no eran profesionales del derecho. Entre los militares existe una relación de respeto por el grado de antigüedad que ostenta cada uno, por lo que pueden sufrir injerencias en el ejercicio de la función jurisdiccional, vulnerando los principios básicos de la función jurisdiccional. Los jueces deberían ser civiles o militares en situación de retiro, que deberían estar sometidos al estatuto de los jueces ordinarios, siendo designados por la nueva Junta Nacional de Justicia.

Sexta. El juzgamiento de civiles fue duramente criticado por la afectación del derecho al debido proceso, que está presente desde el acceso a los órganos de justicia hasta que se realice la ejecución de la sentencia. En consecuencia, los afectados acudieron ante la CIDH y la CorteIDH. En la mayoría de los casos que llegaron a instancias internacionales, la CorteIDH estableció que el Estado peruano había vulnerado el artículo 8° de la CADH, recomendándole modificar la legislación antiterrorista por considerarla confusa e imprecisa. No obstante, el gobierno no estaba dispuesto a seguir estas recomendaciones. Es así que, los casos Castillo Petruzzi y Loayza Tamayo, fueron el detonante para que se emitiera la Resolución Legislativa N° 27152, de fecha 8 de julio de 1999, manifestando el retiro con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la CorteIDH, reconocida el 21 de enero de 1981. Sin embargo, su petición careció de todo valor jurídico por no estar previsto en el tratado esta posibilidad y por ser contrario a la CADH. La CADH sólo prevé la aceptación o la denuncia total del tratado.

Séptima. Los miembros de Sendero Luminoso cometieron atentados terroristas contra la vida de personas inocentes, edificaciones públicas y privadas. Por otro lado, el Estado peruano lejos de actuar utilizando mecanismos adecuados y, de acuerdo con las normas mínimas de Derecho Internacional Humanitario, cometieron, al igual que los terroristas, vulneraciones de derechos humanos. En consecuencia, tuvimos una situación de violencia armada prolongada que ocurrió en territorio peruano, donde participaban, un grupo terrorista y el gobierno, calificando para el Derecho Internacional Humanitario como un conflicto armado no internacional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, suscritos por el Perú, desde 1956. Por lo tanto, cada una de las partes incumplió la obligación mínima en una situación de enfrentamiento, como es: el respeto de las personas que no participan en esta disputa. Las obligaciones que dispuestas en el Derecho Internacional Humanitario y el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, están dirigidos los intervinientes en el enfrentamiento, y no únicamente al Estado.

Octava. El proceso penal militar al que eran sometidos las personas acusadas del delito de traición a la patria fue terrible. Cuenta con una fase de investigación, instrucción y proceso. Es un proceso abreviado donde prevalece la presunción de culpabilidad. Las personas eran detenidas por un plazo excesivo y no se les informaba los cargos que se les imputaba, eran torturados para confesar su delito y el silencio era tomado como un indicio de culpabilidad.

La DINCOTE realizaba las investigaciones y el juez instructor sólo se encargaba de direccionar su decisión en base al atestado policial, sin tener en cuenta lo presentado por la defensa, el veredicto venía determinado desde la etapa de investigación. El abogado, sólo intervenía en la fase de instrucción, sólo conocía el expediente luego de la sentencia en primera instancia, tenía un plazo corto para preparar la defensa. No podía solicitar ningún tipo de libertad y estaba impedido de interrogar a las personas que formularon el atestado policial. Asimismo, podía presentar un recurso de apelación que casi nunca procedía. Las penas eran muy elevadas como la cadena perpetua, no permitían recusar a los jueces que trabajaron con su rostro oculto.

Novena. Sí nos ponemos en el supuesto de que a los acusados del delito de traición a la patria un tribunal ordinario hubiese garantizado sus derechos dentro del proceso, pues estamos equivocados, porque las normas procesales eran parecidas a las del fuero militar. La etapa de detención e investigación era realizada por la DINCOTE, por plazos excesivos, aplicando torturas para que los imputados confiesen sus delitos, donde el fiscal era un mero espectador de las arbitrariedades cometidas por los efectivos policiales, y sólo podían estar presentes cuando la DINCOTE así lo solicitara. El abogado sólo puede intervenir cuando el acusado rinda su manifestación ante el fiscal, sin poder solicitar ningún tipo de libertad. El auto de apertura de la etapa de instrucción debía consignar la orden de detención, no se podía ofrecer testigos a quienes intervinieron en el atestado policial. El fiscal después de concluida la etapa de instrucción debía formular acusación obligatoriamente, tenían que meter a la cárcel a como dé lugar al imputado, de esta manera de daba paso al juicio oral. El periodo de transición a la etapa de juicio era muy extenso, manteniendo a una persona privada de su libertad, que muchas veces resultaba ser inocente.

Décima. El TC pasó por una etapa de control absoluto por parte del Estado, entre mayo de 1997 y noviembre de 2000, quitándole su autonomía. En el año 2000, se restableció el régimen democrático, el TC regresó a ser un órgano independiente y autónomo. Sin embargo, no fue hasta el 3 de enero del 2003, cuatros años después del pronunciamiento de la CorteIDH, sobre el caso Castillo Petruzzi vs. Perú, que el TC se pronunció sobre la legislación terrorista. Es así que, dando cumplimiento en parte a las recomendaciones internacionales, solicitó al Congreso la derogación de la legislación de emergencia, sin embargo, respaldó la constitucionalidad del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475. Asimismo, sobre la justicia militar, coincidió hasta 2008 con la postura de la CorteIDH, hasta declaró en

“rebeldía legislativa” a la Ley N° 29182, porque el Congreso hacía caso omiso a su recomendación. No obstante, en 2009, cambió su postura y respaldo a la ley militar, sin haberse efectuado ninguna modificación. En consecuencia, es necesaria la modificación de la Ley N° 29182, porque vulnera los principios esenciales de la función jurisdiccional y los derechos de los militares.

Décimo primera. El Perú ante la acusación de vulneración de los derechos reconocidos en la CADH, tuvo como argumento de defensa que, el Perú tiene la facultad soberana de dictar leyes para sancionar los hechos delictivos que ocurran dentro de su territorio. Precisamente es esta facultad soberana, la que permite al Estado, tener un margen discrecional o de libertad, para ocuparse de sus problemas y darle solución internamente, así, no siempre deberá seguir al pie de la letra las recomendaciones formuladas por un órgano supraestatal que no conoce la situación que puede estar atravesando un país. En consecuencia, el Estado lo que hizo fue aplicar la doctrina del margen de apreciación nacional, utilizada en el sistema europeo de protección de derechos humanos. Sin embargo, no cumplió con los requisitos necesarios para su aplicación. Asimismo, debemos considerar que éste, junto al control de convencionalidad, nos permite complementar y ayudar a nuestro ordenamiento jurídico, perfeccionándolo en el respeto hacia los derechos humanos.

Décimo segunda. El Informe sobre terrorismo y derechos humanos del año 2000, preparado por la CIDH, aunque no lo dice expresamente, reconoce la doctrina del margen de apreciación nacional, permitiendo a los Estados que, ante una situación de emergencia, el derecho al debido proceso y a un juicio justo puedan ser restringidos, siempre que cumplan con los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, siendo sometidas a la supervisión de órganos competentes conforme al derecho internacional. Entonces, si nos ponemos en el supuesto que, el gobierno de ese entonces hubiese sido un gobierno democrático, y ante una situación que ponía en peligro la independencia y seguridad del Estado, que de hecho se cumplió por la aparición de los grupos subversivos, el Estado pudo haber delimitado el ejercicio de ciertos derechos, como el derecho al debido proceso en aras a lograr una más adecuada protección de bienes colectivos como la lucha contra los grupos subversivos exigían.

Décimo tercera. El informe emitido por la CIDH, nos abre las puertas para poder implementar la justicia sin rostro en los casos de terrorismo. Actualmente, tenemos un gobierno democrático, que respeta la dignidad humana y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y el principio de separación de poderes. Por otro lado, también creemos que, el gobierno peruano vigente, no está cumpliendo su compromiso con la sociedad. Se repite en parte la situación de los años ochenta, un pueblo que no es escuchado, donde sólo un sector de la sociedad logra ser beneficiado. Los terroristas están refugiados en una parte del país, pudiendo retomar la lucha subversiva. En consecuencia, el Estado debe estar preparado para no cometer los mismos errores del pasado, por eso considero que, la implementación de una justicia sin rostro, como mecanismo de protección de los magistrados es necesaria, porque los jueces al cumplir bien su función, sin presiones externas, recobrarían la tranquilidad y seguridad en la sociedad, sin que esto signifique que se deje de lado los derechos de los imputados dentro del proceso.

Décimo cuarta. Necesitamos proponer la descripción de la acción típica penal del delito de terrorismo porque debemos tener en cuenta que actualmente está defectuosamente regulada en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, de esta manera sabremos cuándo estamos ante un delito de terrorismo. Por lo tanto, debemos considerar que, por más grave que sea las consecuencias de la comisión de este delito, debe respetarse los derechos fundamentales de los imputados. Por lo tanto, para establecer una adecuada regulación hemos analizado los atentados terroristas que ocurren frecuentemente. Esta propuesta sería un argumento más de garantía para lograr un efectivo debido proceso, porque con un tipo penal bien estructurado y delimitado no corremos el riesgo de sancionar a personas que a través de su actuación no configuran para ser procesadas por el delito de terrorismo. Para el Estado peruano, el terrorismo no debe ser un tema ajeno, por el contrario, tiene que ser tomado en cuenta, por las consecuencias trágicas que ha traído para nuestra sociedad en el pasado reciente.

Referencias bibliográficas

- ACOSTA ALVARADO, Paola (2007). *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- ANGELES FIGUEROA, Eduardo (2000). *El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos armados*, Lima, CIRC en Lima.
- ASENCIO MELLADO, José (2002). Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano, un proceso inquisitivo. *La reforma del derecho penal militar- Anuario de Derecho Penal 2001-2002*.
- AURELIO ARÉVALO, Juan. *Un ex juez sin rostro da la cara para contar su experiencia*, 3 de abril de 2013. Recuperado el 9 de marzo de 2019, de <https://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/ex-juez-sin-rostro-da-cara-contar-su-experiencia-noticia-1558691>.
- BARBOSA DELGADO, Francisco (2012). El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática. En NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P. (Coord.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2009). El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales. *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 1, pp. 59-89.
- BLUME FORTINI, Ernesto (2015). El diálogo interjurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú. En Mosquera Monelos, S. (Coord.). *La Constitucionalización de los tratados de derechos humanos*, Lima, Palestra Editores.
- CÁCERES ARCE, Jorge Luis (2014). El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional. *Pensamiento Constitucional* N° 19, pp. 231-250.
- CARRASCO DURÁN, Manuel (2010). Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001. En CARRASCO DURÁN, M. (Coord.) *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- CASSEL, Douglas (1999). El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto del sistema interamericano de Derechos Humanos? *Revista IIDH*, vol. 29, pp. 69-94.
- CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo (2009). *Delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista: análisis de su evolución jurisprudencial*, Lima, Grijley.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2005). *Los derechos constitucionales elementos para una teoría general*, Lima, Palestra Editores.

- _____ (2010). El significado iusfundamental del debido proceso. En SOSA SACIO, J. (Coord.) *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*, Lima, Gaceta Jurídica.
- _____ (2011). El recurso como elemento del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias. En particular sobre el recurso de agravio constitucional. En ACHULLI ESPINOZA, M., HUAMÁN ESTRADA, E. (Coord.) *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales*, Lima, Gaceta Jurídica.
- _____ (2013). El debido proceso y la tutela jurisdiccional. En GUTIÉRREZ CAMACHO W. (Coordinador). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica.
- CHIRINOS SOTO, Enrique (2008). *La constitución lectura y comentarios*, Lima, Editorial Rodhas.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (1992). *Justicia para la justicia, violencia contra los jueces y magistrados en Colombia 1979-1991*, Bogotá.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (2003). *Informe Final*, Lima.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1991). *Informe Anual de la CIDH 1990-1991*, capítulo 5, parte II.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2000). *Informe 48/00, caso núm. 11.166, caso Walter Humberto Vásquez vejarano vs. Perú*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002). *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2005). *Derecho Internacional Humanitario, respuestas a sus preguntas*. Recuperado de www.icrc.org el 11 de enero de 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (6 de octubre de 1987). *Opinión Consultiva. OC-9/87. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2016). *El control de convencionalidad*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la CorteIDH. N° 7, San José, Costa Rica.
- COTEÑO MUÑOZ, Alejandro (2019). Terrorismo individual. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 15, pp. 262-281.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2009). *El nuevo proceso penal peruano, teoría y práctica de su implementación*, Lima, Palestra Editores.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2003). ¿Quién juzga a quién? Justicia militar vs Justicia ordinaria. *Informe Defensorial* N° 66, Lima.

- DE LA JARA, E., DEL MASTRO, F. y RAMÍRES, G. (2008). *La aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en Huaura: una explicación positiva*, Lima, IDL.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (2010). *Teoría general del proceso*, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- DONAYRE MONTESINOS, Christian. (2009). La resistencia a un cambio de necesario, ineludible e impostergable: la reforma de justicia militar policial peruana en debate. En DONAYRE MONTESINOS, C. (Coord.) *La justicia militar en el Derecho Comparado y en la jurisprudencia constitucional*, Lima, Palestra Editores.
- _____ (2010). El derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En SOSA SACIO, J. (coordinador). *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*, Lima, Gaceta Jurídica.
- DULITZKY, Ariel (1999). El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. *Pensamiento Constitucional*, vol. 6, núm.6, pp. 705- 727.
- EJB. (2008). *Expreso: A la cárcel inocentes indultados y sus defensores*, Lima, Revista del Instituto de Defensa Legal N° 185, pp. 22-23.
- ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (1995). Razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad en la resolución de hábeas corpus en los estados de excepción: el caso peruano. *Derecho y Sociedad*, núm. 10, pp. 68-82.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1978). *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas.
- FIGUEROA ALCÁNTARA, Héctor. *Jueces sin rostro, una opción para proteger magistrados en casos contra narcos*, 19 de octubre de 2016. Recuperado el 9 de marzo de 2019, de <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/10/19/1123090>.
- FRANCO, Marina; IGLESIAS, Mariana (2015). El estado de excepción a escala comparada. Notas a partir de los casos argentino, chileno y uruguayo durante la década de 1950. *Quinto sol*, vol. 19, núm. 1, pp. 1-23.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional N° 18*, pp. 223-241.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2012). *Derecho Penal parte general*, Segunda Edición, Lima, Jurista Editores.
- GARCÍA CHÁVARRI, Abraham (2010). Apuntes sobre el derecho fundamental al juez predeterminado por ley. En SOSA SACIO, J. (Coord.) *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*, Lima, Gaceta Jurídica.
- GRUPO DE MONITOREO INDEPENDIENTE DE EL SALVADOR (2011). *Manual básico de Litigio Internacional para la protección de los derechos laborales*, El Salvador.
- JAKOBS, Günther y CANCIO, Manuel (2005). *Derecho Penal del enemigo*, Bogotá, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

- KATZ, Claude y NIETO GARCÍA, Luis. *Jueces anónimos, justicia ciega*. Recuperado de www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/jueces.html el 6 de enero de 2019.
- LANDA ARROYO, César (2012). *El debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Academia de la Magistratura.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo (2017). La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. *Lex N° 19*, pp. 51-76.
- MAIER, Julio (1996). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- MARCELO DE BERNARDIS, Luis (1995). *La garantía procesal al debido proceso*, Lima, Cultura Cuzco.
- MELÉNDEZ, Florentín (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (tesis doctoral), Universidad Complutense, Madrid, España.
- MONROY GÁLVEZ, Juan (1996). *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Bogotá, Temis.
- MOSQUERA MONELOS, Susana (2015). El Perú y la recepción de los tratados de los derechos humanos. En MOSQUERA MONELOS, S. (coordinadora). *La Constitucionalización de los tratados de derechos humanos*, Lima, Palestra Editores.
- _____ (2016). El control de convencionalidad como herramienta necesaria entre la CorteIDH y el juez nacional. *Gaceta Constitucional*, pp. 15-27.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012). Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. En NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P. (Coord.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2008). *Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo*, folleto informativo N° 32.
- OTTO, Harro (2017). *Manual de Derecho Penal, teoría general del Derecho Penal*, 2017, Séptima Edición, Barcelona, Atelier.
- PAREJA PAZ, Soldán (1981). *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979: apreciación y comentarios*, Lima, ITAL Perú.
- PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, Lima, Grijley.
- PEÑA CABRERA, Alonso (2009). *El nuevo proceso penal peruano*, Lima, Gaceta Jurídica.

- _____ (2012). *Los procesos penales especiales y el derecho penal frente al terrorismo*, Lima, IDEMSA.
- PEREIRA CHUMBE, Roberto (2002). Evolución Legislativa de la Justicia Militar en el Perú. *La reforma del derecho penal militar- Anuario de Derecho Penal 2001-2002*
- Presidente Gonzalo rompe su silencio* (1988). Entrevista en la clandestinidad. El Diario, Lima.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal (2003). *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos: jurisprudencia*, Lima, Jurista.
- QUISPE REMÓN, Florabel (2014). El derecho al juez natural- como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 5, pp.116-138.
- REÁTEGUI CARRILLO, Félix (2009). *El sistema de justicia durante el proceso de violencia*. Colección de cuadernos para la memoria histórica N° 2, Lima, IDEHPUCP.
- SALADO OSUNA, Ana (2004). *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Normas Legales.
- SALMÓN, Elizabeth (2004). El reconocimiento del conflicto armado en el Perú: la inserción del derecho internacional humanitario en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 57, pp.79-102.
- _____ (2012). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Tercera Edición, Lima, IDEHPUCP.
- SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). *Derecho procesal penal peruano: estudios*, Lima, Gaceta Jurídica.
- SILES VALLEJOS, Abraham (2015). La lucha antiterrorista en el Perú: agujeros negros legales, agujeros grises y el arduo camino constitucional. Lecciones peruanas para la guerra contra el terrorismo global. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 75, 75-94.
- _____ (2017). Problemática constitucional del Estado constitucional del estado de emergencia en Perú. Algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, pp. 123-165.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2006). *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial B de F Montevideo- Buenos Aires.
- SWINARSKI, Christophe (1984). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- VERA, Enrique. *En el 2019, en el Perú aún hay comunidades que escapan del terrorismo. Estos son sus testimonios*. Recuperado el 24 de marzo de 2019, de <https://especiales.elcomercio.pe>.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2016). Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. *Política Criminal* vol. 11, N° 21, pp.140-172.

ZAPATA, Antonio (2017). *La guerra senderista, hablan los enemigos*, Lima, De Bolsillo.



Legislación nacional y comparada

- Asamblea General de la ONU (1995). Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. *Resolución 49/60*.
- Constitución Política del Perú de 1979.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Carta de la OEA
- Consejo de Seguridad de la ONU (2003). *Resolución N° 1456*.
- Consejo de Seguridad de la ONU (2004). *Resolución N° 1566*.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
- Convención Interamericana contra el terrorismo.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Decreto Legislativo N° 746 promulgado el 11 de diciembre de 1991.
- Decreto Ley N° 25418 promulgado el 6 de abril de 1992.
- Decreto Ley N° 25475 promulgado el 7 de mayo de 1992.
- Decreto Ley N° 25659, promulgado el 13 de agosto de 1992.
- Reglamento de la CorteIDH.
- Reglamento de la CIDH.



Jurisprudencia de la CorteIDH y del TEDH

- TEDH. Caso Lawless. Sentencia 332/57 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1 de julio de 1961).
- TEDH. Caso König. Sentencia 6232/73 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28 de junio de 1978).
- CorteIDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo, Serie C N° 33 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de septiembre de 1997).
- CorteIDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo, Serie C N° 35 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997).
- CorteIDH. Caso Baberá, Messegué y Jabardo contra España. Sentencia 1998/1 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 6 de diciembre de 1998).
- CorteIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 52 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de mayo de 1999).
- CorteIDH. Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Fondo, Serie C N° 56 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de septiembre de 1999).
- CorteIDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo, Serie C N° 68 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de agosto de 2000).
- CorteIDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo, Serie C N° 69 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de agosto de 2000).
- CorteIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 107 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 julio de 2004).
- CorteIDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 111 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2004).
- CorteIDH. Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 115 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de noviembre de 2004).
- CorteIDH. Caso Lori Berenson vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 119 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2004).
- CorteIDH. Caso Almodí Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).
- CorteIDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 192 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de noviembre de 2008).
- CorteIDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie N° 206 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de noviembre de 2009).
- CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2010).
- CorteIDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Serie C N° 259 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de noviembre de 2012).
- CorteIDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas Serie C N° 279 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de mayo de 2014)
- CorteIDH. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 303 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 octubre de 2015).

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

- Exp. N° 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 3 de enero de 2003).
- Exp. N° 010-2001-AI/TC (Tribunal Constitucional 26 de agosto de 2003).
- Exp. N° 0017-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 16 de marzo de 2004).
- Exp. N° 0023-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 9 de junio de 2004).
- Exp. N° 618-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 8 de marzo de 2005).
- Exp. N° 10107-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 18 de enero de 2006).
- Exp. N° 9727-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 6 de octubre de 2006).
- Exp. N° 5194-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 14 de marzo de 2007).
- Exp. N° 1937-2006-PHC/TC (Tribunal Constitucional 30 de marzo de 2007).
- Exp. N° 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 5 de abril de 2007).
- Exp. N° 1605-2006-PHC/TC (Tribunal Constitucional 11 de enero 2008).
- Exp. N° 00001-2009-AIC (Tribunal Constitucional 4 de diciembre de 2009).
- Exp. N° 1768-2009-PA/TC (Tribunal Constitucional 2 de junio de 2010).
- Exp. N° 1147-2012-PHC/TC (Tribunal Constitucional 16 de enero de 2013).
- Exp. N° 05410-2013-PHC/TC (Tribunal Constitucional 18 de marzo de 2014).
- Exp. N° 00314-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional 24 de octubre de 2014).
- Exp. N° 00295-2012-PHC/TC (Tribunal Constitucional 14 de mayo de 2015).
- Exp. N° 2738-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional 30 de julio de 2015).

