

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA DE POST GRADO

**La Infracción del debido proceso en procesos por
terrorismo durante 1992 a 2002**

TESIS

**para optar el grado académico de Doctora en Derecho
y Ciencia Política**

AUTOR :

María Esther Felices Mendoza

ASESOR:

Florencio Mixan Mass

Lima – Perú

2011

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

EL PROYECTO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

1. inquietud Heurística	1
2. Finalidad del proyecto	1
3. Justificación del proyecto.	1
4. Diseño de investigación	1
5. Delimitación de la investigación	2

CAPITULO II

I. EL MARCO TEORICO:

EL DEBIDO PROCESO EN LOS DELITOS CONTRA EL TERRORISMO

TITULO I

La Constitucionalización del Proceso Penal y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

1. La Constitucionalización del Proceso Penal.	3
2. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el Derecho Procesal Penal -6	

TITULO II

EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL

I. Nociones generales.	9
II. El debido proceso.	
1. Concepto.	11
2. Antecedente histórico.	16
3. Manifestaciones del debido proceso.	22
3.1. El debido proceso formal.	23
3.2 El debido proceso sustancial.	25
III. la tutela jurisdiccional.	
1. Concepto.	27
2. Manifestaciones.	30

TITULO III

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL PERUANO

I consideraciones generales.	33
II. Los Principios del Proceso Penal Peruano.	35
III. El principio de Jurisdiccionalidad.	35
1. gratuidad de la justicia penal.	36
2. el principio de imparcialidad.	37
3. el principio del plazo razonable.	46
4. derecho al juicio previo.	49
4.1. el principio de oralidad.	51
4.2. publicidad	53
4.3. contradictoriedad.	54
4.4. continuidad.	55
4.5. concentración.	55
4.6. inmediación.	56
5. igualdad procesal entre las partes.	57
6. derecho al recurso.	58
7. indemnización en caso de error judicial.	64
IV. El principio a la Presunción de Inocencia.	
1. alcances generales.	65
2. manifestaciones.	68
2.1. trato de inocente.	69
2.2. la carga de la prueba corresponde al acusador.	69
2.3. la prueba inculpatoria debe ser legítimamente obtenida.	71
2.4. la interpretación de la ley a favor del imputado o in dubio pro reo.	75
2.5. el uso racional de los mecanismos de coerción procesal.	76
V. la prohibición de la persecución múltiple.	81
VI. El titular de la acción penal.	85
VII. El principio del juez natural.	93
VIII. La legalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales.	96
IX vigencia e interpretación de la ley procesal penal.	96
X. legitimidad de la prueba.	97
XI. El derecho de defensa.	
1. cuestiones generales.	97
2. el derecho a la defensa técnica.	98
3. derecho a la defensa material.	99
4. derecho a la no autoincriminación.	99
5. derecho de información.	102
6. derecho de tiempo razonable para preparar la defensa.	103
7. derecho a producir prueba propia y a confrontar la de la contraria.	104
XII. Prevalencia de las normas del Título Preliminar.	105
XIII otras directrices del sistema de justicia penal.	105
MOTIVACION	109

TITULO IV

EL DELITO DE TERRORISMO EN EL PERU

1 Alcances Generales.	117
2. el Principio de Legalidad Penal.	118
3. el Derecho Penal del enemigo.	121
4. definición del delito de terrorismo.	122
5. antecedente histórico.	127
6. tipificación penal del delito de terrorismo.	132
6.1. Tipo base.	132
6.2. El terrorismo agravado.	145
6.3. Actos de colaboración con el terrorismo.	148
6.4. La asociación terrorista.	153
6.5. Incitación terrorista.	155
6.6. La apología al terrorismo.	155
6.7. Obstrucción de la acción de la justicia.	157
7. la legislación antiterrorista en el Perú.	158

TITULO V

LA JURISDICCION MILITAR EN EL PERU

1. alcances generales.	175
2. la jurisdicción militar y el juez natural.	177
3. antecedente histórico.	180
4. el delito de función.	183
4.1. concepto. El delito de función militar.	187
4.2. Opiniones para excluir de la jurisdicción a los policías.	188
4.3. reflexiones sobre el Código de Justicia Militar.	190

CAPITULO III

INVESTIGACION REALIZADA SOBRE LA VULNERACION DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCESOS DE TERRORISMO

1. el problema investigado.	197
2. la hipótesis de la investigación realizada	197
3. Problema: ¿Por qué en el Perú la legislación antiterrorista y los procesos por delito de terrorismo transgredieron el principio del debido proceso?	197

HIPOTESIS 1.
variable independiente.

Indicadores (2).

1. la agudización del fenómeno terrorista.
2. la naturaleza jurisdiccional anómala.

Problema: ¿Cuáles son los principios del debido proceso que fueron vulnerados en los procesos por delito de terrorismo?.

204

Hipótesis 2.

Variable dependiente:

Indicadores (7)

- 2.1 principio juez natural,
- 2.2. principio imparcialidad.
- 2.3. principio de independencia.
- 2.4. Derecho de defensa.
- 2.5. Derecho a la presunción de inocencia.
- 2.6. motivación de resoluciones judiciales.
- 2.7. non bis in idem.

Problema: Qué factores contribuyeron para que se dicte una nueva legislación antiterrorista?.

213

Hipótesis 3.

Variable dependiente.

Indicadores (9).

1. Caso castillo Petruzzi CIDDHH,
2. caso Lori Berenson CIDDH,
3. CASO Cantoral Benavides CIDDHH,
4. Caso García Asto CIDDHHH.
5. caso Loayza Tamayo.
6. Sentencia TC 010.-2002-AI-TC,
7. STC 2468-04 HC/TC,
8. STC 2555-2004-HC/TC.
9. STC 3563-2004-HC/TC.
10. STC 1029-2000 HC/TC

CONCLUSIONES 235

RECOMENDACIONES 239

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La presente investigación doctoral fue elaborada en el año 2006 y reformulada en diciembre de 2010, elegí el tema ***“LA INFRACCION DEL DEBIDO PROCESO EN PROCESOS POR TERRORISMO”*** porque durante siete años [1998 a 2004] trabajé en la Sala Penal Nacional para casos de Terrorismo donde tuve la oportunidad de presenciar el juzgamiento de procesados por este delito, como el caso Lori Berenson Mejía en el nuevo juzgamiento llevado a cabo por los Jueces del Poder Judicial, así como viajar a diversos Establecimientos penales país, entre ellos, a Challapalca, Yanamayo, Quencoro, Cachiche, para llevar a cabo juicio orales por delito de terrorismo, así también desempeñar el cargo de Coordinadora a Nivel Nacional a raíz de la promulgación de los Decretos Legislativos 922 y 926 que declaró la nulidad de los procesos por delito de traición a la patria llevados a cabo por el fuero militar, el primero, y la nulidad de los juzgamientos llevados a cabo por los jueces sin rostro del Poder Judicial, el segundo, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el Tribunal Constitucional, por lo que se me encargó primero conocer todos los casos que se tramitaron en el fuero privativo militar por delito de traición a la patria, siendo un total de 306 expedientes, para luego se proceda a declarar la nulidad del proceso y dictar un nuevo auto de inicio del mismo, asimismo conocer todos los procesos que a nivel nacional habían sido sentenciados por delito de terrorismo por jueces sin rostro del Poder Judicial para iniciar un nuevo juzgamiento respetando las reglas del debido proceso tal como lo dispusieron tanto las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como las diversas sentencias del Tribunal Constitucional Peruano.

Este tema lo considero de mucha importancia porque es a partir de los casos por delito de terrorismo que los operadores jurídicos le dan una real dimensión a la aplicación de las reglas del debido proceso en un procedimiento penal, ya que antes de ello por ejemplo la motivación de resoluciones judiciales era nula o escasa, como en el caso, de las Ejecutorias de la Corte Suprema en la que la fundamentación se reducía a mostrarse conforme con lo opinado por el fiscal supremo en un no haber nulidad, sin explicar las razones de su decisión, así ocurrió también al momento de fundamentar un mandato de detención, no se explicaba la presencia de los tres presupuestos concurrentes para dictar detención, no se tomaba en cuenta que la detención era la excepción y la libertad la regla, tampoco se aplicaba el principio procesal del Non Bis In Idem el mismo que solo se aplicaba o conocía en su vertiente material y no procesal, desconociendo que con su aplicación se podía evitar la doble persecución múltiple o sucesiva de un proceso penal en trámite, tampoco se respetaba el derecho de defensa en sus diversas manifestaciones, de esta manera considero que conocer los principios procesales del debido proceso, nos permite administrar una justicia constitucionalizada, aún cuando contemos con normas inconstitucionales, como en el caso de los procesos sumarios.

En este orden de ideas, debo señalar que el manejo de estos principios procesales, me han servido de guía para resolver casos penales cuando se presentaban vacíos legales en la aplicación de las normas procesales, en mi condición de Juez Especializado en lo Penal Titular de la Corte Superior de Justicia de Loreto

De esta manera, espero contribuir con la comunidad jurídica, con el desarrollo de esta

presente investigación doctoral, pues contiene un marco doctrinario procesal y penal interesante y un diseño de investigación jurídica conforme a la orientación del eximio maestro Florencio Mixan Mass quien fuera mi asesor de tesis.

LA DOCTORANDO

LA INFRACCION DEL DEBIDO PROCESO EN PROCESOS POR TERRORISMO.

CAPITULO I

EL PROYECTO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

SUMILLA: 1. inquietud Heurística 2. Finalidad del proyecto 3. Justificación del proyecto. 4. Diseño de investigación 5. Delimitación de la investigación

1. INQUIETUD HEURISTICA

La inquietud personalísima de conocer los motivos por los cuales los procesos por delito Terrorismo en el Perú, transgredieron el principio del debido proceso, me conduce a desarrollar el presente trabajo de investigación a fin de determinar la importancia de este principio procesal.

2. FINALIDAD DEL PROYECTO

La investigación de este tipo tiene como finalidad buscar la verdad por el cual los procesos de terrorismo transgredieron el principio del debido proceso, a fin de determinar la importancia de este principio procesal en el tiempo, así como de incorporar un correctivo en la legislación peruana, acorde a los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos suscritos y aprobados por el Perú.

3. JUSTIFICACION DEL PROYECTO

Justifico la elaboración del presente proyecto de investigación, porque hemos sido testigos de un devastador accionar terrorista en el Perú y de un subsecuente sistema antisubversivo lesivo a los principios del Debido Proceso reconocido en los tratados internacionales de Derechos Humanos, constituyendo un tema de interés general para la población nacional.

4. DISEÑO DE INVESTIGACION

La presente investigación es de carácter causal – explicativo, descriptivo y aplicativo.

5. DELIMITACION DE LA INVESTIGACION

- a) **Espacial** : zona judicial de Lima y el distrito Judicial de Lima.
- b) **Temporal** : 1992-2002
- c) **Universo Muestral:** Procesos tramitados con infracción del debido proceso
 - c.1. 306 expedientes del fuero militar
 - c.2. 433 expedientes del fuero común, con juzgamientos por Magistrados con clave secreta

- d) **Tamaño de la muestra:** Procesos seleccionados para la investigación
 - d.1. 20 expedientes del fuero militar
 - d.2. 10 expedientes del fuero común
- e) **Clase de Muestra:** Muestra Probabilística.

CAPITULO II

II. EL MARCO TEORICO:

EL DEBIDO PROCESO EN LOS DELITOS CONTRA EL TERRORISMO

Este capítulo será desarrollado en dos partes, la primera, abarcará el estudio y desarrollo de las distinciones conceptuales entre las categorías del debido proceso y la tutela judicial efectiva, todo lo cual, no podemos realizarlo sin antes haberlo relacionado con la Constitucionalización del procesal penal y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, para luego desarrollar ampliamente los principios del proceso penal peruano, que se traslucen y desprenden del desarrollo de ambas categorías, el debido proceso y la tutela judicial efectiva. La segunda parte estará enmarcada al estudio de los delitos contra el terrorismo, y efectuar la distinción con los delitos de función a raíz del juzgamiento de procesados por delito de traición a la patria por el fuero militar.

TITULO I

La Constitucionalización del Proceso Penal y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

SUMILLA: 1. La Constitucionalización del Proceso Penal. 2. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el Derecho Procesal Penal

1. La Constitucionalización del proceso penal

Siguiendo el planteamiento del marco teórico expuesto, y antes de ingresar a analizar la garantía del debido proceso, me corresponde delimitar el estudio de la constitucionalización del proceso penal.

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto por el artículo 51 de la misma. Esta supremacía según GARCIA DE ENTERRIA se manifiesta en un doble aspecto: a) en la imposibilidad de que ésta sea modificada ni revisada, sino por el procedimiento que la misma señala (Art. 206° la Reforma Constitucional) b) en la eficacia que despliega, pues todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella.¹

En ese sentido, la Constitución se ha ocupado profusamente de los asuntos procesales, modificando significativamente el panorama normativo del proceso y del ordenamiento procesal orgánico, contiene un conjunto de normas jurídicas relacionadas tanto a los caracteres e instituciones del proceso penal, cuanto al reconocimiento y restricción de los derechos fundamentales.²

En este orden de ideas, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico procesal penal

¹ Citado por San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal Volumen I, segunda edición actualizada. 2003. Lima Perú.p 17

² De la Oliva Santos, Andres.; Aragonese Martinez, Sara; Hinojosa Segovia, Rafael; Muerza Esparza Julio; Tomè García José Antonio. Derecho Procesal Penal. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1993.p.63

adopta una orientación, principios, modelos y vigas maestras estructurales recogidas de la

Carta Fundamental. Por ello, el proceso penal de un Estado Democrático no puede menos que adherir esa opción, contemporáneamente robustecida por la globalización de los derechos humanos y la vigencia de los Tratados Internacionales sobre la materia. Por ello es correcto, lo que afirmaba Jürgen Baumann cuando confirmaba el aserto de su colega Henkel, que el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado³.

Siguiendo a Rodríguez Hurtado, explica que la fortuna del proceso penal depende del equilibrio que alcance los extremos en permanente tensión que atiende: la seguridad y la eficacia ante el delito para reestablecer la paz y tranquilidad, por un lado, y las garantías o derechos fundamentales del inculcado, por el otro, es vital y trascendente destacar cada una de las garantías procesales penales o escudos protectores del justiciable que repudian la arbitrariedad y evitan que el drama procesal pierda su perfil democrático.⁴

Así, Alberto Binder⁵, señala que el proceso penal es un mecanismo de resolución o redefinición de conflictos surgidos dentro del colectivo social por el acaecimiento de un hecho delictuoso, en tanto interesa a la víctima y a la sociedad se supere o por lo menos reduzca el nivel de violencia u ofensa que subyace detrás de cualquier hecho punible, lesivo o riesgoso para bienes jurídicos de primera importancia. También, en esa línea, Rodríguez Hurtado⁶, indica que el proceso no puede organizarse de cualquier manera, ya que reaccionar contra el delito y asegurar los intereses, la tranquilidad y la paz de los ciudadanos, implica una obligación estatal que debe cumplirse eficazmente, sin desconocer los derechos fundamentales de los imputados, quienes pese a estar procesados no dejan de ser personas o carecen de dignidad. Asimismo, agrega, que el proceso penal debe atender asuntos de trascendente envergadura recogidos no sólo en leyes o normas ordinarias, sino pautadas en la Constitución.

De esta manera, el artículo 44 de la Carta Fundamental estipula que es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral de la Nación. Sin embargo, la lucha contra la criminalidad y la protección de la seguridad ciudadana no autoriza dejar de lado la protección de los derechos fundamentales del justiciable inculcado, según las provisiones contempladas en los artículos 2⁷, 139⁸.

³ Baumann, Jürgen. Derecho Procesal Penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Ediciones Desalma, buenos Aires, 1989, p.29

⁴ Rodríguez Hurtado, Mario. La Constitucionalización del Proceso Penal. Principios y modelos del Código Procesal Penal. Manual de la Academia de la Magistratura. Edición Abril de 2010. pp. 3

⁵ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Adhoc. Buenos Aires, 2002. p.29

⁶ Rodríguez Hurtado, Ob cit.,

⁷ Art2° de la Constitución Política de 1993. Derechos fundamentales de la persona. toda persona tiene derecho: 1. a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. 3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del

libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación. 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. 9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley. 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial. 11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería. 12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas. 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa. 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley. 16. A la propiedad y a la herencia. 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. 18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional. 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. 20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición. 21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República. 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. 23. A la legítima defensa. 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término. g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida. h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agravada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.“

⁸ Art.139° de la Constitución. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. 2. 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. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. 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. 4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos. 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. 6. La pluralidad de la instancia.

Por ello, se puede afirmar que algunos de los derechos fundamentales previstos en el artículo 2 de la norma fundamental, pueden ser restringidos para los efectos de la búsqueda de prueba, previa solicitud del representante del Ministerio Público y con autorización del órgano jurisdiccional, como es el allanamiento de domicilio, o el levantamiento del secreto de las comunicaciones y documentos privados, entre otros, puesto que, la averiguación de los hechos delictivos representa una actividad que encierra un interés público digno de protección por el Estado de Derecho porque es un elemento esencial para la represión de los delitos; pero también es cierto que no se puede obtener la verdad de lo sucedido a cualquier precio, por ello, no son admisibles cualesquiera diligencias dirigidas al descubrimiento de los hechos, pues el funcionamiento del aparato represor se legitima a través del respeto los derechos fundamentales explícitos o implícitamente reconocidos en la Constitución Política del Estado, por lo que las intromisiones deberán efectuarse respetando las debidas garantías. Asimismo, es del caso señalar, que las garantías de la administración de justicia reconocidas en el artículo 139 de la carta fundamental, deben ser observadas y respetadas a lo largo de todo proceso judicial sea cualquiera la materia que fuere, acorde a los principios de un debido proceso.

A manera de ejemplo, contrario a lo que debe ser un proceso penal constitucionalizado, podemos citar, las normas procesales, propias del derecho penal del enemigo, que se dictaron durante el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional de Alberto Fujimori Fujimori, destinadas a sancionar a procesados por delito de terrorismo tipificándolos como delito de traición a la patria, como es el Decreto Ley N° 25659 en el que se le concedió la competencia al fuero militar para el conocimiento de procesos contra civiles, lo que finalmente terminó con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia N° 010-2002-AI/TC del 03 de enero de 2003 declarando inconstitucional dicho decreto ley, y la nulidad de todos los procesos por el delito de traición a la patria, ameritando que se inicie nuevamente un proceso penal, bajo los parámetros de los principios y garantías de la administración de justicia y de un debido proceso.

2. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el Derecho Procesal Penal

Los derechos humanos hoy en día, no solo se encuentran consagrados en las constituciones, leyes y demás normas del ordenamiento jurídico interno de los Estados, sino fundamentalmente en la normatividad internacional. En ese sentido, además de

7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar. 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos. 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial. 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. 12. El principio de no ser condenado en ausencia. 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada. 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. 15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención. 16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala. 17. La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley. 18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida. 19. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad. 20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley. 21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados. 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

costumbres y principios generales del derecho, existen numerosos tratados internacionales⁹ y declaraciones elaboradas en el ámbito de ciertas organizaciones internacionales, que consagran derechos fundamentales de la persona.

Conocer el universo de tratados y declaraciones sobre derechos humanos obligatorios para el Perú resulta esencialmente importante para cualquier ciudadano, y en especial, para los encargados de administrar justicia en nuestro país. Y es que, conforme a nuestra Constitución, los derechos fundamentales de las personas que ella reconoce deben ser interpretados a la luz de tales instrumentos.

En esa dirección, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado reconoce que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la carta fundamental adscribe, se interpretan de conformidad con la declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. De igual manera, el Artículo 55 de la Constitución Política, prescribe que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

De acuerdo a lo antes expuesto, podemos decir que la Constitucionalización del derecho procesal penal tiene su fuente en importantes tratados internacionales sobre derechos humanos, como:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 aprobado por Resolución Legislativa N° 13282 de 9 de diciembre de 1959.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 16 de Diciembre de 1966, aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978 y
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 22 de noviembre de 1969, aprobada por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su cláusula octava establece que “toda persona tiene derecho a un recurso ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.” Principio complementado por la cláusula Décima “toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Art.14°, numeral 1. Reconoce “el derecho a la igualdad, el derecho del juez natural, independencia, imparcialidad, publicidad excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario. En el numeral 2, el derecho de presunción de inocencia; en el numeral 3, el derecho a las garantías mínimas: A ser informado sin demora de las causas de la acusación formulada contra ella, derecho a la defensa, a ser juzgado sin dilaciones debidas, hallarse

⁹ El tratado, puede ser definido como el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, regido por este ordenamiento, celebrado en forma verbal o escrita y destinado a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones jurídicas de naturaleza internacional, independientemente de su denominación particular y de que conste en uno o más instrumentos conexos. En Novak, Fabián y Luis García Corrochano. Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y Fuentes, 2da reimpresión. Lima. Instituto de Estudios Internacionales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p.133

presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un abogado de su elección , a que se le nombre abogado defensor de oficio gratuitamente, interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, el derecho de no autoinculpación, derecho a la pluralidad de instancia, derecho a la indemnización por los errores judiciales, derecho a no ser juzgado dos veces ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Del mismo modo, La Convención Americana sobre derechos humanos, en el Art.8° reconoce los mismos derechos reconocidos en el (Art.14°) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, denominándolo el derecho a las **“Garantías Judiciales” del procesado en todo proceso**, siendo ellos: derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, juez predeterminado por la ley, independencia, imparcialidad, presunción de inocencia, Derecho a la Defensa que comprende a su vez: el derecho a ser asistido por traductor o intérprete, derecho de conocer los cargos de la acusación, tiempo para la preparación de su defensa, ser asistido por defensor de su elección, derecho irrenunciable de ser asistido por defensor proporcionado por el Estado, Derecho de la defensa a interrogar a testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia de testigos o peritos u otras personas que arrojen luz sobre los hechos, derecho a no autoinculparse, derecho a pluralidad de instancia, derecho a la cosa juzgada, derecho a la publicidad salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

De lo expuesto a manera de colofón, estamos en condiciones de resaltar la importancia de esta fuente del derecho procesal penal, - el derecho internacional de los Derechos Humanos-, de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales supranacionales, como es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia han sido asumidos, respetados y citados tanto por el Tribunal Constitucional Peruano, así como por los operadores jurídicos al momento de emitir la resolución final, por lo que el Estado Peruano, al momento de dictar las leyes, - leyes procesales penales - no puede estar ajeno a cumplir los lineamientos y directivas contenidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL

SUMARIO: I. Nociones generales. II. El debido proceso. 1. Concepto. 2. Antecedente histórico. 3. Manifestaciones del debido proceso. 3.1. El debido proceso formal. 3.2 El debido proceso sustancial. III. la tutela jurisdiccional. 1. Concepto. 2. Manifestaciones.

I. Nociones Generales

Luego de haber explicado que el proceso penal no sólo responde conocer la correcta aplicación del texto legal, sino conocer de dónde derivan sus fuentes y estructura, tal como me he referido en el título precedente, ahora pasaré a explicar las garantías generales a un debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en forma separada para luego hacer una comparación entre las mismas.

El debido proceso por un lado, es la garantía fundamental que tiene un ciudadano ante una investigación y procesamiento criminal, por otro lado, se trata de una garantía muy difusa de gran generalidad, que de ordinario se concreta en garantías constitucionales específicas, aunque los derechos a asistencia de abogado, confrontación y comparecencia compulsoria de testigos son derivados del derecho a un debido proceso de ley, se reconocen independientemente, mediante cláusula constitucional separada¹⁰; en otros casos, la garantía al debido proceso contiene principios constitucionales que se encuentran integrados a éste, no reconocidos expresamente en la Constitución, como el principio *Ne Bis In Idem* Procesal, que se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 139.3 de la norma fundamental como parte de la observancia a un debido proceso.

Sin embargo, existen muchas posiciones contrarias de reconocidos juristas que indican que el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva tienen igual significado, otros aseveran que tienen distinta connotación, y otros, refieren que uno de ellos está reconocido implícitamente dentro del otro.

Para Chiovenda¹¹, el proceso judicial en tanto debido proceso legal es el instrumento necesario para la obtención de la tutela judicial por parte del órgano Jurisdiccional constitucionalmente señalado para dicho efecto, a partir del cumplimiento de sus principales finalidades: el acceso al ideal humano de la justicia, el otorgamiento de la necesaria paz social para el gobierno de los hombres en un Estado Democrático de Derecho y la solución concreta de las controversias intersubjetivas de los particulares otorgándoles a cada uno lo que en derecho le corresponda. Couture precisa que todo proceso judicial es, en sí mismo, un instrumento para la tutela del derecho¹². En esa misma línea el profesor Anibal Quiroga León sostiene que el principio del “Debido Proceso”

¹⁰ Chieza Aponte Ernesto. Derecho Procesal Penal. Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen II. Capítulo 20. editorial Furor, 1995. Colombia

¹¹ Chiovenda, José. Principios de derecho procesal civil. T.I.Reus Madrid. 1992

¹² En Ticona Postigo. Tutela Jurisdiccional Efectiva. Editorial Rodhas. Tomo I. Primera Edición. 1998. Lima Perú.

tiene la misma acepción que el principio de “la tutela jurisdiccional efectiva”, vista desde los dos sistemas jurídicos diferentes, como es el Anglosajón y el Euro continental de origen Alemán¹³. Del mismo modo, el reconocido jurista peruano, Marcial Rubio Correa indica que la tutela jurisdiccional y el debido proceso son términos equivalentes y que el constituyente debió optar por una de esas denominaciones¹⁴.

Tradicionalmente se ha sostenido que la tutela jurisdiccional efectiva encuentra su expresión procesal a través del derecho de acción y del de contradicción, que llevaría a excluir estos dos derechos del contenido del debido proceso. Al respecto MONROY GÁLVEZ¹⁵ señala, tal situación lleva a un absurdo que resulta importante anotar, que el derecho de contradicción se expresa a través del llamado derecho de defensa, el cual pertenece al contenido de la tutela jurisdiccional efectiva y al excluirlo del debido proceso se estaría concluyendo en forma absurda que el derecho de contradicción o de defensa sólo puede ser ejercitado en los procesos jurisdiccionales porque sólo resulta aplicable la tutela jurisdiccional efectiva, y no en los procedimientos administrativos, arbitrales, políticos, particulares o militares. Tal absurdo resultaría evidente porque, como es pacífico en la doctrina y jurisprudencia contemporánea, el derecho de contradicción o de defensa resulta aplicable en todo proceso o procedimiento, de allí que no resulte extraño que se afirme su pertenencia al debido proceso.

El Debido Proceso, para los ordenamientos jurídicos influenciados por el Sistema del Common Law, es el proceso justo que aparece como un derecho fundamental que comprende, además, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, diferenciándose de esta última en que no sólo se aplica a los escenarios jurisdiccionales (es decir, en el marco de un proceso) sino también en los ámbitos no jurisdiccionales (como ocurre en cualquier tipo de procedimiento, administrativo, arbitral, militar, político o particular). En otras palabras, ciñéndonos estrictamente a la comprensión estadounidense (que dicho sea de pasó corresponde al lugar donde el proceso justo ha alcanzado su mayor desarrollo), el reconocimiento del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso hace innecesario reconocer el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva por la sencilla razón de que la comprende.

El problema se presenta cuando en un mismo ordenamiento jurídico se reconoce tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva como derechos fundamentales (como ocurre con la Constitución Política del Perú de 1993), pues un criterio de coherencia o concordancia práctica de la Carta Fundamental exigirá darle un sentido o contenido específico a cada uno de estos conceptos que no será fácil de lograr.

¹³ Quiroga León Anibal. El debido proceso legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Lima Perú

¹⁴ Rubio Correa Marcial. Estudio de la Constitución Política 1993. T.5 Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima 1999.

¹⁵ Monroy Galvez, Juan (1994) “Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”. En Temis, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N°27-28, marzo 1994, p.120

La actual comprensión que efectúa el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, artículo 6.1. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, va en la línea de reconocer el derecho a un debido proceso –al que denomina proceso justo o proceso equitativo– en lugar del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

De otro lado, el Tribunal Constitucional, en la sentencia – caso Almeida Tasayco, considera que El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, son conceptos distintos, mientras la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho al acceso a los Órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder deber de la jurisdicción, en cambio el derecho al debido proceso, significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento del derecho.¹⁶

II. El Debido Proceso.

1. Concepto.

El debido proceso legal o The Due Process of Law es una institución de origen anglosajona, garantía con sustrato constitucional del proceso judicial, definida por un concepto que surge del orden jurisprudencial y de la justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho, finalmente determinado en su resultado; el Debido Proceso legal que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial, es a la vez una garantía de una tutela judicial efectiva y ello a su vez, es elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial.¹⁷ En ese sentido, Fernández Segado¹⁸ señala, *The due process of law* significa el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, y ese derecho encierra dentro de sí un conjunto de garantías que se traducen en otros tantos derechos para el justiciable.

El Debido Proceso comprende numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción que han de preservar la certeza en el proceso. Busca, rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza del derecho de su resultado.¹⁹

El Debido Proceso o debido proceso legal, o la garantía de un juicio imparcial y leal (*fair trial*) del derecho inglés o su traducción al derecho euro continental previendo “chances iguales” para el imputado en juicio, apunta Esparza Leibar²⁰, tiene su origen en el Derecho

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp.Nº3282-2004-HC/TC del 03 de mayo del 2005.

¹⁷ Fix Zamudio Héctor. Ejercicio de las Garantías Constitucionales. México

¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: DYKINSON, 1992, p. 282.

¹⁹ Quiroga León, Anibal. “Los Derechos Humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la Administración de Justicia”. En Eiguren Praeli, Francisco. *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima Cultural Cuzco 1987 p.112.

²⁰ Esparza Leibar Iñaki. *El Debido Proceso*. José María Bosch. Editor. Barcelona 1995. p.241

Anglosajón, el cual fue introducido formalmente en la Constitución de los Estados Unidos a través de la V Enmienda²¹ de 1791, que progresivamente fue evolucionando de ser considerado una garantía de mera legalidad a representar una garantía de justicia.

Ernesto Chieza, comenta, el debido proceso es el derecho a un juicio justo e imparcial, así, se viola el derecho a un juicio justo e imparcial cuando se admite una confesión involuntaria del acusado, se viola el derecho a confrontación, comparecencia compulsoria de testigos, asistencia de abogado, etc. Cuando se dice que el acusado tiene derecho a un juicio justo e imparcial, no quiere decir, que tenga derecho a un juicio perfecto, lo que se quiere expresar es que hay muchos errores que no alcanzan el grado de dejar sin efecto el resultado del juicio, aun cuando se haya menoscabado en alguna medida algún derecho constitucional de un acusado. Por otra parte, pertenece a la esencia de la justicia humana la imperfección judicial, por lo que sería iluso pretender un juicio criminal sin errores procesales. Cuando la cantidad y/o calidad de errores sobrepasa lo tolerable bajo el debido proceso, en el sentido de que perdemos confianza en el resultado del juicio, entonces decimos que el acusado no tuvo un juicio justo e imparcial y merece un nuevo juicio.²²

El debido proceso, visto desde la perspectiva del ordenamiento jurídico del sistema Euro Continental, apunta MONTERO AROCA²³, forma parte de las garantías genéricas - aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal, las que en ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. En esa misma línea, Carocca Pérez señala, el Debido Proceso es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria, que constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria orgánica y procesal, en cuanto ellas sean concordes con el fin de justicia a que está destinado la tramitación de un caso judicial penal o cuyo incumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad – equitativa y justa – del procedimiento.⁽²⁴⁾

Desde esta perspectiva, la Constitución Política del Perú, ha incorporado un conjunto de *garantías genéricas* y una extensa relación de *garantías específicas*. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues

²¹ **V ENMIENDA de la Constitución Política de los Estados Unidos de 1787.** “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

²² Chieza Aponte Ernesto. Ob. Cit.

²³ Montero Aroca, Juan. Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal. Volumen II. Tirant Lo Blach. 2001. España

²⁴ Carocca Pérez Alex. “Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España, en revista jurídica del Perú, año XLVI, N°2, Abril-Junio, Trujillo, 1996.pg.70

una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra.²⁵ El profesor César San Martín Castro reconoce al *debido proceso* como una garantía constitucional a favor de los derechos del imputado en el proceso penal así como garantía de la organización judicial.²⁶ Sin embargo, cabe resaltar que la garantía del debido proceso no se refiere exclusivamente al poder penal del Estado, la fórmula también comprende al procedimiento civil, laboral o administrativo, pues protege todo atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio).

El Derecho al Debido Proceso, se encuentra reconocido en el primer párrafo del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, recoge un modelo constitucional del proceso, es de decir un cúmulo de garantías mínimas que legitiman el tránsito regular de todo proceso.²⁷ Nuestro texto fundamental, haría ver que orienta los alcances de esta garantía constitucional a las providencias del principio del juez predeterminado por la ley y a la del juicio previo, cuando punto a parte, señala “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”, cuando en realidad sus implicancias son mayores.

En efecto, el Debido Proceso en relación con los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, incorporan garantías concretas no recogidas expresamente en la Constitución Política del Estado pero sí en dichos Convenios, a mérito de lo estipulado por la Cuarta Disposición Final de la norma Fundamental. De esta perspectiva los Convenios Internacionales establecen que el Debido Proceso es un derecho humano mediando el cual se debe obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. En ese sentido, Anibal Quiroga León, apunta, que uno de los aspectos esenciales del debido proceso legal en el derecho procesal contemporáneo es el relativo a lograr y preservar la igualdad efectiva de las partes en juicio como aplicación del principio genérico de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, consagrado en el Art.1° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.²⁸

El Debido Proceso Legal o derecho de defensa procesal está contenido en el Art.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es un elenco de garantías mínimas. En efecto, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos ha señalado que el debido proceso es reclamable frente a la actuación de cualquier órgano público, constituye un derecho humano que vincula al Poder Judicial, al Poder Legislativo y a la Administración Pública. En el contexto del Art.8° del Pacto de San José, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló (caso Magistrados del Tribunal Constitucional) “.....esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar

²⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p.9. En San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editorial Grijley. 2001. Lima. Perú.*

²⁶ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editorial Grijley. 2001. Lima. Perú.*

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp.Nº1617-2003-HC/TC del 29 de enero de 2004. caso Soledad María Abanto Chavarría

²⁸ Quiroga León Anibal. Ob. Cit.

resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art.8° de la Convención Americana”

En ese sentido, Montero Aroca²⁹, señala que formarían parte del debido proceso, en atención a su vinculación con los convenios internacionales a través de los cuales pueden integrarse garantías concretas no reconocidas expresamente en la Constitución pero sí en esos Convenios, las siguientes garantías específicas:

- a) La garantía de la no incriminación (art.8.2.”g” CADH)
- b) El derecho a un juez imparcial (art.8.1 CADH)
- c) El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 14°.2.c. PIDCP)
- d) El derecho de interrogar a testigos y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, o de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art.8.2.f CADH)
- e) Igualmente la garantía del ne bis in idem, en su vertiente procesal, según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por una misma conducta y material, en virtud del cual nadie puede sancionado dos veces por un misma conducta.

En efecto, la CIDH sobre la base del artículo 8° ha ido modulando la definición de esta garantía genérica. Ha sostenido que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuye el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. el citado artículo constituye un elenco de garantías mínimas, por lo que en circunstancias específicas otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal, que esta institución abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial; que en última instancia, se trata de un derecho humano, mediando el cual se debe obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas; y que por tanto, y de modo general, la afectación del debido proceso trae como efecto esencial la estimación de ilegales a las consecuencias jurídicas que se pretendieron derivar de un proceso concreto.³⁰

Por su parte Fernández Segado,³¹ señala que el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia, que se traducen en otros tantos derechos que enunciativamente a continuación de plantean:

- a. Derecho a la presunción de inocencia
- b. Derecho de información (de las causas de la demanda o denuncia)

²⁹ Montero Aroca, Juan. Ob. Cit

³⁰ Huerta Guerrero Luis Alberto, El debido proceso en las decisiones de la CIDH en San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal volumen I. p.89.

³¹ Fernández Segado, Francisco. La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción. En Teoría del Derecho Procesal Constitucional, de César Landa. Editorial Palestra. Lima 2004. p.196 – 200.

- c. Derecho de defensa
- d. Derecho a un proceso público
- e. Derecho a la libertad probatoria
- f. Derecho a declarar libremente
- g. Derecho a la certeza (motivación de las sentencias y ne bis in idem)
- h. In dubio pro reo
- i. Derecho a la cosa juzgada.

De otro lado, el Tribunal Constitucional, bajo el concepto de proceso regular que abre su posibilidad de acceso al conocimiento de las decisiones adoptadas por la jurisdicción ordinaria, ha definido el debido proceso como un mecanismo rodeado de elementos compatibles con la justicia. Desde esa perspectiva amplísima sin reparar en las garantías específicas ha incorporado derechos dentro de la noción de debido proceso, de cuya evaluación más bien se desprende que no la toma como una garantía propia sino un principio informador y directivo de toda la actividad jurisdiccional³². En efecto estos derechos son:

- 1) El derecho de defensa y el derecho de motivación de resoluciones judiciales³³
- 2) El derecho al plazo razonable
- 3) El derecho a la cosa juzgada material
- 4) El derecho a la jurisdicción y procedimiento preestablecidos y el derecho a la instancia plural
- 5) El derecho a la igualdad de armas entre las partes de un proceso
- 6) El derecho a la presunción de inocencia
- 7) El derecho al ne bis in idem procesal

El profesor San Martín Castro, refiere que la amplitud o vaguedad de toda concepción acerca del debido proceso, no hace sino plasmar en dicha institución una perspectiva finalista de la actividad jurisdiccional, de un proceso judicial³⁴.

2. Antecedente Histórico

³² San Martín Castro, ob cit. p. 87,88

³³ STC Exp. 1230-2002-HC/TC asunto Tineo Cabrera de 20 julio de 2002, entre otros

³⁴ San Martín Castro. Ob cit. p.88.

Para conocer el desarrollo y alcance del principio del “Debido Proceso”, es preciso remontarse a sus antecedentes históricos, que se encuentran reconocidos en el Sistema del Common Law anglosajón y regulado de manera expresa por primera vez en la Carta Magna de 1215, luego fue implantado a las colonias del Norte de América donde se incorporó en algunas constituciones coloniales o charters y luego de un largo camino, a la Constitución Federal norteamericana de 1787 a través de sus enmiendas V (1791) y XIV (1868)³⁵.

Los más importantes instrumentos que dieron a lo largo de esta historia jurídica el reconocimiento del The Due Process of Law en Inglaterra han sido: The Charter of Liberties de 1100; la Carta Magna de 1215, las Oxford Provisiones de 1258, el confirmatic Cartarum de 1297, the petition of Rights de 1628, the instrument of Goverment – Cromwell- de 1653 y el Bill of Rights de 1688. La Declaración del buen Pueblo de Virginia (1776)

A continuación, desarrollaremos algunos de estos instrumentos³⁶:

2.1. La Carta Magna de 1215.

La crisis del sistema feudal y de la Monarquía del Siglo XIII, y en el caso concreto el régimen Feudal Inglés, fue abatido por las contradicciones que ocurrieron entre la monarquía absoluta, los señores feudales, la iglesia católica y los libres de la ciudad, por lo que ya se reflejaba la irreversible desintegración de la Edad Media. En ese mismo siglo XIII el Rey Juan Sin Tierra resultó impopular porque perdió guerras y con ellas la posición territorial en Francia, fue excomulgado por el Papa por haber confiscado los bienes de la iglesia, aplicó impuestos severos que afectaron a los feudales y a los libres de la ciudad, esta pérdida de autoridad fue aprovechada por los representantes de los hombres libres (barones) para redactar el célebre documento de reconocimiento de derechos importantes e hicieron firmar al mencionado rey en 1215 el documento que es conocido con el nombre de Carta Magna. Asimismo en los S. XII y S. XIII la alta escolástica desarrolló la tesis del Derecho natural al que inspiró a muchos ideólogos revolucionarios de entonces. La carta magna limitó los poderes del absolutismo monárquico inglés. Una de esas limitaciones fue el reconocimiento del debido proceso legal y desde entonces el Estado Monárquico únicamente mediante juicio previo legal pudo restringir la libertad personal, el derecho de propiedad, de posesión.³⁷

En Inglaterra se utilizó la expresión Law of de Land, que en su parágrafo 39 establece que:

³⁵ Marcelo de Bernardis Luis. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima Perú

³⁶ Fuente histórica obtenida del Libro de Marcelo de Bernardis. Ob Cit.

³⁷ Mixan Mass, Florencio, “Cuestiones Epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la prueba. Ediciones BLG. Trujillo- Perú, 2005.

"Ningún hombre libre será detenido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado, ni en modo alguno arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares según la ley de la tierra"³⁸.

Recién en 1354, al ser reexpedida la Carta Magna por el rey Eduardo III (el carácter personal del gobierno feudal exigía que cada monarca la reexpidiera para renovar su vigencia), aparece en ella la expresión inglesa *due process of law* que ha sido traducida a nuestro idioma como debido proceso legal o simplemente debido proceso.

2.2. The Petition of Right de 1628.

La figura del juez Edgar Coke tuvo gran trascendencia en la lucha por la limitación del poder del soberano, mediante la acción que los magistrados van a interpretar y aplicar la ley; su actuación adquirió relevancia que pocos jueces en la historia del derecho han alcanzado.

El juez Coke investido como tal durante el reinado de Jacobo I de la dinastía de los Estuardo, fue la figura central de un proceso que resultara esencial para el surgimiento de la facultad jurisdiccional de controlar la constitucionalidad de las leyes, el llamado Judicial Review del derecho anglosajón³⁹ precisamente a causa de la brillante idea del jurista se creó la cláusula del *due process of law* que aparece consagrada en *The Petition of Right* de 1627.

2.3. The Bill of Rights

La influencia del Juez Coke y Jhon Locke generó un movimiento que pretendía establecer la aplicabilidad de las previsiones del Bill of Rights inglés de 1688⁴⁰ (declaración de derechos) para proteger los derechos de todos los ciudadanos incluyendo a los de las colonias y ya no solo para los súbditos ingleses frente a la Corona. Uno de estos derechos era los tributos sin representación.

La situación de los colonos y su anhelo de igualdad se fue tornando cada vez más difícil puesto que el Parlamento británico no deseaba reconocer que aquellos gozaban de la tutela de Bill of Rights puesto que implicaría conferirles cierta representación en la elaboración de las normas tributarias que les gravaban, o las directivas de comercio interno de las colonias.

En 1766 las cosas llegaron a su límite al expedir el parlamento inglés la Declaratory Act donde establecía su facultad de mandar en las colonias cualquiera sea el caso. A partir de ese momento la situación se fue tornando cada vez difícil hasta que el segundo congreso de Filadelfia reunido en 1775 adoptó la declaración de Independencia de 1776.

³⁸ HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996, p. 7

³⁹ Marcelo de Bernardis Luis. *La Garantía Procesal del Debido Proceso*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima Perú

⁴⁰ El Bill of Rights inglés de 1688 preconizaba: *Que no deben ser exigidas fianzas excesivas ni impuestas multas excesivas ni infligidas penas crueles o anormales*; *Que los jurados deben ser debidamente listados y elegidos que los jurados que dictaminen sobre hombres en procesos de alta traición deben ser libres propietarios*; *Que todas las concesiones y promesas de multas y confiscaciones de personas particulares hechos antes de algún fallo condenatorio son ilegales y nulas* ”

Este derecho fue transplantado a las colonias del Norte de América donde fue incorporándose en algunas constituciones coloniales o Charters y luego de un largo camino a la Constitución Federal norteamericana de 1787 a través de sus enmiendas V (1791) y XIV (1868).⁴¹

Por ello, un sector importante de la doctrina considera que un antecedente directo del concepto de debido proceso lo encontramos también en los *charters* concedidos a favor de quienes asumían labores de colonización bajo el amparo de la monarquía británica⁴².

2.4. La Declaración del buen Pueblo de Virginia (1776)

Otro antecedente histórico del derecho a un debido proceso es la declaración de derechos del buen pueblo de Virginia llevada a cabo el 12 de junio de 1776, en dicho Estado de América del Norte se estableció la igualdad de los hombres respecto de su independencia y libertad, así como de la existencia de derechos de los que no se los puede privar. Se reconoció la soberanía del pueblo, cuyos comisarios y magistrados eran sus servidores y su facultad para elegir el gobierno mas adecuado al servicio del interés general, entre otros derechos reconocía el derecho de todo acusado en causa criminal a conocer el motivo de la acusación, a obtener careos con sus acusadores y testigos así como también a presentar pruebas en su favor, a ser juzgado por un jurado imparcial, cuyo voto unánime era preciso para determinar la culpabilidad, a no declarar contra si mismo y a no ser privado de su libertad sino de acuerdo con las leyes del país.

2.5. Las Enmiendas V y XIV de la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica

Varios siglos después, el *due process of law* fue recogido en las primeras constituciones norteamericanas, anteriores a la Constitución Federal de los Estados Unidos de América. Así, las constituciones de Maryland, de Pennsylvania y de Massachusetts señalaron en un precepto expreso que nadie podría ser privado de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal.

Posteriormente el *due process of law* fue consagrado expresamente en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América (aprobadas en 1791 y 1868, respectivamente), adquiriendo con el tiempo una gran repercusión en los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica estableciéndose que “ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”.

En ese sentido, la V Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica de 1791 impone una limitación a los poderes del gobierno federal, obsérvese su contenido:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del

⁴¹ Marcelo de Bernardis Luis. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima Perú. 1995,

⁴² DE BERNARDIS, Luis M., Ob Cit. .

*mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.*⁴³

Mediante la aplicación de esta enmienda por parte de la Suprema Corte se inicia el desarrollo de uno de los aspectos sustantivos de la garantía del debido proceso en virtud del cual la constitucionalidad de las normas podía ser confrontada a partir de su concordancia con esta cláusula. A partir de tal concepción sustantiva del debido proceso, el Poder Judicial federal en ejercicio de la facultad del judicial Review declaró la inconstitucionalidad de una norma de la legislatura del Estado de Louisiana. El célebre caso *Dred Scout vs. Sanford* de 1857. en este caso la Corte Resolvía a favor de los propietarios de esclavos de ese Estado a quienes, una norma estatal les había negado su derecho a un debido proceso cuando se afectó el interés relativo a la propiedad de los esclavos, al comprometerse dicho estado por la ley que fue declarada inconstitucional no permitió la esclavitud de los negros en los nuevos territorios que fueran incorporados al mismo.

Dicha sentencia tuvo una influencia enorme en la mentalidad de los Framers de la XIV Enmienda pues constituyó un elemento fundamental para el inicio de la Guerra de Secesión, es después de dicha guerra que se iniciará el proceso de Reconstrucción de los Estados Unidos dentro del cual se adoptaron un conjunto de Enmiendas. Las más importantes de todas ellas, es, la XIV cuyo propósito concreto fue hacer extensiva a los negros recientemente liberados algunas de las garantías que debían seguirse para la afectación por las autoridades estatales de ciertos derechos así como para hacerles extensiva la prohibición de ser tratados discriminatoriamente en las leyes estatales.

La Enmienda XIV de la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica de 1868, establece la misma restricción a los poderes de los Estados Locales

- 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.*
- 2. Los representantes se distribuirán proporcionalmente entre los diversos Estados de acuerdo con su población respectiva, en la que se tomará en cuenta el número total de personas que haya en cada Estado, con excepción de los indios que no paguen contribuciones. Pero cuando a los habitantes varones de un Estado que tengan veintiún años de edad y sean ciudadanos de los Estados Unidos se les niegue o se les coarte en la forma que sea el derecho de votar en cualquier elección en que se trate de escoger a los electores para Presidente y Vicepresidente de los Estados Unidos, a los representantes del Congreso, a los funcionarios ejecutivos y judiciales de un Estado o a los miembros de su legislatura, excepto con motivo de su participación en una rebelión o en algún otro delito, la base de la representación de dicho Estado se reducirá en la misma proporción en que se halle el número de los ciudadanos varones a que se hace referencia, con el número total de ciudadanos varones de veintiún años del repetido Estado.*

⁴³ V Enmienda, Constitución Política de los Estados Unidos. Año 1787

3. *Las personas que habiendo prestado juramento previamente en calidad de miembros del Congreso, o de funcionarios de los Estados Unidos, o de miembros de cualquier legislatura local, o como funcionarios ejecutivos o judiciales de cualquier Estado, de que sostendrían la Constitución de los Estados Unidos, hubieran participado de una insurrección o rebelión en contra de ella o proporcionando ayuda o protección a sus enemigos no podrán ser senadores o representantes en el Congreso, ni electores del Presidente o Vicepresidente, ni ocupar ningún empleo civil o militar que dependa de los Estados Unidos o de alguno de los Estados. Pero el Congreso puede derogar tal interdicción por el voto de los dos tercios de cada Cámara.*
4. *La validez de la deuda pública de los Estados Unidos que este autorizada por la ley, inclusive las deudas contraídas para el pago de pensiones y recompensas por servicios prestados al sofocar insurrecciones o rebeliones, será incuestionable. Pero ni los Estados Unidos ni ningún Estado asumirán ni pagarán deuda u obligación alguna contraída para ayuda de insurrecciones o rebeliones contra los Estados Unidos, como tampoco reclamación alguna con motivo de la pérdida o emancipación de esclavos, pues todas las deudas, obligaciones y reclamaciones de esa especie se considerarán ilegales y nulas.*
5. *El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir las disposiciones de este artículo por medio de leyes apropiadas.*⁴⁴

La enmienda XIV parte por señalar que la interpretación de la misma debe efectuarse ateniéndose a las circunstancias históricas que rodean su adopción, considerando que la misma sólo puede ser interpretada en la medida que de respuesta a aquellos problemas que sus framers buscaban resolver mediante su adopción.

2.6 Decisiones Memorables de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica

2.6.1. Caso Gideon vs. Wainwright (1963) y Miranda vs. Arizona (1966)

Estas dos decisiones de la Corte Suprema en la década de 1960 brindaron apoyo a los derechos de las personas acusadas de cometer delitos.

En el caso Gideón vs. Wainwright, los hechos versan en que Clarence Earl Gideon fue arrestado en 1961 por el allanamiento de un salón de billar en Florida. Cuando el acusado pidió que el tribunal asignara un abogado defensor, el juez se negó a complacerlo, aduciendo que la ley estatal sólo disponía la asignación de un abogado en los casos importantes es decir aquellos en los que hubiera muerto una persona o los que se sancionan con la pena de muerte. Gideon se defendió a sí mismo y fue declarado culpable. Ya en la cárcel, pasó horas enteras en la biblioteca estudiando libros de derecho y envió una petición manuscrita a la Corte Suprema para que ésta conociera su caso. La Corte decidió que a Gideón se le había negado el derecho a un juicio justo y dictaminó que todos los estados deben proveer asesoría legal a las personas acusadas de delitos que no pudieran contratar un abogado defensor por su cuenta. Cuando Gideón fue sometido a un nuevo juicio, ya con la ayuda de un abogado defensor, fue declarado inocente. Tres años más tarde, la Corte Suprema

⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos. Año 1787

decidió que el acusado debía tener derecho a un asesor legal desde mucho tiempo antes de comparecer en el tribunal.

En el caso *Miranda vs. Arizona*, Ernesto Miranda fue declarado culpable de rapto y violación, por una corte estatal de Arizona. Su convicción se basó en la confesión que hizo Miranda a los oficiales de policía al cabo de dos horas de interrogatorio, sin que antes se le hubiera informado que tenía derecho de contar con la presencia de un abogado. En su veredicto la Corte Suprema dispuso que los oficiales de policía, al llevar a cabo un arresto, tiene el deber de informar lo que hoy se conoce como las advertencias Miranda, es decir, que el sospechoso tiene derecho de guardar silencio, que cualquier cosa que diga podrá ser usada en su contra, que puede contar con la presencia de un abogado durante el interrogatorio y que se le asignará un abogado si no puede pagar uno por sus propios medios.

2.6.2. Caso Mathews vs. Eldridge

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en el Caso *Mathews vs. Eldridge*, 424, U.S. 319, 1976, estableció criterios que deben sopesarse al determinar el proceso debido para privarle a un individuo de algún derecho protegido,

En ese caso, se declara que los intereses individuales afectados por acción oficial son:

- a. El riesgo de una determinación errónea que prive a la persona del interés protegido mediante el proceso utilizado y el valor probable de garantías adicionales o distintas.*
- b. El interés gubernamental protegido con la acción sumaria y la posibilidad de usar métodos alternos*

2.6.3. Caso Marbury vs. Madison (1803)

Si bien, este caso no es un precedente de protección al derecho a un Debido Proceso, sin embargo, a manera de conocer el proceso de desarrollo histórico de esa nación, hemos creído conveniente incorporarlo a su estudio, por ser la decisión mas importante en la historia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, ya que estableció el principio de revisión judicial y la facultad de la Corte para juzgar la constitucionalidad de las acciones de las ramas legislativas y ejecutiva.

El caso surgió de una disputa política en la secuela de la elección presidencial de 1800, en la cual Thomas Jefferson, un Demócrata Republicano, se impuso al presidente en el cargo Jhon Adams que era federalista. En los días postreros de la Administración de Adams el congreso dominado por los federalistas creó cierto número de puestos judiciales entre ellos los de 42 jueces de paz para el distrito de Columbia. El senado ratificó los nombramientos, el Presidente los firmó y al Secretario de Estado le fue asignada la responsabilidad de sellar y enviar los nombramientos correspondientes. A causa de la premura de las actividades de último minuto, el secretario de Estado saliente se olvidó de enviar los nombramientos a cuatro de los nuevos jueces de paz, uno de los cuales era William Marbury. El nuevo Secretario de Estado del Presidente

Jefferson, James Madison, se negó a entregar los nombramientos porque la nueva administración se sentía indignada al saber que los federalistas habían tratado de perpetuar a los jueces de su propio partido en el aparato judicial. Entonces Marbury presentó una demanda en la Corte Suprema para obligar a Madison a que le entregara su notificación. Si la Corte fallaba a favor de Marbury, Madison se habría podido seguir negando a entregar el nombramiento y la Corte no habría tenido recurso alguno para obligarlo a obedecer la orden. Si la Corte fallaba contra Marbury se arriesgaba a entregar el poder Judicial a los Jeffersonianos al permitirles negar a Marbury el puesto al cual tenía derecho legal. El Presidente de la Corte Suprema John Marshall resolvió el problema declarando que ese tribunal no tenía autoridad para fallar en ese caso. Marshall declaró que la sección trece de la Ley Judicial, que le confería al Tribunal ese poder, era inconstitucional porque ampliaba la jurisdicción original de la Corte con respecto a la jurisdicción definida por la propia Constitución. Al decidir que no emitiría decisión alguna en este caso la Corte Suprema aseguró su posición como el árbitro Supremo de la ley.⁴⁵

Sin embargo, como señala Berger de la línea Originalista, el Judicial Review antes de la resolución del caso Marbury, fue considerado y previsto por los fundadores framers como un instrumento de control de constitucionalidad del ejercicio del poder por parte de las demás ramas del gobierno federal que puede advertirse en la concordancia de los artículos III y VI de la Constitución, es decir para determinar los límites del ejercicio del poder de los demás órganos mas nunca para actuar como órgano legislativo saliendo de lo expresado en el texto constitucional en los casos del llamado debido proceso sustantivo. Si bien no existía acuerdo sobre los alcances de esa facultad para declarar la invalidez de una norma legislativa o ejecutiva si existía acuerdo de entenderse referida a las limitaciones de carácter meramente adjetivo, a partir del texto constitucional.

El hecho histórico concreto es que antes del caso Marbury vs. Madison ya las cortes locales, bajo la influencia de Coke, venían declarando la invalidez de normas emitidas por el legislativo colonial o estatal, por ser consideradas contrarias a la Constitución Colonial o estatal.

3. Manifestaciones del Debido Proceso.

El desarrollo alcanzado por el debido proceso, o proceso justo, ha dado lugar a que cuente con dos manifestaciones íntimamente relacionadas: la procesal y la sustancial, y que además sea utilizado como un instrumento para canalizar la aplicación de los derechos recogidos en el *Bills of Rights* (derechos en principio sólo invocables ante la Federación) al conjunto de Estados de la Unión. Tales manifestaciones consagran el convencimiento de que las normas jurídicas – procesales y materiales – deben ser aplicadas con justicia y que, virtualmente, una sentencia injusta agravia tanto como un proceso formalmente irregular⁴⁶.

El debido proceso alude al concepto formal de cómo debe tramitarse un procedimiento, pero también a un aspecto sustancial declarado como principio de razonabilidad.

⁴⁵ Folleto informativo sobre la reseña histórica de los Estados Unidos

⁴⁶ HOYOS Arturo ob cit. y LINARES, Juan F. *Razonabilidad de las leyes*. Segunda edición actualizada, primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 23-27.

3.1. El Debido Proceso Formal

En su faz procesal (*procedural due process*), el debido proceso o debido proceso adjetivo, formal o procesal, está comprendido por aquellos elementos procesales mínimos que resultan imprescindibles para que un determinado proceso (concepto cuyos alcances trascienden a lo que nosotros conocemos como "proceso judicial") sea considerado justo (la oportunidad de ser oído, de contradecir, impugnar y poder producir prueba, etc.)⁴⁷. El contenido y alcance de tales elementos estará dado por lo que el juez Mathews –en el caso "Hurtado vs. California", 110 U.S. 516 (1866)– llamó: "principios fundamentales de libertad y justicia"⁴⁸.

La protección constitucional significa que un ciudadano sólo puede ser investigado y procesado mediante un procedimiento justo. Esto protege contra confesiones obtenidas mediante coacción y contra procedimientos sugestivos de identificación. La protección impide al Estado emplear métodos de investigación y procesamiento y también proporciona al acusado armas ofensivas, como el derecho a cierto descubrimiento de prueba y a presentar cierta evidencia. La protección no termina con el juicio y sentencia, sino que se extiende a procedimientos posteriores.⁴⁹

El debido proceso formal o procesal, llamado también debido proceso adjetivo, su desarrollo pone de manifiesto que se trata de un derecho complejo de carácter procesal, pues está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho –incluyendo el Estado– que pretenda hacer uso abusivo de éstos⁵⁰. Siguiendo el desarrollo que ha alcanzado en el derecho estadounidense y en cierto sector de la doctrina y jurisprudencia comparada, podemos decir que, metodológicamente, comprende tanto el derecho al proceso como el derecho en el proceso con los alcances que se precisan a continuación⁵¹.

1. *El debido proceso como derecho al proceso.*

En el debido proceso como derecho al proceso, todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada.

Por efectividad en la tutela nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho a que el órgano competente, encargado de pronunciarse sobre su pretensión, dicte oportunamente las medidas necesarias para asegurar la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan y lograr que éstas se cumplan (por ejemplo, dictando medidas

⁵ DE BERNARDIS, Luis M. Ob. Cit. p. 289.

⁴⁸ Cita tomada de: DE BERNARDIS, Luis M. ob cit

⁴⁹ Chieza Aponte Ernesto. Ob Cit.

⁵⁰ FAÚNDEZ LEDEZMA, Héctor. "El Derecho a un Juicio Justo". En: *Las garantías del debido proceso* (Materiales de Enseñanza). Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, 1996, p. 17.

⁵¹ Cfr.: MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Op. cit.*, p. 248

cautelares, medidas conminatorias, etc., según corresponda). Y por tutela diferenciada nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho para que dicho órgano le brinde una tutela que resulte adecuada para solucionar o prevenir en forma real y oportuna los diferentes tipos de conflictos o incertidumbres jurídicas que se le sometan a su conocimiento (por ejemplo, de ser el caso, a través del dictado de medidas anticipadas, de las denominadas medidas auto satisfactivas, etc.)⁵².

Por lo tanto, el derecho al proceso no se agota en la simple posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento cualquiera, sino que su contenido exige que dichos procesos o procedimientos sean justos, para lo cual la tutela que se brinde a través de ellos debe ser efectiva y diferenciada. Como consecuencia de ello, el contenido de este derecho exige también que se eliminen y/o prohíban las barreras y las formalidades irrazonables que obstaculizan el acceso a un proceso o procedimiento.

Adicionalmente, el derecho al proceso exige que ningún sujeto de derecho sea afectado o sancionado si antes no se inició y tramitó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación; por lo tanto, implica también que ningún sujeto de derecho puede ser sorprendido o afectado con los resultados de un proceso o procedimiento que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer. De vulnerarse este derecho la decisión que se emita será nula en la medida de que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal⁵³.

2. El debido proceso como derecho en el proceso.

En el debido proceso como derecho en el proceso, todo sujeto de derecho que participe en un proceso o en un procedimiento cuenta con un conjunto de derechos esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión, incluyendo el respeto por las formas esenciales del procedimiento previamente establecido. Si alguno de estos derechos es violado el acto procesal que contiene el vicio o dio lugar a la violación es nulo, en la medida de que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal⁵⁴.

Sin perjuicio de ello, resulta importante anotar que el contenido del debido proceso formal o procesal (en adelante simplemente debido proceso), al interior de un proceso o de un procedimiento, no es un tema pacífico en la doctrina, siendo usual que varíe de un país a otro (por ejemplo, mientras para algunos la pluralidad de instancia es un requisito imprescindible para la existencia de un debido proceso, para otros no lo es, siendo posible entonces que existan procesos con instancia única); sin embargo, tal variedad o flexibilidad lejos de ser perjudicial es realmente provechosa, pues el contenido del debido proceso debe responder a las necesidades y características de cada sociedad en un momento histórico determinado.

Adicionalmente, el debido proceso, en su manifestación procesal, exige que los órganos encargados de resolver o prevenir conflictos notifiquen oportunamente a los individuos

⁵² Sobre el particular pueden revisarse las Ponencias presentadas en las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizadas en Brasilia desde el 10 al 14 de agosto de 1998.

⁵³ MAURINO, Alberto L. *Nulidades procesales*. Primera reimpresión a la primera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, Cap. III y siguientes.

⁵⁴ . *Id.*: MAURINO, Alberto L. *Op. cit.*, Cap. III y siguientes.

o grupos cuyos intereses en la vida, libertad o propiedad pueden ser afectados por sus decisiones, y que les sea otorgada oportunidad razonable para ser oídos, alegar, probar e impugnar.⁵⁵

Lo expuesto lleva a concluir que, conforme a la comprensión estadounidense, el ámbito de aplicación del debido proceso procesal no se limita al escenario jurisdiccional, sino que es aplicable también a cualquier tipo de procedimiento, sea de corte administrativo, arbitral, militar, político o particular; y además, que "[...] no se limita al mero cumplimiento de ciertas pautas, sino que está íntimamente ligado a la consecución del valor justicia"⁵⁶.

3.2 El debido proceso sustancial o material

Por otro lado, en su **faz sustancial o material** (*substantive due process*), el debido proceso (denominado aquí: debido proceso sustantivo, sustancial o material) es además un patrón o módulo de justicia para determinar lo axiológica y constitucionalmente válido del actuar del legislador, de la administración y del órgano judicial; es decir, hasta donde pueden restringir o afectar, válidamente, la libertad y los derechos del individuo, en el ejercicio de sus poderes o atribuciones. De esta manera, además de ser un instrumento de protección procesal, el debido proceso es también una protección genérica de la libertad individual⁵⁷. Como tal, exige que el conjunto de actos y procedimientos legislativos, judiciales y administrativos consagren una debida justicia en cuanto no lesionen indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuestada como intangible para el individuo. Así por ejemplo, conforme a esta exigencia, "[...] no basta con que una ley sea dictada formalmente y dentro de las atribuciones del órgano legislativo, para que sea válida, sino que es necesario que respete ciertos juicios de valor a los que se liga íntimamente la justicia en cuanto orden, seguridad, paz, etc."⁵⁸.

El debido proceso sustantivo o sustancial exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez

Entonces, el debido procesos sustantivo o sustancial exige que todos los actos de poder, incluyendo los actos del legislador, de la administración, o de los órganos encargados de solucionar o prevenir conflictos sean respetuosos de la vigencia real y equilibrada de la dignidad del ser humano, de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Por lo tanto, exige también que se establezca un adecuado equilibrio entre los derechos de la sociedad y los poderes

⁵⁵ HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996

⁵⁶ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. "El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular". Ponencia presentada en el *Congreso Nacional de Casación* celebrado en el Callao del 5 al 9 de julio de 1999, a convocatoria de la Corte Superior de Justicia del Callao, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao y la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 2, nota No. 2;

⁵⁷ LINARES, Juan F. *Razonabilidad de las leyes*. Segunda edición actualizada, primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p.26-27

⁵⁸ LINARES, Juan F. *Ibid.*, p. 12.

del Estado (por ejemplo, al legislar sobre aspectos con una importante connotación moral) y que se respeten los principios de justicia que fundamentan un ordenamiento jurídico político.

En opinión de LINARES, el aspecto sustancial o material del debido proceso, respecto a la ley formal y formal-material consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables⁵⁹. Posición sostenida también por CORWIN al considerar que: "[...] los términos del *due process* sustantivo implican que el Congreso debe ejercitar sus poderes de manera razonable, en el sentido que la Corte lo considere en última instancia"⁶⁰.

Es así como el debido proceso sustantivo ha sido utilizado para inaplicar o declarar la invalidez de aquellos actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, que resultan irrazonables por contravenir la Constitución o los imperativos de justicia que fundamentan el ordenamiento jurídico político⁶¹.

Ya desde fines del siglo pasado e inicios del presente, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América decidió que el *due process of law* abarca mucho más que la exigencia de procesos justos y razonables. Afirmó que implica también el reconocimiento de la existencia de derechos sustanciales o materiales cuya relevancia no puede ser dejada de lado por ningún proceso o acto del órgano legislativo, administrativo o judicial, sin importar que dichos derechos no estén explícitamente reconocidos en el texto constitucional, ni mucho menos la corrección formal con la que aquellos actos o procesos hayan sido emitidos o se hayan desenvuelto⁶². Bajo este análisis, el Estado al aprobar leyes o al realizar alguna actuación, no puede afectar de manera irrazonable, arbitraria o caprichosa los intereses de propiedad o libertad.

Finalmente, expuestos los rasgos de las manifestaciones y usos del debido proceso en el derecho estadounidense, no debe caerse en el error de pensar que se encuentran aisladas la una de la otra, pues se encuentran íntimamente relacionadas. En efecto, en el caso de los procesos o procedimientos se advierte que su eficacia conjunta es necesaria para que éstos sean verdaderamente justos. Así, por ejemplo, los elementos que integran la faz procesal del debido proceso (*procedural due process*) guardan una estrecha conexión con su faz sustancial (*substantive due process*), pues sólo será justo aquél proceso o procedimiento donde las normas, materiales o procesales, que concurren a solucionar o tramitar el caso concreto otorguen a los sujetos oportunidad real y razonable para formular sus pretensiones, exponer su defensa, impugnar, probar y obtener una decisión justa en forma oportuna, efectiva y dentro de un plazo razonable.⁶³

⁵⁹ (LINARES, Juan F. *Op. cit.*, p. 31

⁶⁰ Citado por: DE BERNARDIS, Luis M. *Op. cit.*, p. 266

⁶¹ LINARES, Juan F. *Op. cit.*, p. 34-35.

⁶² ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy. "Apuntes sobre el desarrollo de la jurisprudencia constitucional aplicable a los derechos fundamentales en los Estados Unidos de Norteamérica, con especial referencia a los derechos de privacidad e igualdad". En: *Ius et veritas*. Año X, No. 20, en prensa. Lima: Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 3-4 del texto elaborado por el autor.

⁶³ Reynaldo Bustamante Alarcón EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO JUSTO <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/busta.htm>

Este panorama histórico ha permitido poner de manifiesto que en el derecho estadounidense el debido proceso siempre estuvo vinculado a un ideal de justicia y que, para satisfacerla, sus manifestaciones se encuentran estrechamente relacionadas. Por tal motivo, cualquier separación artificiosa que se haga de ellas no sólo contrariará su evolución histórica, sino que, además, significará una contravención a los principios de justicia que inspiraron su origen, desarrollo y contenido.

Estas dos manifestaciones del debido proceso o proceso justo –la sustantiva o sustancial y la adjetiva o procesal– son casi exclusivas del sistema jurídico estadounidense, sin embargo, se presenta también en otros países como en la Argentina. Así, BIDART CAMPOS da cuenta que: "El derecho constitucional argentino conoce ampliamente, a la manera americana, el desdoblamiento de la garantía del debido proceso: en sentido *sustantivo* o material, como principio de razonabilidad, y en sentido *adjetivo* o formal como rito legal de tramitación de los procedimientos"⁶⁴.

III. La Tutela Jurisdiccional

1. Concepto.

Esta garantía al igual que el debido proceso, está reconocida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que la consagra como garantía de un correcto proceso judicial.

Se decía al inicio de este capítulo, que un sector de la doctrina suele identificar el derecho a un proceso justo o debido proceso con el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. Creo que la identificación se debe a la influencia que ha ejercido el ordenamiento jurídico Español en el nuestro, al configurar el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva como parte de los elementos que integran un debido proceso (por ejemplo, con el derecho al recurso legalmente establecido, la prohibición de indefensión, el derecho a obtener una decisión adecuadamente motivada que ponga fin al proceso, etc.)

Para el Profesor Reynaldo Bustamante Alarcón esa identificación resulta inadecuada, no sólo porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia–, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares.⁶⁵

Uno de los aspectos más importantes de la concepción del Derecho Procesal es el entendimiento de que el irrestricto acceso de los justiciables a los tribunales de justicia en la búsqueda de una Tutela Judicial Efectiva es a través de un debido proceso legal como la primera de las garantías constitucionales de la Administración de Justicia. La primera evidencia de ello se obtiene a través de la conceptualización del derecho de acción (es decir, el derecho público subjetivo de todo ciudadano de acudir al órgano Jurisdiccional para

⁶⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. *La Corte Suprema* (El Tribunal de las Garantías Constitucionales). Buenos Aires: Ediar, 1984, p. 117

⁶⁵ Bustamante Alarcón Reynaldo. Ob cit

obtener una respuesta cierta, imparcial y dentro de plazos razonables por sobre sus derechos subjetivos en disputa) como un derecho fundamental.

Desarrollando específicamente el derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva, el Profesor y Magistrado Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, Victor Ticona Postigo⁶⁶ sostiene que si bien en la doctrina comúnmente se utilizan los conceptos tutela jurídica, tutela judicial, tutela procesal y tutela jurisdiccional efectiva, el concepto de tutela jurídica, para el léxico de la Escuela Alemana, como anota Couture, se entiende como la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas, sin embargo el concepto de tutela jurídica es mucho más amplio y comprende la tutela que emana de las normas jurídicas sustantivas como de las normas procesales, es decir se puede tangibilizar extra proceso o intra proceso. Si la tutela se hace por medio del proceso, se está frente a la denominada Tutela Jurisdiccional, pues el goce y el ejercicio de los derechos, intereses y su defensa respectiva, será viable mediante la intervención de los organismos jurisdiccionales competentes, concluye que la tutela jurídica es el género y la tutela jurisdiccional es la especie. El concepto tutela judicial efectiva, denota una tutela concedida por el Juez. Y esto es así porque el Juez representa al Estado y que su investidura jurisdiccional inmediatamente proviene del Poder o función jurisdiccional que tiene todo Estado y mediatamente del Pueblo; por consiguiente, siendo el derecho y el deber de jurisdicción atributo inherente del Estado, la tutela que reconoce mediante el proceso es jurisdiccional y no judicial. Frente al deber de jurisdicción que tiene el Estado, como correlato se halla el derecho a la tutela jurisdiccional que tiene toda persona, por tanto el deber de satisfacer el derecho a la tutela jurisdiccional es del Estado y no del Juez, quien solamente es un medio para hacerlo efectivo.

Asimismo, sostiene Ticona⁶⁷, que se suele utilizar el concepto de tutela procesal, el cual tiene un concepto más restringido que el de tutela jurisdiccional, por cuanto se refiere a la tutela que se persigue estrictamente dentro del proceso, en cambio la tutela jurisdiccional también tiene efectividad antes del proceso, la tutela procesal, viene a constituir una subespecie de la tutela jurisdiccional.

Germán J. Bidart Campos⁶⁸ afirma la existencia del derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso, como una etapa previa al proceso cuando expresa que el derecho a la jurisdicción es un supuesto de la actividad procesal, que, en su primera etapa aparece como previo al proceso, pero que no agotándose con el acceso al órgano judicial se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firme.

También se afirma el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva durante el proceso, el mismo que consiste en el derecho que tiene toda persona de acceder a un proceso a un juicio previo, con garantías mínimas que aseguren un juzgamiento imparcial y justo

⁶⁶ Ticona Postigo. Tutela Jurisdiccional Efectiva. Editorial Rodhas. Tomo I. Primera Edición. 1998. Lima Perú.

⁶⁷ Ticona Postigo. Ob.cit.

⁶⁸ Bidart Campos. Ob cit

Vicente Gimeno Sendra⁶⁹ expone que el derecho de acción penal es un auténtico derecho fundamental previsto en el derecho a la tutela judicial efectiva. Al igual que el derecho a la tutela, mediante su ejercicio los particulares han de ostentar el libre acceso a los órganos de la jurisdicción penal a fin de obtener de ellos una resolución motivada, fundada en derecho, congruente con la pretensión penal y, a ser posible, de fondo en la que, bien se ocasione el archivo del procedimiento por haberse evidenciado la ausencia de alguno de los presupuestos que condicionan la apertura de juicio oral, bien se actúe el *ius puniendi* como consecuencia de haberse probado la existencia de un hecho punible y la participación en él del acusado, o de declare la inocencia y se restablezca el derecho a la libertad del acusado.

Monroy Gálvez postula que el derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso se puede desdoblar, teniendo en cuenta su contenido y momento de su exigibilidad, el derecho al proceso y derecho en el proceso. El primero es el derecho a juicio previo y el segundo es el denominado derecho al debido proceso legal o *due process of law* o proceso justo⁷⁰.

Jesús Gonzales Pérez señala que el derecho a tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas⁷¹ se trata de un derecho instrumental que permite la defensa jurídica de los intereses legítimos. En una perspectiva de conjunto, su ámbito de aplicación es el acceso a la tutela judicial, a conseguir una resolución imparcial con arreglo al derecho objetivo y a obtener la ejecución de una sentencia. Sin embargo, independientemente de su instrumentalidad, se debe tener en cuenta que también goza de la condición de derecho sustantivo, porque es un derecho previo al proceso, con todas las garantías que exige el fuero de la persona en todo Estado de Derecho.⁷²

La tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de naturaleza subjetiva, abstracta y autónoma. Subjetiva, porque le alcanza a todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, órgano constitucional autónomo, órgano público despersonalizado o cualquier otro sujeto a quien el sistema jurídico le concede calidad de parte material dentro de un proceso), abstracta, ya que quien alega una pretensión no necesariamente tiene que encontrar en el órgano jurisdiccional una decisión que ampare su pretensión autónoma, porque se trata de un derecho tan complejo que su contenido entraña singularidades⁷³. El derecho en referencia tiene como titulares a las personas naturales y jurídicas a quienes el ordenamiento jurídico reconoce capacidad para ser parte en un proceso. Pero a diferencia del debido proceso que puede ser reclamado en sede no solo jurisdiccional, sino también administrativo, corporativo y político, el ámbito de aplicación de la tutela jurisdiccional no puede ser otra que la sede jurisdiccional. Es un derecho cuya violación solo puede ser imputada a jueces y tribunales que ejercen función

⁶⁹ Gimeno Sendra, Vicente. Moreno Catena, Victor; Cortes Domínguez Valentín. Derecho procesal penal. Colex Madrid, 1996.

⁷⁰ Monroy Galvez, Juan. Ob.cit

⁵⁹ Gonzales Pérez, Jesús (1989) El derecho a la Tutela Jurisdiccional. 2da edición, Madrid, Civitas. S.A. p 27

⁶⁰ Monroy Galvez, Juan (1994) "Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano". En Temis, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N°27-28, marzo 1994, p.120

jurisdiccional. Al igual que el debido proceso, la tutela jurisdiccional presenta un contenido complejo. Sin embargo la doctrina tiene establecido que la tutela jurisdiccional comprende: el derecho de libre acceso a los tribunales, derecho a obtener una resolución sobre la pretensión deducida, derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia – caso Almeida Tasayco, considera que mientras la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho al acceso a los Órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder deber de la jurisdicción, **el derecho al debido proceso**, en cambio, significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento del derecho.

2. Manifestaciones de la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

La Tutela Jurisdiccional Efectiva, como derecho autónomo, está integrada por diversas manifestaciones y que engloba a decir de Asencio Mellado⁷⁴ los siguientes:

- a) el derecho al proceso,
- b) derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho
- c) derecho a los recursos legalmente previstos y
- d) derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

a) El derecho al proceso o el Derecho de libre acceso a los tribunales.

La tutela jurisdiccional concreta el acceso a la jurisdicción, en el derecho a ser parte en un proceso. Lo que significa que la persona, en primer lugar, puede escoger la vía judicial que estime pertinente, y en segundo lugar, indicar quienes son los sujetos pasivos de la relación procesal que pretende entablar. El art.14.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye, bajo la denominación, derecho de acceso a la justicia, el derecho de que todas las personas tienen que ser oídas por el órgano jurisdiccional. El acceso al órgano jurisdiccional se debe manifestar no solo en la posibilidad de formular peticiones concretas sino también en que se puede instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas.⁷⁵ Por su parte, Chamorro Bernal, señala, este derecho debe garantizar el irrestricto ejercicio del derecho de acción, para lo que resulta evidente que es necesario que el estado debe proveer de órganos jurisdiccionales, dotar de normas procesales así como de jueces imparciales⁷⁶.

b) Derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

Corresponde al derecho de obtener una resolución de fondo jurídicamente motivada, salvo que se declare su inadmisibilidad. La exigencia de motivar las sentencias se enlaza de modo indisoluble con la naturaleza propia de la función jurisdiccional. La congruencia también forma parte del derecho a una tutela jurisdiccional como elemento imprescindible de toda resolución que pone fin a un procedimiento. Es imprescindible la correspondencia lógica entre lo que se pretende y lo que se resuelve.

⁷⁴ Asencio Mellado : Introducción al Derecho Procesal, cit.p.188. citado en el Libro Derecho Procesal Penal Volumen I, San Martín Castro César. . P64. Editorial Grijley, Julio 2001. Lima Perú. P.64

⁷⁵ San Martín Castro, César. Ob. Cit p.108, 109..

⁷⁶ Chamorro Bernal, Francisco. La tutela efectiva. Editorial, Bosch. Barcelona, 1994. p.12-13.

c) derecho a los recursos legalmente previstos

Para Chamorro Bernal este derecho, está vinculado al derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión. Este derecho debe organizar el derecho de contradicción, el derecho de probar y el derecho de impugnación.⁷⁷

d) derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes

El fallo judicial debe cumplirse porque de lo contrario los derechos o pretensiones de las partes pueden verse convertidos en simples declaraciones vaciadas de eficacia. De ahí que son violatorias de la tutela jurisdiccional las paralizaciones sucesivas de la ejecución de la sentencia amparada en articulaciones impugnatorias orientadas a impedir indefinidamente la forma de ejecutarla. La ejecución del fallo en sus términos estrictos comprende el respeto del principio de la cosa juzgada (*non bis in idem* o *res iudicata*) que prohíbe revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.⁷⁸

ORTELLS RAMOS⁷⁹, siguiendo lo expuesto por el Tribunal Constitucional español resalta el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de la siguiente manera:

- Este derecho no asegura sólo una mera posibilidad de acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de aquellos órganos sin que deban producirse situaciones de indefensión. El titular del derecho es toda persona, nacional o extranjera.
- El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y también el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido. Es decir, corresponde al contenido de este derecho la actividad ejecutiva de los órganos jurisdiccionales.
- El objeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no lo es una resolución estimatoria de las pretensiones deducidas, sino simplemente una resolución jurisdiccional de fondo, fundada en derecho, cualquier sea su sentido, favorable o adverso.
- Este derecho no está reconocido de modo incondicional, sino que presupone su configuración legislativa, en cuanto somete el ejercicio de la potestad jurisdiccional a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan, a la que habrá que ajustar su ejercicio para que los órganos jurisdiccionales lo reconozcan
- No son indiferentes respecto al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, ni los presupuestos procesales, ni los requisitos admisibilidad de los actos procesales que el legislador ordinario pueda establecer, ni la apreciación que de unos y otros hagan los órganos jurisdiccionales, pues, en ciertos supuestos, esas normas legales o esos actos del juez pueden ser lesivos del derecho al pronunciamiento de fondo en su núcleo constitucionalmente protegido.

Salvo en el proceso penal, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a que el legislador establezca un recurso, pero, si éste se halla establecido su admisibilidad no puede hacerse depender de requisitos contrarios a la

⁷⁷ Chamorro Bernal. Ob cit. p.12-13

⁷⁸ Carlos Mesias. Ob cit.

⁷⁹ Ortelis Ramos . En Sanchez Velarde Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA. Lima Perú.2004

Constitución o de una interpretación arbitraria o no acorde con la Constitución de los requisitos legales.

De otro lado, afirma Aparicio Pérez⁸⁰ los derechos al debido proceso constituyen la base sobre las que se asienta la tutela judicial y no judicial. En tal entendido, se puede señalar que, en nuestro sistema constitucional se encuentran consagradas enunciativamente las garantías de un proceso litigioso, en función de lo que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional que el Estado debe proveer.

En ese sentido, Néstor Sagiús⁸¹, en atención a que no sólo el Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional son los encargados de Administrar Justicia, sino también organismos jurisdiccionales excepcionales, corresponde asegurar el derecho de los ciudadanos a obtener justicia, para lo cual propone delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales implícitas y explícitas:

- a. Juez Natural
- b. Acceso a la Jurisdicción.
- c. Derecho a la instancia plural.
- d. Principio de igualdad procesal.
- e. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas
- f. Deber judicial de producción de pruebas

En síntesis, se puede observar que no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia un criterio constitucional uniforme acerca del alcance y significado del debido proceso y la tutela jurisdiccional, debido al origen diverso de ambas instituciones, lo que ha generado que ambas instituciones se confundan o parezcan ser lo mismo., sin embargo, es de resaltar que entrambos buscan proteger los derechos del justiciable frente al poder punitivo del Estado acorde a un Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Sin embargo, desde mi punto de vista, puedo identificar, que si bien, el debido proceso y la tutela judicial efectiva son instituciones parecidas, que proceden de distintos sistemas procesales, el debido proceso, del sistema del common law y la tutela jurisdiccional efectiva del sistema euro continental, empero, tienen matices que lo hacen distintos, y es que, la tutela jurisdiccional efectiva, viene a ser una garantía de la administración de justicia propiamente de la justicia ordinaria, mientras que el debido proceso tiene alcances mayores, se habla del debido proceso administrativo, que no necesariamente se ve en la justicia ordinaria, siendo por ello, considerado, como una garantía de justicia.

TITULO III

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL PERUANO

Sumilla: I consideraciones generales. II. Los Principios del Proceso Penal Peruano. III. El principio de Jurisdiccionalidad. 1. gratuidad de la justicia penal. 2. el principio de imparcialidad. 3. el principio del plazo

⁸⁰ Aparicio Pérez, Miguel. La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional. En RGEC. N°3 mayo –agosto CEC Madrid. En Teoría del Derecho Procesal Constitucional. César Landa Arroyo. Ob cit. p.201

⁸¹ Sagiús, Néstor Pedro. Elementos del Derecho Constitucional. T.2 Astrea. Buenos Aires.1993. pp.340 y ss

razonable. 4. derecho al juicio previo. 4.1. el principio de oralidad. 4.2. publicidad 4.3. contradictoriedad. 4.4. continuidad. 4.5. concentración. 4.6. inmediación. 5. igualdad procesal entre las partes. 6. derecho al recurso. 7. indemnización en caso de error judicial. IV. El principio a la Presunción de Inocencia. 1. alcances generales. 2. manifestaciones. 2.1. trato de inocente. 2.2. la carga de la prueba corresponde al acusador. 2.3. la prueba inculpatoria debe ser legítimamente obtenida. 2.4. la interpretación de la ley a favor del imputado o in dubio pro reo. 2.5. el uso racional de los mecanismos de coerción procesal. V. la prohibición de la persecución múltiple. VI. El titular de la acción penal. VII. El principio del juez natural. VIII. La legalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales. IX vigencia e interpretación de la ley procesal penal. X. legitimidad de la prueba. XI. El derecho de defensa. 1. cuestiones generales. 2. el derecho a la defensa técnica. 3. derecho a la defensa material. 4. derecho a la no autoincriminación. 5. derecho de información. 6. derecho de tiempo razonable para preparar la defensa. 7. derecho a producir prueba propia y a confrontar la de la contraria. XII. Prevalencia de las normas del Título Preliminar. XIII otras directivas del sistema de justicia penal.

I.- consideraciones generales.

A continuación desarrollaré de manera integral, los principios procesales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, a la luz de las previsiones contempladas en la Constitución Política del Estado Peruano, en los Tratados Internacionales sobre derechos Humanos, y en el Título Preliminar de Código Procesal Penal de 2004, y que permiten garantizar a las partes del litigio un escenario racional y de juego limpio, en cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y a un debido proceso. Se trata de un estándar abierto, de un contenido que si bien puede precisarse en el momento del desarrollo actual de la institución, tiene por característica fundamental una nota de indeterminación que le permite aceptar otras exigencias futuras específicas que puedan plantearse a la acción del órgano jurisdiccional.

En ese orden de ideas, la Constitución Política del Perú consagra una serie de derechos y garantías que inciden en el desarrollo de un proceso penal, sobre todo en la etapa juzgamiento oral; en ese sentido, el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP) por primera vez incorpora un título preliminar compuesto diez artículos, que contienen principios sirven de guía o atributo al juzgador para resolver un determinado proceso, postulando, además, que ellos deben ser utilizados como fundamento de interpretación (artículo X).

Además debemos considerar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la misma Carta Fundamental, la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Relacionado con el estándar aludido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el proceso “es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”.⁸² El mismo tribunal ha sostenido que para que el proceso sea debido debe abarcar “las condiciones que deben de cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración jurisdiccional”.⁸³ Y que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido

⁸² CIDH. Opinión Consultiva OC/16/99, de 1 de octubre de 1999.

⁸³ CIDH. Caso Genie Lacayo, sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N° 30.

proceso legal.⁸⁴

Como afirma Antonio CANCADO TRINDADE sin el acceso a la justicia no hay un verdadero Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la CADH. Es mediante el libre y pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia que la persona humana se emancipa, se defiende y se afirma frente a las manifestaciones del poder arbitrario, es el pilar básico de la protección de los derechos humanos, en los planos tanto nacional como internacional.⁸⁵

En este contexto se insertan los derechos, garantías y principios procesales que regulan el ejercicio de la potestad penal del Estado.

Tratándose de los principios debemos advertir que algunos de los que se mencionarían tienen la fuerza axiológica que emana del derecho fundamental al que se encuentran vinculados,⁸⁶ a modo de garantía, y otros, en cambio, constituyen simples principios procesales que, eventualmente, formarán parte del derecho genérico al debido proceso.

Por principio procesal entendemos aquellos postulados fundamentales de carácter adjetivo que la ley establece con el carácter de normas imperativas para el correcto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional y que, además, sirven como criterios interpretativos de las demás reglas procesales. Sin la concurrencia de ellos el proceso no puede ser reconocido e identificado como tal.⁸⁷

Como todo sistema jurídico, el proceso penal peruano, se constituye sobre la base de las normas objetivas que lo componen, por el aporte doctrinario y por la aplicación práctica de esas normas efectuada por los tribunales, formando así un conjunto de principios, valores y reglas coherente y unitario que debe propender al otorgamiento de respuestas racionales y equilibradas a los conflictos de naturaleza criminal que se suscitan en la sociedad.

La virtud de estos principios, consagrados positivamente – sea como mandatos de optimización o como simples postulados procesales - y desarrollados en su contenido normativo por la doctrina y la jurisprudencia, radica en el aporte que hacen a los operadores jurídicos de un escenario adecuado para litigar en un contexto realmente contradictorio, asegurando, a su vez, a los intervinientes y demás personas involucradas la menor afectación posible de sus derechos fundamentales.

Además, la visión de sistema contribuye a la seguridad jurídica al permitir la obtención de decisiones de un modo igualitario y justo. En efecto, unidas las normas por ideas centrales

⁸⁴ CIDH. Caso Ricardo Baena y otros VS Panamá, sentencia de fecha 10 de febrero de 2001. Serie C N° 72.

⁸⁵ CANCADO TRINDADE, Antonio *El Derecho de Acceso a la Justicia en su amplia dimensión*, Librotecnia, Santiago, agosto de 2008, p. 61.

⁸⁶ Del modo sostenido por ALEXY, esto es, como normas abiertas que manifiestan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc. Son el reflejo de una determinada forma de vida. Constituyen mandatos de optimización – que admiten cumplimiento en diversos grados – dirigidos a los órganos de aplicación del derecho y señalan con carácter general, cómo se debe interpretar y seleccionar la regla jurídica aplicable.

⁸⁷ En este sentido PALOMO, Diego *La Oralidad en el Proceso Civil. En el Nuevo Modelo Español*, Librotecnia, Santiago, octubre de 2008, pp. 24 y 25.

dotadas de sentido se asegura una interpretación armónica de todas ellas y la coherencia de su aplicación en el contexto del completo contexto normativo.

III. Los Principios del Proceso Penal Peruano.

Se entiende por *principios* al conjunto de conceptos jurídicos que constituyen directrices básicas que orientan la actividad jurisdiccional y *a las garantías* como los mismos principios que aplicados a un caso concreto constituyen una seguridad y protección contra la arbitrariedad estatal en la aplicación de la ley penal. En ese sentido, se entenderá por *principios* los juicios de valor que inspiran e informan una normativa o la disciplina de una institución. Y por *principios procesales* a aquellas máximas que configuran las características esenciales de un modelo procesal, y que sirven de guía para la interpretación de las demás normas procesales y para direccional el desarrollo concreto de cada proceso. Dada la importancia de los principios procesales, debido a su vinculación con los derechos fundamentales de las personas han venido siendo constitucionalizados con la finalidad de dotarlas de la máxima fuerza normativa.

ARMENTA DEU señala los principios son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas y que, a falta de éstas, pueden resolver directamente los conflictos.⁸⁸ Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos.

Según Alberto Binder agrupa los principios del proceso penal, en tres niveles: las garantías destinadas a impedir la manipulación del proceso penal, las que limitan la potestad de Estado de buscar información probatoria y las que buscan limitar el empleo de la fuerza en el proceso.⁸⁹

El Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, contiene “Principios Generales” o “Principio Fundamentales” que marcan pautas modélicas estructurales y de interpretación, colocados en el programa de Constitucionalización del derecho procesal penal, propias de un mecanismo de resoluciones de conflictos democráticos, eficaces y garantizadores. Los mismos que a continuación procederemos a desarrollar profusamente:

IV. El principio de Jurisdiccionalidad

La Constitución Política, especialmente en el Art.139º, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad. Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.⁹⁰

⁸⁸ Armenta Deu, Teresa: Lecciones de Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid, 2003. p.69

⁸⁹ Binder Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad Hoc. Buenos Aires 2002 p.29

⁹⁰ Montero Aroca, Juan. Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.p 21

Como apunta Binder el principio de la jurisdiccionalidad está referido a la prevalencia de las garantías destinadas a evitar la manipulación del proceso⁹¹. Esta afirmación tiene sustento en nuestro país donde la democracia ha atravesado momentos extremadamente difíciles, en la que nuestra República ha experimentado largos periodos de caos y desinstitucionalización, donde los Estados de Excepción han sido la regla.

1. Gratuidad de la justicia penal.

De acuerdo al artículo 139.16 de la Constitución Política la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa (para las personas de escasos recursos) es un principio de la función jurisdiccional, luego en el nivel legal se dispone que la justicia penal es gratuita, salvo en lo relativo al pago de las costas procesales establecidas conforme al Código (artículo I N° 1 CPP).

Esto significa que el Estado no cobra a las partes suma alguna por prestar el servicio de solución de conflictos penales, poniendo a su disposición a los órganos jurisdiccionales en forma gratuita.

La excepción a dicha regla está constituida por las costas del juicio, esto es, por las tasas judiciales, en los procesos por delitos de acción privada, o cualquier otro tributo que corresponda por actuación judicial; por los gastos judiciales realizados durante la tramitación de la causa; por los honorarios de los abogados de la parte vencedora, y de los peritos oficiales, traductores e intérpretes, cuando no constituyan un órgano del sistema de justicia, así como de los peritos de parte (artículo 498 N° 1 CPP). Así también las reglas de exclusión del pago de costas le alcanza al Ministerio Público (art.499.1), lo cual en gran medida vulnera el principio de igualdad, por cuanto, en calidad sujeto procesal y parte en el proceso, frente a una deficiente investigación fiscal, se verá perdedor en el caso, sin embargo, será la víctima la que pague las costas a favor del imputado absuelto, teniendo que asumir las consecuencias de un deficiente investigación fiscal.

En toda decisión que ponga fin al proceso penal o que resuelva un incidente de ejecución se debe establecer quién debe soportar las costas del proceso, mediante resolución motivada (artículo 497 N° 1 y 2 CPP). Sin embargo, no procede la imposición de costas en los procesos por faltas, inmediatos, terminación anticipada y colaboración eficaz, tampoco en los procesos por ejercicio privado de la acción penal si culmina por transacción o desistimiento (artículo 497 N° 5 CPP).

Esta materia se vincula con el deber estatal de la tutela judicial y como la eliminación del beneficio de litigar sin gastos por parte de las autoridades puede tender a la denegación de justicia, teniendo en cuenta, entre otras razones, que el rechazo a otorgar el beneficio se puede transformar en una medida disuasiva por una parte, para no continuar con la acción ya comenzada porque los costos pueden llegar a paralizar el procedimiento, principalmente, cuando el accionante no tiene los medios necesarios para hacer frente a los gastos que son propios de la actividad jurisdiccional; por otra parte, porque el temor a perder algún bien patrimonial puede prevalecer en perjuicio del ejercicio del derecho a la jurisdicción.⁹²

⁹¹ Binder Alberto. Ob. Cit.

⁹² En este sentido Susana ALBANESE, ob cit., pp. 42 y 43.

Germán BIDART sostiene sobre el particular que cuando con carácter previo a la iniciación del proceso el justiciable debe abonar la tasa de justicia dicho pago se vuelve inconstitucional si por su monto es desproporcionado con la capacidad del obligado, o si por cualquier otra causa le cierra el acceso a la justicia. De igual manera, el pago posterior por parte de quien ha visto denegada su pretensión también puede resultar inconstitucional según el monto y la proporción razonable del mismo con la situación económica o financiera del justiciable.⁹³

Tal como lo afirma el profesor José NEYRA, este principio de gratuidad de la justicia penal se inserta dentro de otra prerrogativa fundamental más amplia, a saber, el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, concebido como un derecho de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio.⁹⁴

2. Principio de Imparcialidad

Ante este permanente riesgo de manipulación del proceso penal se erigen las garantías orientadas a conjurarlo, como es el que contempla el **Art. I,1 del TP del CPP**, al indicar de manera categórica que la justicia penal es impartida exclusivamente por los órganos judiciales y que tan delicada función destacada por su consustancial característica de **imparcialidad** esto es de sujeción a la constitución y la ley y de operatoria en un **plazo razonable** contrario a cualquier dilación indebida.

Asimismo, debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 55° de la Constitución Política del Estado que prescribe que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, si se trata de normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce, la cuarta disposición de la constitución establece que éstas se interpretan de conformidad con la declaración universal de los derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Así podemos apreciar que en la cláusula décima de la declaración Universal de Derechos Humanos “toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

De igual forma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14° numeral 1° reconoce el derecho a la igualdad, el derecho del juez natural, independencia, imparcialidad, publicidad.

Del mismo modo en el Artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos se

⁹³ BIDART, Germán *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires 1997, p. 289.

⁹⁴ NEYRA FLORES, José Antonio “Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral”, Idemsa, Lima – Perú, julio de 2010, pp. 124 y 125.

refiere a las garantías judiciales que consagra los lineamientos del debido proceso penal o derecho de defensa procesal que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.

Este principio consagrado positivamente en el artículo I,1 del Título Preliminar del CPP, además, se encuentra cautelada en los artículos 53 y siguientes del mismo cuerpo legal, en tanto regulan la inhibición y recusación del juez, por las causales específicas y genéricas allí indicadas, a saber:

- a).- Cuando el juez tenga, directa o indirectamente, interés en el proceso o lo tenga su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.
- b).- Cuando el juez tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.
- c).- Cuando los jueces fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.
- d).- Cuando los jueces hubieren intervenido anteriormente como Juez o Fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.
- e).- Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

Al igual que otras garantías o principios **la imparcialidad judicial** tiene una estructura normativa abierta e indeterminada que impone al ente jurisdiccional una tarea que excede la de interpretar una simple regla jurídica.

La imparcialidad es la virtud que se exige del juez y la parcialidad el vicio que le impide actuar en su calidad de tal, generando una verdadera inhabilidad o incompetencia personal.

Entonces, para determinar si un juez está habilitado o no para conocer de un determinado asunto se requiere precisión acerca del alcance jurídico de la garantía en análisis.

Como punto de partida podemos recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para el cual la imparcialidad es la “*falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud*”. De la misma fuente, se entiende por parcialidad (significado 5º) el “*designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguien, que da como resultado la falta de neutralidad o insegura rectitud en el modo de juzgar o de proceder*”.⁹⁵

Como apunta MAIER, el sustantivo *imparcial* refiere, directamente, por su origen etimológico, *in partial*, a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. Para agregar, a continuación, que el concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la

⁹⁵ Obtenidos de la página web www.rae.es, en consulta realizada el día 31 de agosto de 2009.

materia acerca de las cuales debe decidir. Sin embargo el juez, desde su función, parte de una posición que no favorece la imparcialidad, sino que, antes bien, la imposibilita en origen, pues la ley lo obliga a adoptar la posición de parte en el procedimiento, a tener interés propio en la decisión, a abandonar su posición neutral frente al acontecimiento desde algún punto de vista (la “verdad histórica objetiva”, base de su decisión, o no condenar a un inocente o no condenarlo más allá de su merecimiento y necesidad, pese a la torpeza de su actividad defensiva). Incluso se puede decir que, frente a la solución dilemática – relativa – que hoy gobierna nuestro orden jurídico en materia de decisión judicial (condena o absolución), coincida o no coincida el juez que lleva a cabo esta actividad – extraña en sí a su concepto y función – con los intereses de los protagonistas del asunto, siempre favorecerá con su acción el interés básico de alguna de las “partes” o intervinientes en el procedimiento.⁹⁶

El profesor Alejandro ROMERO expresa que la imparcialidad del juzgador es una garantía esencial del debido proceso y al mismo tiempo un presupuesto procesal. Como garantía busca que el juez que debe decidir el objeto del proceso no pierda su carácter de tercero imparcial, evitando que concurra a resolver un asunto si existe la mera sospecha que, por determinadas circunstancias favorecerá a una de las partes, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados. La existencia de esta garantía descansa en la necesaria separación que debe existir entre el juez y los sujetos que conforman la relación procesal. Desde la Escuela de Bolonia en adelante, en la clásica definición de Búlgaro (1100-1166), el juicio ha sido descrito como un acto entre tres personas (*est actus trium personarum*). Hay siempre dos partes que comparecen frente a un tercero imparcial para la resolución de sus conflictos. La figura del juez no se concibe sino como un tercero imparcial que decide un conflicto. Añade que tradicionalmente este elemento de la relación procesal se explica invocando el antiguo aforismo que proclama que “nadie puede ser juez en su propia causa” o que “nadie puede ser juez y parte” (*nemo iudex in causa propria*). Si un juez no está en condiciones de garantizar esta elemental pauta de justicia, debe abstenerse de juzgar la causa, ya sea actuando por su propia iniciativa o a través de una petición de la parte interesada que ejerce su derecho a la recusación (en sentido lato).⁹⁷

En similares términos, hemos afirmado que el juez imparcial es aquel que no tiene interés en los resultados del juicio, independiente de las partes, que no se ve constreñido por ningún tipo de consideraciones a favorecer a una en desmedro de la otra. Además, se requiere que el tribunal no albergue ningún tipo de prejuicio en cuanto al fondo del asunto sometido a su decisión, entendiendo que hay prejuzgamiento cuando el juez es llamado a juzgar de nuevo acerca de una imputación, que ya ha conocido intensamente.⁹⁸

GOLDSCHMIDT distinguía entre *parcialidad* y *imparcialidad*: “Parcial significa ser parte; imparcial da a entender que se juzga con prejuicios (...) La imparcialidad consiste en poner entre

⁹⁶ MAIER, Julio Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, segunda edición, tercera reimpresión, enero de 2004, pp 739 y 740.

⁹⁷ ROMERO, Alejandro Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Colección de Manuales Jurídicos N° 123, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, agosto de 2009, p. 73.

⁹⁸ En este sentido CERDA, Rodrigo *Manual del Sistema de Justicia Penal*, Editorial Librotecnia, Santiago Mayo de 2009, p. 27.

paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad.⁹⁹

Para JAUCHEN “la imparcialidad es el modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia. Juez es sinónimo de imparcialidad, es la esencia misma inherente a la justicia. Si el proceso es la forma civilizada como presupuesto para la realización del Derecho Penal, es indispensable que el encargado de decidir sólo podrá hacerlo con justicia si es *imparcial*, esto es, si no tiene inclinación favorable o negativa respecto a alguna de las partes o interés personal alguno respecto al objeto del proceso”.¹⁰⁰

Agrega el mismo tratadista que “esta garantía también involucra necesariamente un sistema procesal en el que la acción penal no puede ser promovida de oficio. No se puede ser juez y parte al mismo tiempo, lo que conspira frontalmente con la esencia de la justicia. De ahí que el ajeño *ne procedat iudex ex officio*, pilar fundamental en todos los Estados de Derecho, sea el primer presupuesto insoslayable del respeto a la garantía constitucional del *juez imparcial*.¹⁰¹ El principio acusatorio formal dispone disociar las funciones requirente y decisoria, lo que apareja la necesidad del acto de instancia por parte de otro órgano totalmente distinto del juez. Acción y jurisdicción son esencialmente inconciliables, por ello un mismo órgano judicial no puede tener ambos poderes; no se puede ser juez y parte al mismo tiempo, pues ello afecta su imparcialidad objetiva”.

Ninguna actividad les cabe a los jueces en la persecución penal, ni en la acusación, tampoco en la aportación o recolección de la prueba. Inhibición que asegura su condición de ecuánimes y objetivos, ajenos psicológica y funcionalmente del resultado del conflicto.

Hace patente JAUCHEN que, en un sistema acusatorio, sólo a las partes corresponde la iniciativa probatoria, debiendo el tribunal mantenerse totalmente ajeno a cualquier iniciativa de incorporar pruebas de oficio, pues toda actitud mediante la cual el tribunal por sí solo pretenda obtener el ingreso de pruebas pone de manifiesto una predisposición o inquietud partiva de escudriñar cuestiones que a todas luces indican que psicológicamente el órgano decisor está *interesado* en alguna medida por el objeto del proceso. Que este interés sea originado en pro o en contra de alguna de las partes, aun cuando se mantenga oculto en la mente de los jueces denota una iniciativa inconciliable con la ineludible equidistancia y ecuanimidad que deben guardar para no incurrir en parcialidad o al menos siquiera ponerla en dudas. Si bien en todo proceso penal está comprometido el *interés público* de la comunidad en el esclarecimiento y castigo de los delitos, como también la absolución del inocente, ese interés público debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público Fiscal como órgano predisposto por el Estado precisamente con ese objetivo.¹⁰²

Ya CALAMANDREI afirmaba que: “Sólo prohibiendo al juez todo poder de iniciativa se

⁹⁹ Citado por MEROL, ob cit., p. 384.

¹⁰⁰ Ob cit., p. 210.

¹⁰¹ Ob cit., p. 212.

¹⁰² Ob cit., p.218.

puede obtener de él la objetividad que constituye la virtud suprema del magistrado... No se puede olvidar que el proceso penal inquisitivo, en el que el oficio de investigar los delitos y el de juzgarlos se acumulan en una misma persona, se ha hecho tristemente famoso en la historia como instrumento típico de arbitrio policiaco; cuando se confunden las funciones, psicológicamente incompatibles, de investigador y de juez, en el acto de acusación está ya *in nuce* la condena, y la conciencia del juez se halla extraviada por el amor propio del acusador”.¹⁰³

Por su parte SANCINETTI pone de relieve las sospechas de parcialidad que derivan de la actuación de los jueces en etapas anteriores al juicio, que los llevó a formarse opiniones sobre indicios vehementes de culpabilidad de uno o más acusados. Esta situación hace que la imparcialidad de los jueces en cuestión ya no estuviera garantizada desde la perspectiva objetiva, debido a sus decisiones de la etapa preliminar.¹⁰⁴

Para el profesor NOGUEIRA los magistrados deben ser imparciales, lo que implica ser tercero neutral y desinteresado entre partes, permaneciendo ajeno a los intereses de ellas como al mismo objeto litigioso, examinando y resolviendo el conflicto intersubjetivo solamente sometido al ordenamiento jurídico como criterio de juicio.¹⁰⁵

Sostiene HEYDE que corresponde a la naturaleza de la actividad judicial ser ejercida por un tercero imparcial, objetiva y personalmente independiente...la neutralidad judicial es presupuesto para la objetividad de la jurisdicción y, en concreto, un rasgo esencial de toda actividad judicial.¹⁰⁶

Por su parte, la CIDH ha considerado que “El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.”¹⁰⁷

Para PICO I JUNOY existen dos modos de apreciar la imparcialidad judicial: una subjetiva, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes; y otra objetiva, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso.¹⁰⁸

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Piersack, señala “si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicio o parcialidades, su

¹⁰³ Citado por JAUCHEN, ob cit., p. 214.

¹⁰⁴ SANCINETTI, Marcelo *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, septiembre de 2001, p. 11.

¹⁰⁵ NOGUEIRA, Humberto en *El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, Editorial Librotecnia, Santiago enero de 2007, p. 48.

¹⁰⁶ Citado por NOGUEIRA, Humberto ob cit., p. 49.

¹⁰⁷ Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párrafo 146.

¹⁰⁸ Picó I Junoy. *Las Garantías constitucionales del proceso*. JM Bosch Editor, Barcelona, 1997. p134.

existencia puede ser apreciada, (...) de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.¹⁰⁹

Siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos,¹¹⁰ la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: “Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas sobre su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática, y sobre todo, en las partes del caso”.¹¹¹

Sobre este segundo aspecto el Tribunal Constitucional español ha resuelto que “...desde la óptica constitucional, para que en garantía de la imparcialidad un juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas”.¹¹²

Comenta JAUCHEN que, desde dicho pronunciamiento de la CIDH, se consagra el principio conceptual de que los motivos de parcialidad y en consecuencia de apartamiento del juez no se limitan a las taxativas causales de recusación enumeradas en los digestos procesales sino que también existe una variada gama de situaciones imposibles de enumerar pero que genéricamente aun cuando no estén expresamente previstas configuran objetivamente motivos de apartamiento por colocar al juez o tribunal en duda sobre su imparcialidad.¹¹³

Desde esta perspectiva se contempla el derecho del acusado a quejarse por falta de imparcialidad del tribunal cuando las circunstancias externas, objetivas, en que se desempeña sugieren sospechas legítimas sobre su falta de prejuicios en la solución del caso que debe juzgar, sin que pese sobre el acusado la carga de demostrar que el juez,

¹⁰⁹ En San Martín Castro, César. Ob cit. p.95

¹¹⁰ En Piersack vs. Bélgica, sentencia de 1 de octubre de 1982, serie A, N° 53, párrafo 30, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que el hecho de que un tribunal de juicio estuviera integrado por un miembro que había actuado como superior de la Fiscalía durante la instrucción y que habría podido dar instrucciones en contra del imputado, afectaba la garantía de la imparcialidad. Sentó un concepto general de imparcialidad y una importante distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva que fue mantenida sin variaciones en la jurisprudencia posterior. La idea común a ambos aspectos es el principio rector de la garantía: la ausencia de prejuicios iniciales acerca del hecho a juzgar. El aspecto subjetivo trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto (lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión), existiendo una presunción de imparcialidad mientras no se demuestre lo contrario; en cambio, el aspecto objetivo se refiere a si este juez ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable, legítima.

¹¹¹ CIDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párrafo 170.

¹¹² STC español 26/2007, de 5 de febrero de 2007, parte II.3.

¹¹³ Ob cit., p. 215.

efectivamente, abrigaba ya en su fuero interno el deseo de una sentencia condenatoria.¹¹⁴ Entonces, de acuerdo a los parámetros de imparcialidad objetiva, todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso.

Concordante con lo expuesto precedentemente Fleming y López señalan que la imparcialidad de los jueces o magistrados se entiende comúnmente en su reducción psicológica, significando la inmunidad que ellos deben tener para juzgar en conciencia, es decir libres de las influencias de factores ajenos a la causa. El símbolo que representa a la justicia como una mujer con los ojos vendados hace alusión a la independencia o libertad de juicio según la cual deberían actuar quienes encarnan la función jurisdiccional. Agregan que el referido concepto es el que tradicionalmente ha servido para delimitar el aspecto subjetivo de la garantía, pero junto a él se encuentran las limitaciones no reales o efectivamente comprobables sino las situaciones que se consideran, desde un plano externo al juzgador, como susceptibles de afectar el ideal del buen juicio. El corolario de la imparcialidad en su faz objetiva puede reducirse al siguiente principio: nadie puede ser sometido a proceso con intervención de un magistrado de cuya ecuanimidad pueda razonablemente desconfiar.¹¹⁵

Añade NOGUEIRA que, a su vez, se encontrará afectada la imparcialidad de los jueces cuando éstos no tengan únicamente en consideración los hechos en consonancia con el derecho, sin restricciones o alicientes, sin influencias, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector y por cualquier motivo. Agrega que los jueces deben ser personas íntegras, idóneas y con calificación jurídica apropiada, todo lo cual debe garantizarse con un método de selección adecuado, en el cual no se establezcan diferencias arbitrarias o discriminaciones por motivo de raza, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición. Asimismo, debe garantizarse su inamovilidad hasta la edad de retiro o cumplimiento del período para el que hayan sido nombrados o elegidos de acuerdo con los preceptos legales respectivos.¹¹⁶

Por su parte, FERRAJOLI analizando la subjetividad específica del conocimiento judicial expresa que el Juez por más que se esfuerce por ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos. Acto seguido señala que la imagen propuesta por BECCARIA del juez como “indiferente indagador de la verdad” es bajo este aspecto fundamentalmente ingenua. No es una representación descriptiva sino una fórmula prescriptiva que equivale a un conjunto de cánones deontológicos: el compromiso del juez de no dejarse condicionar por finalidades externas a la investigación de lo verdadero, la honestidad intelectual que como en cualquier actividad de investigación debe cerrar el interés previo en la obtención de una determinada verdad, la actitud “imparcial” respecto de los intereses de las partes en conflicto y de las distintas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos por ellas avanzadas, la independencia de juicio y la ausencia

¹¹⁴ En este sentido SANCINETTI, ob cit., p.19.

¹¹⁵ FLEMING, Abel y LOPEZ, Pablo Garantías del Imputado, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, junio de 2007, p. 534.

¹¹⁶ Ob cit., p.50.

de preconceptos en el examen y en la valoración crítica de las pruebas, además de en los argumentos pertinentes para la calificación jurídica de los hechos por él considerados probados. Todas estas actitudes son ciertamente indispensables para dar vida al modelo de proceso que BECCARIA denominaba “*informativo*” (cognoscitivo), en oposición al que llamaba “*ofensivo*”, donde “el juez se hace enemigo del reo” y “busca sólo el delito en el encarcelado”. Le pone lazos y se cree desairado si no sale con su intento en perjuicio de aquella infalibilidad que el hombre se atribuye en todos sus pensamientos.¹¹⁷

Agrega FERRAJOLI que aquellas virtudes no bastan para excluir por completo la subjetividad del juicio. Más allá de las alteraciones deshonestas y partidistas de la verdad, en realidad son posibles y en alguna medida inevitables las deformaciones involuntarias, debidas al hecho de que toda reconstrucción judicial mínimamente compleja de los hechos pasados equivale en todo caso a su interpretación, a la que el juez llega partiendo de hipótesis de trabajo que, aun cuando precisadas en el curso de la investigación, le llevan a valorizar algunas pruebas y a descuidar otras y le impiden a veces no sólo comprender sino incluso ver datos disponibles pero en contraste con ellas. En todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio.

Termina diciendo el autor Italiano que se hace difícil el distanciamiento del juez de los sucesos que tiene la tarea de comprobar y bastante más ardua su serenidad de juicio, que resulta más directamente influida por sus convicciones morales y políticas personales y por los condicionamientos culturales y sociales ejercidos en él por el ambiente externo.

Finalmente, en otro ámbito, el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en su artículo 10, dispone que los justiciables tienen derecho a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional. El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

Otra de las causas de afectación al principio de imparcialidad es el denominado principio del juez no prevenido. La dualidad de fases en el proceso penal – instrucción y juicio – determina la intervención de diferentes jueces, en tanto en la primera etapa haya sido ordenada y dirigida por un juez. Ello es así, explica DE LA OLIVA SANTOS, por la convicción de que sólo se administra justicia penal con garantías de acierto si el Juez o los Magistrados que han de dictar sentencia tras la vista oral no han intervenido en la fase de instrucción o preliminar y carecen, por tanto, de las prevenciones o prejuicios que se suponen prácticamente inevitables como consecuencia de una labor de instrucción o investigación.¹¹⁸

Por otro lado, resulta necesario establecer la diferencia conceptual que existe entre imparcialidad e independencia; al respecto, Alberto Binder¹¹⁹ expone, la imparcialidad es

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, séptima edición, Madrid 2005, p. 56.

¹¹⁸ De la Oliva Santos, Andrés; Aragonés Martínez, Sara. Hinojosa Segovia, Rafael, Muerza Esparza, Julio; Tomé García, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. Edición 1993. p 40

¹¹⁹ Binder Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-Hoc SRL Primera Edición Abril 1993.

algo diferente de la independencia. La independencia determina que el juez esté solo sometido a la ley y a la constitución. La imparcialidad significa que para la resolución del caso el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera de la aplicación correcta de la ley y la solución justa para el litigio tal como la ley prevé. Existen también mecanismos procesales para preservar la imparcialidad del juez: conocido como causas de apartamiento excusas o recusaciones. MORENO CATENA señala que la independencia respecto de las partes y del objeto litigioso significa imparcialidad, es decir, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico¹²⁰.

Conforme manifiesta, Julio Maier¹²¹ la Independencia Judicial, es una característica que corresponde al Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado. El Poder Judicial está integrado por una pluralidad de personas quienes no pueden depender del principio de obediencia jerárquica para garantizar al justiciable la sumisión a la ley y al caso concreto. Se trata de una organización horizontal en la que cada juez es soberano al decidir el caso conforme a la ley a diferencia del poder ejecutivo organizado verticalmente según de principio de jerarquía. Las organizaciones judiciales verticales son propias de los sistemas políticos autoritarios como las monarquías absolutas y de su régimen procesal penal la inquisición.

En términos generales y a modo de síntesis, podemos afirmar que el derecho-deber de imparcialidad del tribunal penal se compone de las siguientes facetas:

- a).- La imparcialidad en sentido estricto que alude, en primer lugar, a que el juez no sea parte del litigio y, asimismo, a la mantención de equidistancia entre él y las partes (incluidos sus representantes), para que no tienda a favorecerlas o perjudicarlas con su decisión. Esta faceta podemos denominarla imparcialidad subjetiva y afecta la función en esencia.
- b).- El principio del juez no prevenido, que pretende evitar el prejuicio en el juzgador. Se relaciona con el tema a decidir, con el objeto del juicio, de modo que el tribunal se acerque a él sin tener una postura previa al respecto. Aquí no hay de parte del juez la intención de decidir sirviendo los intereses personales o de alguna de las partes en el proceso, sino del incumplimiento de la función, al no formarse su juicio del modo previsto por la ley. Esta faceta ha sido llamada imparcialidad objetiva.
- c).- La incompatibilidad de funciones en materia penal, faceta relacionada con el aspecto precedente, que obedece a la pregunta de si el comportamiento del juez es propio de su condición de juzgador o se corresponde más bien a la función de los intervinientes (acusador; defensor). Deriva del principio acusatorio formal, propio del nuevo proceso penal, en cuya virtud al juez no le compete perseguir ni defender, solo juzgar.
- d).- El temor por la influencia de algunas condiciones objetivas en la imparcialidad del tribunal. Propugnada fundamentalmente por la jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos y que se ha denominado también imparcialidad objetiva.

3. El principio del plazo razonable.

Así se declara en el Título Preliminar, artículo I N° 1 del CPP, directriz que se hace patente al disponer el mismo cuerpo normativo que el plazo de la investigación preparatoria es de

¹²⁰ En San Martín Castro, Cesar. Ob cit. p 94

¹²¹ Maier Julio B. J. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo 1b Fundamentos. Editorial Hammurabi A.R.L 1989.

ciento veinte días naturales, pudiendo ser prorrogado por una sola vez por un máximo de sesenta días más (artículo 342 N° 1 CPP). En el caso de investigaciones calificadas como complejas, el plazo será de ocho meses y su prórroga, por igual período, sólo puede ser decretada por el juez de la investigación preparatoria (artículo 342 N° 2 CPP).

En todo caso el fiscal debe dar por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no se hubieren vencido los plazos antes indicados (artículo 343 N° 1 CPP).

Si vencidos dichos plazos el fiscal no da por concluida la investigación, las partes pueden solicitar su conclusión al juez, quien citará a una audiencia de control del plazo. En dicha audiencia el juez puede ordenar la conclusión de la investigación, en cuyo caso el fiscal tendrá un plazo de diez días para solicitar sobreseimiento o formular acusación. El incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria del fiscal (artículo 343 N° 2 y 3 CPP).

Si el Ministerio Público (en adelante MP) decide acusar el procedimiento avanza hacia la etapa Intermedia, bajo un estricto consecutivo legal, lo que determina un avance sostenido hacia el juicio propiamente tal, siempre sujeto a plazos legales acotados. En efecto, presentada la acusación por el fiscal se dispondrá su notificación a los demás sujetos procesales para que hagan valer sus facultades procesales en el plazo de diez días (artículo 350 N° 1 CPP). Transcurrido dicho plazo el juez señalará día y hora para la realización de la audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días (artículo 351 N° 1 CPP). En la fase siguiente, llegado el auto de enjuiciamiento al juez penal éste debe dictar el auto de citación a juicio indicando la fecha en que se realizará el juicio oral. La fecha será la más próxima posible, con un intervalo no menor de diez días (artículo 355 N° 1 CPP).

En el ámbito de los Tratados Internacionales este principio, también conocido como derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 14.3.c PIDCP), supone que los procesos judiciales deben iniciarse y completarse en un plazo razonable (artículo 8.1 CADH), obliga entonces a las autoridades a garantizar que todas las etapas del proceso, incluidas las diligencias preliminares y el juicio, así como los recursos y apelaciones, se completen, y los fallos se dicten, dentro de un plazo prudente. La obligación del Estado de acelerar los procedimientos es más apremiante cuando el imputado se encuentra sujeto a medidas cautelares personales, especialmente si se trata de la prisión preventiva (artículo 7.5 CADH).

La garantía de un juicio sin dilaciones, entonces, está vinculada al derecho a la libertad personal, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Se pretende asegurar que la incertidumbre que enfrenta el imputado y el estigma que entraña ser acusado de un delito, pese a la presunción de inocencia, no se prolonguen. Las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no deben prolongarse continuamente en el tiempo para no causarle daños permanentes.

El derecho a un proceso dentro de un plazo razonable es un derecho subjetivo constitucional que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal de carácter autónomo, aunque instrumental al derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del poder judicial (aún cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar

en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y en su caso restablecer inmediatamente el derecho a la libertad.¹²²

El Profesor y Juez Supremo, José Neyra Flores, añade que la doctrina a nivel internacional ha establecido varias soluciones a la violación del derecho fundamental al plazo razonable, así como señala el Tribunal Constitucional, éstas son:¹²³

- a).- Las compensatorias, para resarcir el daño causado, que a su vez pueden ser internacionales, civiles o penales.
- b).- Las sancionatorias, que pueden ser de orden administrativo-disciplinaria y penales, orientándose a reprimir la conducta dilatoria de las autoridades judiciales.
- c).- Las procesales, que son tanto la nulidad como el sobreseimiento.

Estas soluciones se explican en la medida que son adoptadas por tribunales de competencia internacional, en virtud de tratados vigentes, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según sea el caso.

Comenta NEYRA FLORES que el Tribunal Constitucional Peruano en el caso CACÓN MÁLAGA optó por la solución procesal, al manifestar que “...sólo con el respeto inmaculado de todas las garantías judiciales del imputado se puede fundar la legitimidad constitucional de una sentencia judicial. Por ello, la ausencia de una de estas garantías constituirían una falta de justificación para la legitimación persecutoria del Estado o si se quiere la materialización del *ius puniendi estatal*. Es por ello que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la *pérdida de la legitimidad punitiva* derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente. En tal sentido, en el caso de autos, en el que se ha mantenido al recurrente en un estado de sospecha permanente y sin que – como se ha visto a lo largo de la presente sentencia – las circunstancias del caso justifiquen dicha excesiva dilación, el acto restitutorio de la violación del derecho al plazo razonable del proceso consistirá en la exclusión del recurrente del proceso penal”.¹²⁴

En el mismo orden de ideas, Susana ALBANESE expresa que el cumplimiento de plazos razonables en los procesos coadyuva a la credibilidad de la administración de justicia por estar íntimamente vinculado con la eficacia del sistema. Desde este aspecto,

¹²² Ob cit., p. 148.

¹²³ Ob cit., p.153.

¹²⁴ STC en expediente 3509-2009-PHC/TC.

tanto demorar irrazonablemente un proceso como llevar adelante investigaciones después de 20 ó 30 años de inactividad judicial conceden al justiciable la posibilidad de extender un manto de incredulidad acerca del sistema judicial. El accionar lento o tardío indicaría la ineficacia o la ausencia de independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, según el enfoque que se realice.¹²⁵

La CIDH ha declarado sobre este particular que “se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales”.¹²⁶

En ese sentido, en palabras de GIMENO SENDRA, el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consta de dos elementos: **que la dilación se produzca**, lo que significa incumplimiento de los plazos legalmente previstos, y **que sea indebida**, cuya apreciación se hará en cada caso y según sus circunstancias. Al respecto, comenta el profesor San Martín Castro en su obra citada, la primera condición para ejercer este derecho es que se incumplan los plazos previstos en la ley, corresponde a la autoridad judicial, por imperio del principio de impulso de oficio, vigilar y subsanar, en su caso, el incumplimiento de los plazos procesales. La segunda condición, es que la dilación o retraso sea indebida, se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya apreciación debe realizarse caso por caso y según las circunstancias, siendo de analizar tres elementos puntuales: a) la complejidad del asunto o causa, b) el comportamiento del agente- de la actuación de buena o mala fe dependerá la calificación de indebido – en el curso del procedimiento; y c) la actitud del órgano judicial (determinar si medió inactividad de su parte, si fue el causante de las dilaciones).¹²⁷

Asimismo, el Tribunal Constitucional Peruano, en el Exp. N° 7624-005-PHC/TC de 27 de julio de 2006. Caso: “CARTEL DE TIJUANA” ha fijado criterios que determinan la razonabilidad del plazo, siendo estos, tres:

- A) La actuación de los órganos judiciales.
- B) La complejidad del asunto.
- C) La actividad procesal del detenido.

a) **La actuación de los órganos judiciales.** Es deber del juez penal dar prioridad debida y actuar con la diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido; caso contrario se vulnera su derecho de dignidad humana. (caso Kenmache. Sentencia del Tribunal Europeo de DDHH párrafo 45). Para ello, es necesario evaluar el grado de celeridad con que se ha tramitado el proceso. En tal sentido son censurables. la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva, las indebidas acumulaciones o des acumulaciones de procesos, los repetidos cambios de juez penal, la tardanza de la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general.

¹²⁵ Ob cit., p. 110.

¹²⁶ Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C N° 30, parrs. 77-81.

¹²⁷ Gimeno Sendra, Vicente. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, volumen I. ob cit. p 97

La falta de diligencia de los órganos judiciales ocurre también, en los supuestos que su actuación se viera respaldada por el ordenamiento legal, que puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos humanos. (Caso Gangaram Panda. Sentencia del 4 de diciembre de 1991).

B) complejidad del asunto. Para valorar la complejidad del asunto, se debe considerar factores como: La naturaleza y la gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria, la pluralidad de los agraviados o inculpados, y algún otro elemento que permita concluir que la dilucidación de una determinada causa resulta complicada y difícil. El tráfico ilícito de drogas es un delito que atenta contra la salud pública y el proceso de fabricación produce daño al medio ambiente. En este caso la Constitución ha establecido un tratamiento especial para el plazo de la detención preliminar en los delitos de TID, así como el Art.137 del CPP ha determinado la duplicidad automática del plazo de detención, además son deberes del Estado (Art.44° Const.) defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger de las amenazas contra su seguridad, promover el bienestar general. La seguridad es otro criterio para determinar la complejidad del plazo razonable de la detención. Como la gravedad especial de un crimen, la reacción del público ante el mismo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar.

C) actividad procesal del detenido. Es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado, de la defensa obstruccionista (signo de mala fe del procesado). La demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar de los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento.

Evidentemente, la calificación de un plazo como razonable depende de las circunstancias del caso, debiendo considerar si el imputado se encuentra sujeto a medidas cautelares, la intensidad de estas medidas, la complejidad del asunto (naturaleza y gravedad del delito cometido, número de imputaciones, tipo de investigación, número de personas involucradas y número de testigos), la conducta del imputado (por ejemplo si intenta sustraerse de la acción de la justicia o no coopera) y el proceder de las autoridades (en razón de su diligencia y eficacia).

4. Derecho al juicio previo.

El derecho al juicio es una consecuencia de la prohibición general de autotutela en materia penal y del monopolio que se reconoce al Estado en materia de persecución penal. La Constitución Política Peruana en el artículo 139.10 asegura a todas las personas el principio de no ser penado sin proceso judicial; a decir RODRIGUEZ HURTADO¹²⁸ impone la existencia de un escenario procesal al que ingresa la pretensión punitiva del Fiscal y la libertaria del imputado para que en condiciones de publicidad, oralidad, igualdad de armas, contradicción e inmediatez se practique, esencialmente por estas partes, la prueba de cargo o descargo, cuyo resultado será valorado según las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia por el órgano judicial imparcial quien emitirá un fallo motivado de absolución o condena. Esta garantía va de la mano con la presunción de inocencia, pues sólo a través de

¹²⁸ Rodríguez Hurtado, Mario. Constitucionalización del proceso penal: Principios y Modelo del Código Procesal Penal. Academia de la Magistratura. Programa de capacitación para el ascenso. Abril 2010 Lima Perú.

un procedimiento legalmente tramitado se puede condenar al imputado penal. Asimismo el Título Preliminar del CPP en el mismo artículo I, en su inciso 2, confirma la trascendencia que el nuevo modelo le da al juicio previo, el que no confunde con cualquier otra etapa procesal, sino connotar al destacar las peculiaridades del juzgamiento oral, público y contradictorio.

En efecto, el juicio oral es la **etapa principal del proceso**, característica que se desprende de la lectura de los artículos I N° 2, V N° 2 y 356 N° 1 del CPP. Coherente con ello el Código dispone que las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de dicha etapa y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia, en principio sólo sirve la prueba que se rinda en el juicio (actos de prueba), excepcionalmente también servirán la prueba anticipada, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio es permitida legalmente (artículo 325 CPP).

El procedimiento penal divide a todo proceso en diversas etapas. Un proceso común por delito de acción pública que tenga por objeto la imposición de una medida represiva cuenta con las siguientes etapas: a) investigación preparatoria, b) intermedia, y c) juzgamiento. El procedimiento principal o juicio es la etapa central del proceso penal, realizada sobre la base de una acusación, cuyo eje sustancial es un debate oral, público, contradictorio y continuo, que tiene por fin específico obtener la resolución de mérito que resuelve sobre las pretensiones ejercidas; y para asegurar su éxito, se le debe preparar convenientemente. Su resultado normal es la sentencia, por lo que el procedimiento principal – juicio – abarca tres etapas diferenciadas entre sí: la preparación del debate, el debate y la obtención de la sentencia.

Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Perú, rigen especialmente en el juicio la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor (artículo 356 N° 1 CPP).

Así también señala ALBERTO BOVINO las reglas fundamentales del debate son la inmediación, la oralidad, la concentración, la contradicción, la identidad física del juzgador y la publicidad. Es necesario destacar que la etapa de juicio posee sus propios principios, que se diferencian o que sólo operan en ese momento del procedimiento y no durante todo su transcurso¹²⁹

4.1 Principio de oralidad.

La oralidad es una técnica de litigación elevada legislativamente al rango de principio, que posibilita el debate público e inmediato de las partes ante el tribunal y en cuya virtud éste puede decidir la cuestión promovida a partir de la información introducida verbalmente en su presencia.

En similar sentido NEYRA FLORES señala que es una regla técnica del debate procesal que implica basar la resolución judicial sólo en el material procesal obtenido de forma oral,

¹²⁹ Bovino Alberto. Principios Políticos del Procedimiento Penal. 1er Edición Buenos Aires 2005. p.65,66

es decir en base a lo actuado y visto en la audiencia. Por ello, el sentido de la oralidad no está dentro de actuaciones con roles escénicos a modo de drama televisivo sino de pasar de un modelo basado en el trámite a un modelo basado en el litigio. El sentido de la oralidad en un proceso penal es el de ser una herramienta, pues la oralidad es la manera natural de resolver los conflictos. Así esta trae muchas ventajas, pues otorga transparencia, humaniza en conflicto y agiliza el proceso.¹³⁰

Alberto Bovino, citando a D'Albora, señala, la oralidad es: la condición ineludible sobre la que reposa la validez del momento conclusivo del proceso penal. El principio consiste en que la comunicación entre los sujetos procesales se produzca a través de la forma de relación más natural y originaria entre los seres humanos, como es la palabra hablada. La oralidad, al eliminar la documentación de todo lo que se expresa, impone que la prueba se produzca en una o muy pocas audiencias. Continúa Bovino, indicando que, la oralidad es un principio fundacional del procedimiento, un principio que lo informa y lo estructura, alterando de manera sustantiva la forma, y disponiendo cuál será el papel que ésta cumplirá en el marco de la tramitación de los casos penales.¹³¹

El procedimiento oral no es una manera más de regular las reglas procesales. Es un modo de producir decisiones que se caracteriza por imponer ciertos principios sustanciales en el método de toma de decisiones jurisdiccionales. Principios tales como la inmediación, la celeridad, la concentración, la continuidad y, especialmente la publicidad y la personalidad de la función judicial, adquieren un vigor inusitado mediante la oralidad, determinando el contenido de las decisiones que se toman en un contexto oralizado, elevando la calidad de sus decisiones.¹³²

Para Binder, la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio oral. En especial, ella sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalidad de la función judicial¹³³.

Para nosotros la importancia de esta técnica en el proceso penal viene dada por el hecho de constituir la forma que de mejor manera permite un juicio inmediato y contradictorio, reales principios del sistema.

Para Juana SANTAMARÍA VALLE una de las características del proceso acusatorio moderno es la oralidad, entendida como la manera más efectiva de comunicación: el examen cruzado y la confrontación directa entre los involucrados, vale decir la inmediación del juez con las partes, puesto que el intercambio verbal, la discusión frente a frente y de manera simultánea, así como la percepción directa de los argumentos y actitudes de los involucrados, van a permitir resolver el conflicto, constituyendo, asimismo, una garantía de justicia en cuanto integrante del debido proceso. En efecto, si el debido proceso viene a estar constituido por todas aquellas garantías mínimas a cumplirse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, resulta evidente que la

¹³⁰ Ob cit., p.141.

¹³¹ Alberto Bovino. Ob. Cit. p.78-79

¹³² Los Aspectos más importantes de la oralidad. Maier Julio B.J. Derecho Procesal penal. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2da Ed, T.I p.647 y siguientes

¹³³ Binder. Ob cit. P 100

oralidad es el instrumento más adecuado para lograr dicho fin, y es que en un proceso en el que predomine la escritura (inquisitivo) las partes no pueden hacerse oír, por ende no hay inmediación, ni contradicción, ni publicidad. Concluye que la oralidad es el mejor medio para alcanzar los objetivos del proceso, siempre en relación con los principios de inmediación, contradicción y publicidad.¹³⁴

Es por ello que las principales actuaciones que prevé el procedimiento penal peruano son orales, siendo improcedentes las actuaciones por escrito. Así ocurre con la audiencia de juicio oral, donde toda petición o cuestión propuesta, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella son orales. En consecuencia, se prohíbe dar lectura a escritos presentados con tal fin. Por su parte, las resoluciones del tribunal serán dictadas y fundamentadas verbalmente, quedando en el acto notificadas. Sin perjuicio de ello, la audiencia se documentará en un acta, que contendrá una síntesis de lo actuado en ella y será firmada por el juez o juez presidente y el secretario. Asimismo, la audiencia podrá registrarse mediante un medio técnico (artículo 361 N° 1, 3 y 4 CPP).

Se reitera esta exigencia de oralidad en el momento de los alegatos finales, al señalar que no podrán leerse escritos, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria o el empleo de medios gráficos o audio visuales para una mejor ilustración del juez (artículo 387 N° 2 CPP).

Tal como ocurre con el juicio, las actuaciones que utilicen la ritualidad oral requieren, asimismo, de la adecuada protocolización, todo lo cual se encuentra regulado en los artículos 120 y siguientes; para el expediente fiscal, artículos 134 y 135; para el expediente judicial, artículos 136 y siguientes, y para el cuaderno de prueba anticipada, artículo 245 N° 5, todos del CPP.

Como apunta el profesor Diego PALOMO en la doctrina se reconoce a un procedimiento oral cuando la actividad procesal que allí se desarrolla se manifiesta, predominantemente, mediante la palabra hablada. Vale decir, predomina en ellos lo hablado sobre lo escrito como medio de expresión y comunicación entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso, combinando sin embargo sus ventajas con las virtudes de los actos procesales escritos en aquellos casos en que las mismas son requeridas para el mejor desempeño del proceso.¹³⁵

4.2.- Principio de publicidad.

Para Ferrajoli, la publicidad asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial, pues el procedimiento debe realizarse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor.¹³⁶

Según el principio de publicidad, resulta ineludible que la asistencia del público a los juicios penales es una exigencia inevitable en un régimen político Republicano y Democrático,

¹³⁴ SANTAMARÍA VALLE, Juana "La Oralidad en el Nuevo Código Procesal Penal", en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima diciembre de 2008, p. 89.

¹³⁵ Ob cit., pp. 65 y 66.

¹³⁶ Ferrajoli. Ob cit.p 616

cuya finalidad es el control de los actos de quienes administran la justicia penal. Este control de los actos judiciales contiene, entre sus preocupaciones centrales, la protección de los derechos y garantías de la persona perseguida penalmente. En ese sentido, el público no sólo tiene derecho a verificar el respeto de los derechos del acusado, también tiene derecho a comprobar que los funcionarios estatales cumplan correctamente con sus deberes legales.¹³⁷

La publicidad de los procesos judiciales en general es una directriz fundamental contemplada en el artículo 139.4 de la Constitución Política peruana; es aliada de la oralidad y de las técnicas de litigación oral y contraria al secretismo y a la escrituralidad. “la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley” es una garantía destinada a evitar la manipulación del proceso.

Por su parte, la ley exige que el juicio sea público, entendiéndose cumplida la garantía con la creación de las condiciones apropiadas para que los ciudadanos y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia (artículos I del Título Preliminar, 357 N° 1 y 358 N°1 CPP). No obstante ello, el Código señala restricciones a este principio, pudiendo el tribunal mediante auto especialmente motivado disponer que el acto oral se realice total o parcialmente en privado en alguno de los casos mencionados en el artículo 357 N° 1 y 2 del CPP.

La investigación, en cambio, es reservada, ya que sólo pueden enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos, quienes pueden obtener en cualquier momento copia simple de las actuaciones. No obstante lo anterior, el fiscal puede ordenar que algún acto o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el juez por otro plazo igual, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación (artículo 324 CPP).

Además, se prohíbe la publicación de las actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la investigación preparatoria o la etapa intermedia. Asimismo, se prohíbe la publicación, incluso parcial, de las actuaciones del juicio oral cuando se producen en los supuestos de privacidad de la audiencia. Igualmente está prohibida la publicación de las generales de ley y de imágenes de testigos o víctimas menores de edad, salvo que el juez, en interés exclusivo del menor, permita la publicación (artículo 139 CPP).

El principio de publicidad, además, aparece consagrado en el artículo 8.5 de la CADH, al disponer que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

En todo caso, debemos tener presente que este principio no rige ilimitadamente, pues, por un lado, un juicio público sólo puede realizarse en el marco de las posibilidades de espacio existentes, debiendo el tribunal efectuar una elección imparcial de las personas que desean ingresar a las audiencias. El artículo 14.1 del PIDCP contempla excepciones a la directriz en estudio al señalar que la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la

¹³⁷ Alberto Bovino. Ob.cit.p.76

medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiere perjudicar a los intereses de la justicia.

Siguiendo a Roxin podemos decir que el fundamento de la publicidad es triple: “Su significado esencial reside en consolidar la confianza pública en la administración de justicia, fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia y evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y, con ello, en la sentencia”.¹³⁸

Desde la visión del ciudadano, el principio de la publicidad procesal permite que los gobernados conozcan en forma directa cómo se tramitan los juicios y ejerzan un escrutinio mucho más amplio sobre los juzgadores, quienes son responsables ante la sociedad del debido ejercicio de sus atribuciones.

Entonces, la publicidad de las actividades de la persecución penal estatal permite a la ciudadanía ejercer un eficaz control respecto de los órganos a cargo, de modo tal que sirve de garantía a la transparencia, equilibrio y racionalidad de las mismas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 22 de noviembre de 2005, recaída en Caso Palamara Iribarne versus Chile Serie C N° 135, párrafo 168, señaló que la publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso terceros.

4.3 Principio de contradictoriedad.

Este postulado esencial plantea la necesidad de entregar a los contendientes todas las posibilidades y oportunidades para controvertir, argumental y probatoriamente, los planteamientos de la contraria. Es la dialéctica puesta al servicio de la solución de los conflictos, obteniéndose la verdad a través de la efectiva contradicción.

Todo el sistema se estructura a través del mecanismo adversarial, donde la confrontación actúa como una herramienta fundamental para establecer la verdad de los hechos que se afirman. Ello se observa, por ejemplo, en la dinámica de la audiencia preliminar, donde el juez otorga la palabra a las partes para debatir acerca de la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida, con el mérito de lo cual resolverá el tribunal (artículo 351 N° 3 CPP). Más adelante, en la audiencia de juicio oral, todo su diseño se encuentra organizado para permitir el mejor escenario posible para la discusión, tanto en lo argumental como en lo probatorio.

En el ámbito del juzgamiento fáctico la opción por un sistema de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y el respeto del principio de contradicción en el juicio, que debe cautelar el ente jurisdiccional, demuestran el afán epistemológico o científico que se pretende: se busca la verdad a través de la confrontación de versiones y pruebas.

¹³⁸ ROXIN, *Claus Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, año 2000, pág. 407.

Desde la perspectiva del juez, en la dirección del debate resulta no solo imperativo sino conveniente una actitud proclive a la contradicción, facilitar la discusión en lo argumental y la refutación de los elementos de prueba aumenta la posibilidad del juzgador de acercarse, de mejor manera, a la verdad de lo ocurrido, no de un modo absoluto sino aproximativo.

4.4.- Principio de continuidad.

La audiencia de juicio debe desarrollarse en forma continua e ininterrumpida y puede prolongarse en sesiones sucesivas (día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del juzgado) hasta su conclusión (artículos 356 N° 2 y 360 N° 1 CPP).

No obstante ello la audiencia puede suspenderse excepcionalmente: a) por razones de enfermedad del juez, del fiscal, del imputado o de su defensor; b) por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y c) cuando el Código lo disponga (artículo 360 N° 2 CPP).

Dicha suspensión no puede exceder de ocho días hábiles y, una vez superado el impedimento, la audiencia continuará; a menos que hubiere excedido dicho plazo, en cuyo caso se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio (artículo 360 N° 3 CPP).

Entre sesiones, o durante el plazo de suspensión, no podrán realizarse otros juicios (artículo 360 N° 5 CPP).

En consecuencia, ante una hipótesis de interrupción del debate se produce por el solo ministerio de la ley la ineficacia de lo que se haya actuado previamente, correspondiendo fijar una nueva fecha para la realización de un juicio, ahora sin interrupciones. Tan drástica medida vela por el respeto y la vigencia de los principios de inmediación y continuidad.

4.5.- Principio de concentración.

Se trata de una técnica procesal que permite agrupar y desarrollar el mayor número de actuaciones posibles en un solo acto ininterrumpido (sin suspensión). La tramitación del procedimiento a través de audiencias orales optimiza esta directriz y ello se torna especialmente relevante en la audiencia preliminar y en la audiencia de juicio.

En razón de este principio, debe procurarse que todas las actuaciones que se verifican en la audiencia lo sean en un solo momento. Así se observa con la tramitación de los incidentes que se formulan en dichas oportunidades, los que serán tratados en un solo acto y se resolverán inmediatamente (artículo 362 N° 1 CPP).

4.6.- Principio de inmediación.

El juicio debe realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces, del fiscal, del acusado y de su defensor (artículos 359 N° 1, 367 N° 1 y 369 N° 1 CPP).

Cuando el juzgado sea colegiado y deje de concurrir alguno de sus miembros siendo de prever que su ausencia será prolongada o que le ha surgido un impedimento, será reemplazado por una sola vez por el juez llamado por ley, sin suspenderse el juicio, a condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros. La

licencia, jubilación o goce de vacaciones de los jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia (artículo 359 N° 2 CPP).

Si consideramos que el método cognoscitivo o científico de que se sirve el derecho procesal penal es el juicio oral, la inmediación como valor o principio del sistema se erige como una de las condiciones esenciales de la observación válida (personal, directa e indelegable), y ésta, a su vez, se constituye en el mecanismo indispensable para acceder al conocimiento y de allí a la convicción.

Para NEYRA FLORES la inmediación es uno de los principios de mayor importancia dentro del proceso penal en la medida que estructura un cambio de paradigma en la resolución de las causas que llegan al servicio de justicia, siendo un principio base de la reforma procesal penal, determinante para pasar de un sistema mixto o inquisitivo a uno acusatorio, tanto a nivel legislativo, jurisprudencial como en el frente de la lucha de prácticas. Añade que en el sistema inquisitivo, al revés, era la mediación la que imperaba, pudiendo emanar la decisión de jueces accidentales, pedáneos, itinerantes, provisorios o comisionados, completamente desligados de los marcos emocionales del proceso que, aún en ese régimen, no son ajenos al juez titular del oficio o cargo.¹³⁹

Según el profesor Claus Roxin,¹⁴⁰ el principio de inmediación implica dos cosas distintas: a) el tribunal que dicta la sentencia debe observar por sí mismo la recepción de la prueba (inmediación formal); y b) el tribunal debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo, sin utilizar equivalente probatorio alguno (inmediación material).

Evidentemente, la inmediación es una virtud que debe darse en toda audiencia oral donde exista un debate argumental y probatorio a fin de decidir un aspecto sustantivo o procesal relevante para el juzgamiento. Por ello, en razón de esta directriz, los intervinientes, el imputado penal y el tribunal deben estar presentes en las audiencias más importantes del procedimiento. Además, implica que la prueba con la cual se forme la convicción de los juzgadores es aquella que necesariamente se ha rendido durante la audiencia (artículos 373, 374 y 393 N° 1 CPP). En razón de lo anterior, los antecedentes probatorios que se rindan fuera del juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia, salvo las excepciones previstas por la ley (anticipación de pruebas, lectura de declaraciones anteriores y lectura en apoyo de memoria).

5.- Igualdad procesal para las partes.

Señala el Título Preliminar que las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en el CPP. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia (artículo I N° 3 CPP). En efecto, el inciso 3 del Art. I del CPP, reconoce a las partes el derecho a la igualdad, de manera tal que estas puedan ejercer plenamente la facultad que la Constitución y el Código estipulan a su favor

¹³⁹ Ob cit., pp. 130-131.

¹⁴⁰ En su obra "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, página 394.

constituyendo una novedad muy interesante que este inciso instituya también el deber judicial de allanar cualquier obstáculo, inclusive originado por razones objetivas atribuibles a las diferencias económicas o sociales de las partes, que impidan o dificulten la vigencia de la igualdad procesal. Así se confirman la vieja exigencia de “igualdad de armas” entre los sujetos procesales que contienen, litigan y sostienen pretensiones adversas, aun cuando uno de ellos, como el ministerio Público, sea , y el otro, el imputado, particular¹⁴¹.

Asimismo, este derecho es reconocido en la cláusula décima de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Toda persona tiene derecho en plena igualdad a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal.

Manifestación de este principio lo constituye el ejercicio de las facultades de dirección del juicio por parte del juez penal o del juez presidente del juzgado colegiado, quien debe garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes. Puede limitar el uso de la palabra a las partes y a sus abogados, fijando límites igualitarios para todos ellos. Así ocurrirá con las alegaciones preliminares, donde comienza el fiscal exponiendo resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica que postula y la prueba que sustentará su teoría del caso, a continuación se le dará la palabra a los abogados del actor civil y del tercero civil para que expongan sus pretensiones y pruebas, finalmente se escuchará al defensor del acusado, quien expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo que rendirá (artículos 363 N° 1 y 371 N° 2 CPP).

En general, en todo proceso, cualquiera sea su naturaleza, supone la presencia de dos sujetos que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediamente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad.

La igualdad procesal significa paridad de oportunidades y de audiencia, en consecuencia, las normas que regulan la actividad de una de las partes no puede constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el tribunal puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

Como ya se indicó, es función de los jueces preservar este principio y despejar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten, asegurando de ese modo un escenario legítimo de juzgamiento.

6.- Derecho al recurso (pluralidad de instancias)

En términos técnicos y siguiendo al profesor Gonzalo CORTEZ podemos decir que los recursos procesales son un tipo o clase de medio de impugnación a través de los cuales se pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución que aún no ha alcanzado firmeza. Se hacen valer dentro del mismo proceso en el que fue pronunciada la resolución y su objetivo apunta a que dicha resolución sea modificada o anulada en razón de resultar perjudicial a quien interpone el recurso.¹⁴²

¹⁴¹ Rodríguez Hurtado, Mario. Ob cit. p.159.

¹⁴² CORTEZ, Gonzalo *El Recurso de Nulidad*, Editorial LexisNexis, segunda edición, Santiago noviembre de 2006, p. 4.

La posibilidad de impugnación de las decisiones judiciales se sustenta en la falibilidad humana, en la admisión de que quienes sirven los cargos jurisdiccionales pueden incurrir en errores al momento de resolver un conflicto, situación que amerita un adecuado control de la correcta aplicación de la ley, ya sea en su aspecto material o procesal. En ese sentido, GUASH sostiene, que se suele afirmar que el sistema de recursos tiene su justificación en la falibilidad humana y en la necesidad con carácter general, corregir los errores judiciales¹⁴³

La sanción penal debe ser fiel reflejo de una sentencia jurisdiccional debidamente razonada y motivada, como un medio de interdicción a la arbitrariedad pública y, especialmente, para que la libertad del condenado no se vea injustamente afectada. El recurso opera, así, como un mecanismo de control que permite remover las decisiones judiciales de condena que, por injustas, deben ser reformadas, reivindicando con ello la libertad del condenado. Se inserta en la lógica de que todo medio estatal, que implique la descarga de violencia institucional, debe ser fiscalizado y revisado.

El principio de doble conformidad de la sentencia condenatoria, como garantía del imputado, supone que el ordenamiento jurídico contemple la posibilidad de instar por la revisión de la decisión penal por un segundo tribunal, que confirme – total o parcialmente – lo resuelto por el tribunal del juicio, situación que otorga un fundamento regular a la condena, pues la revisión arroja dos veces el mismo resultado, lo que asegura una alta probabilidad de acierto en la solución. En caso contrario, de no producirse el doble conforme, se debe privar de efectos a la sentencia original.

MAIER clasifica los recursos de una parte como un medio de control funcional – de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada o, incluso, eliminada – y de otro lado, como garantía procesal, en virtud a lo dispuesto en la Convención Americana sobre derechos humanos (Art8.2.h) que una persona juzgada tiene en el procedimiento penal entre otros derechos, el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior y en el pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art14.5) establece: toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le ha impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley. Lo que implica que el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior y al mismo tiempo perder por completo su carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre sus inferiores, con ello, el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores públicos (fiscal), pierde así su carácter bilateral.¹⁴⁴

¹⁴³ Guash Fernández, Sergi. El sistema de impugnación en el Código Procesal Civil del Perú. Una visión de derecho comparado con el sistema español. En derecho procesal civil, Congreso Internacional, Lima 2003. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. P.166

¹⁴⁴ Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. tomo I fundamentos 2da Edición Editorial del Puerto SRL Buenos Aires 2002 p.705 – 709.

BINDER¹⁴⁵ analiza los medios impugnatorios desde dos perspectivas: una, como un derecho a la impugnación, ligado al valor “seguridad Jurídica” y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; la otra perspectiva se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas o cumplan o cumplan su función pacificadora; considera al recurso como un medio de impugnación de la sentencia y otras resoluciones, y a través de ellos se cumple con el principio de control.

Continúa Binder, señalando, el derecho a recurrir no es un derecho sin condiciones: tiene el límite del agravio. Si el sujeto que quiere recurrir no ha sufrido ningún agravio, no se le reconoce el derecho, porque este no constituye un simple mecanismo disponible, sino un mecanismo destinado a dar satisfacción a un interés real y legítimo. Asimismo, indica, la idea de control se ha manifestado normalmente en los sistemas de recursos a través de dos grandes mecanismos. El primero permite el dictado de un nuevo fallo integral (recurso de apelación) y el segundo es un control sobre la aplicación del derecho y sobre las condiciones de legitimidad del fallo (recurso de casación)

GUASH¹⁴⁶ indica que hay que diferenciar entre lo que son recursos y lo que son las acciones de impugnación, entendiéndose por las primeras a los medios impugnatorios que se dirigen a cuestionar sentencias que no han adquirido firmeza, es una impugnación al interior de un proceso y no implica el ejercicio de una nueva acción dirigida a iniciar un nuevo proceso, son medios impugnatorios que sirven para pasar de un grado a otro de la jurisdicción sin romper la unidad del proceso; por el contrario, las acciones de impugnación sirven para cuestionar sentencias firmes, pudiendo por ende, concebirse como el ejercicio de una nueva acción de carácter constituido que debe originar un nuevo proceso (ejemplo, la revisión)

En nuestros ordenamientos, sin embargo, el derecho al recurso tiene un espectro más amplio, que no se reduce sólo al condenado. En efecto, se faculta para impugnar las decisiones judiciales a cualquier sujeto procesal agraviado, bajo el fundamento del respeto al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, de que la respuesta judicial se ajuste a derecho conforme a los intereses que se someten a su amparo, además, se busca que tales decisiones alcancen un alto grado de certeza y de corrección jurídica (control nomofiláctico).¹⁴⁷ Según Iberico Castañeda, el derecho a impugnar forma parte o está incluido dentro del plexo garantista del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva¹⁴⁸; el mismo autor citando a Sánchez Velarde indica que los medios impugnatorios, se trata del derecho de las partes con reconocimiento constitucional, pues se sustenta en los principios de pluralidad de instancias y la observancia al debido proceso y tutela jurisdiccional. Doig Díaz, agrega, que el

¹⁴⁵ Binder Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. 2da edición. 3era reimpresión. Ad Hoc. Buenos Aires. Enero 2004. p.285-288

¹⁴⁶ Guash, ob.cit.

¹⁴⁷ En este sentido CABRERA FREYRE, Alonso “Los Medios de Impugnación en el Nuevo CPP, de conformidad con los Principios: Acusatorio y Dispositivo”, en “Los Medios Impugnatorios en el Nuevo Proceso Penal”, Librería y Ediciones Jurídicas (LEJ), Lima julio de 2009, p. 132.

¹⁴⁸ Iberico Castañeda Fernando. Impugnación y recurso en el nuevo modelo procesal penal. Academia de la Magistratura. Módulo. Programa de capacitación para el ascenso. Noviembre de 2010. p. 12. quien además señala la tutela jurisdiccional efectiva se subdivide entre otros, el derecho de defensa, el cual debe organizar el derecho de contradicción, el derecho de probar y el derecho de impugnación.

constituyente peruano, en el marco del derecho a los recursos, ha vinculado al legislador a un concreto sistema de impugnación, sin negar, una suerte de identificación entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia¹⁴⁹

Iberico Castañeda¹⁵⁰, apunta, los elementos centrales de la impugnación son: i) el re examen o revisión de un acto procesal, que puede estar o no contenido en una resolución judicial, o de todo un proceso, dicho re examen lo debe solicitar el sujeto procesal legitimado que haya sufrido, a través del acto procesal cuestionado, un perjuicio, agravio, gravamen o desventaja procesal; el re examen será efectuado por el mismo órgano jurisdiccional autor del acto procesal cuestionado o por su órgano superior jerárquico y este nuevo examen puede acarrear o la anulación o la revocación de dicho acto procesal; ii) el agravio, que es el supuesto que legitima al sujeto procesal para petitionar la revisión del acto procesal; iii) la pretensión impugnatoria, que puede ser de revocación (cuando el agravio ha sido ocasionado por un error) o de anulación (cuando el agravio a sido producido por un vicio). Roxin, por su parte sostiene que los medios de impugnación son clasificados en ordinarios y extraordinarios. A los ordinarios pertenece la queja, la apelación, la casación, y la oposición al mandato penal. Los medios de impugnación extraordinarios son aquellos que suprimen la cosa juzgada, como la revisión del procedimiento, la reposición al estado anterior y el recurso constitucional.¹⁵¹

El artículo 139.6 de la Constitución Política del Perú señala como principio y derecho de la función jurisdiccional la pluralidad de la instancia. En tanto la ley procesal penal contempla la posibilidad de impugnación de las resoluciones judiciales al indicar que ellas son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación (artículo I N° 4 CPP).

De otro lado, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial precia que “Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a la ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley”.

El nuevo Código Procesal Penal no recoge expresamente una clasificación de medios impugnatorios, incluso en el libro cuarto denominado la impugnación, hace expresa mención a un tipo específico de medios impugnatorios que son los recursos, estando constituido su sistema recursal por la reposición, la apelación, la casación y la queja, tal como lo establece el artículo 413° del referido cuerpo normativo, sin embargo en el título tercero de la sección primera del libro segundo se regula la institución de las nulidades procesales (art.149° a 154°), que en principio son remedios, salvo que se comporten como recursos cuando la pretensión impugnatoria está dirigida a atacar un vicio procesal contenido en una resolución judicial.

¹⁴⁹ Doig Díaz, Yolanda. El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Anuario de derecho penal 2004. fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima agosto de 2004. p.190.

¹⁵⁰ Iberico Castañeda. Ob.cit. p 8

¹⁵¹ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editoriales del Puerto SRL. Buenos Aires. 2000. p 446

De otro lado, cabe resaltar que el ejercicio de la atribución impugnatoria que se ejerce a través de la interposición de recursos no sólo se halla delimitada por un conjunto de principios ordenadores sino que además requiere el cumplimiento de determinados elementos y requisitos que en muchos casos son comunes a todos los medios impugnatorios.

Iberico Castañeda¹⁵², señala que los principios que inspiran los medios impugnatorios son:

- a) El principio de legalidad, sólo pueden interponerse los recursos expresamente previstos en la ley. (art.404° del CPP)
 - b) El principio de formalidad, los recursos deben ejercitarse de conformidad con el procedimiento prescrito por los códigos. (art.405° del CPP)
 - c) el principio de unicidad, la propia ley establece un determinado recurso para impugnar determinadas resoluciones, de forma tal que cuando corresponde uno normalmente no se admite otro. (Artículo 404° del CPP).
 - d) el principio de trascendencia, significa que para que se pueda interponer un recurso es necesario que el sujeto legitimado para hacerlo haya sufrido un agravio o perjuicio o gravamen. (Art 405° literal a) inciso primero del CPP).
 - e) el principio dispositivo, significa que los recursos como mecanismos para el ejercicio del derecho de impugnación, sólo pueden ser incoados o planteados por los sujetos procesales legitimados, de donde resulta que el re examen de una resolución judicial sólo tendrá lugar en la medida que alguno de los sujetos procesales haya interpuesto su respectivo recurso. El principio dispositivo además implica que el afectado pueda desistirse de este derecho y por otro se configura la adhesión, a través del cual el sujeto que no ha impugnado puede adherirse a los posibles efectos de la sentencia. (Art.404° inciso 4 y Art.406° del CPP)
 - f) el principio de congruencia procesal, por el cual el órgano revisor sólo puede pronunciarse respecto a lo que ha sido material de impugnación. (art. 409° CPP)
 - g) el principio de la prohibición de la reformatio in peius, según Pérez Pinzón, esta prohibición significa que cuando el procesado, o su defensa, apela la sentencia de primera instancia interpone casación o revisión, el juez de segunda instancia, el de casación y el de revisión no pueden empeorar la situación que le ha sido deducida en el fallo materia de la impugnación o de acción.¹⁵³ (art.409° inciso 3 del CPP)
 - h) el principio de inmediación, intenta que el tribunal reciba una impresión lo mas directa posible de los hechos y las personas, como señala Bovino, rige en dos planos distintos. El primero de ellos se refiere a las relaciones entre quienes participan en el proceso y el tribunal, y hace necesario que estén presentes y obren juntos. El segundo plano es el de la recepción de la prueba e implica que, para que el tribunal se forme un cuadro evidente de hecho y que para que sea posible la defensa, la prueba se produzca ante el tribunal que dictará la sentencia y durante el debate, en presencia de todas las partes, lo que obliga a la identidad física del juzgador con los jueces que presenciaron el debate.¹⁵⁴
- El artículo 14.5 del PIDCP señala que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un

¹⁵² Iberico castañeda ob cit p.32

¹⁵³ Pérez Pinzón, Alvaro Orlando. Los principios generales del proceso penal. Universidad externado de Colombia, Bogotá. 2004. p.45.

¹⁵⁴ Bovino Alberto. Principios políticos del procedimiento penal. Editores del Puerto SRL Buenos Aires, 2005.p.85.

tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Asimismo, en el 14.3 del PIDCP contiene el derecho a la pluralidad de instancias. En el mismo sentido el artículo 8.2 h de la CADH contempla el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El Comité de Derechos Humanos ha establecido que este derecho no obliga a los Estados a proporcionar más de una instancia de apelación, pero si la legislación nacional dispone de más de una instancia de apelación en el enjuiciamiento de delitos, la persona declarada culpable debe gozar de un acceso efectivo a cada una de las instancias de apelación.

En el caso de Perú, si la Constitución garantiza al sentenciado penal la pluralidad de la instancia y, luego, al desarrollar la garantía en el ámbito legal reconoce la facultad de apelar de las resoluciones judiciales que ponen fin a la instancia, resulta lógico concluir que el estándar de protección es precisamente el de doble instancia.

En la teoría procesal sólo constituye instancia la revisión que incide tanto en los aspectos de hecho como de derecho del litigio, entendido así la apelación rinde de acuerdo al estándar de protección, no así la casación, que sólo cubre la faceta de juzgamiento jurídico. La apelación opera como un recurso ordinario, en tanto la casación como uno de carácter extraordinario.

Realizando una comparación con la legislación comparada en Chile, en cambio, la ley procesal penal no contempla la posibilidad de apelar de la sentencia definitiva dictada en un juicio oral, público y contradictorio, en respeto del principio de inmediación, sólo es posible impugnar tal decisión a través del recurso de nulidad, un híbrido que contiene componentes de casación y de índole constitucional. No hay, por lo tanto, una revisión relativa a los hechos establecidos por el tribunal del fondo, únicamente serán objeto de revisión la correcta aplicación del derecho sustantivo y el cumplimiento de los principios y reglas que aseguran un debido proceso.

Resulta necesario, en todo caso, precisar que la prohibición de modificar los hechos, que pesa sobre el tribunal de alzada, no impide a éste ejercer un control de racionalidad respecto del establecimiento de tales enunciados fácticos, de modo que si no existe fundamentación o si ésta es contraria a los parámetros de sana crítica, la Corte de Nulidad debe proceder a invalidar el juicio y la sentencia, reenviando el caso al tribunal del fondo para que jueces no inhabilitados realicen un nuevo juzgamiento. No se contempla la posibilidad de dictar una sentencia de reemplazo fijando correctamente los hechos, pues los miembros de esa Corte no estuvieron presentes al momento de realizarse la audiencia del juicio.

Al efectuar una comparación entre el recurso de nulidad del CPP chileno y el recurso de casación del CPP peruano podemos encontrar algunas similitudes interesantes.

Las causales del recurso de nulidad son de dos tipos: las causales genéricas y las causales específicas, también llamadas motivos absolutos de nulidad.

Dentro de las causales genéricas encontramos, en primer lugar, la infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (artículo 373 letra a) CPP chileno).

La segunda causal genérica está constituida por la errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra b) CPP chileno). Esta es la única causal que admite, por parte del tribunal de nulidad, la dictación de una sentencia

de reemplazo, siempre y cuando ceda a favor del imputado (artículo 385 CPP chileno)

Por su parte, las causales específicas o motivos absolutos de nulidad (artículo 374 CPP chileno) son objetivizaciones de infracciones a las garantías y principios del debido proceso, así por ejemplo ocurre con la incompetencia del tribunal, su falta de imparcialidad del mismo, la afectación del principio de inmediación, el impedimento del ejercicio de las facultades de la defensa del imputado, la violación de los principios de publicidad y continuidad del juicio, la nula o insuficiente motivación de las conclusiones fácticas y jurídicas, la incongruencia y la infracción a la cosa juzgada.

En el caso peruano, el recurso de casación procede básicamente por cuatro motivos, a saber: constitucional, sustancial, procesal y jurisprudencial (artículo 429 CPP).

La llamada *casación constitucional* opera cuando la decisión se ha expedido con inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías (artículo 429 N° 1 CPP). De inmediato podemos observar la similitud que presenta con la primera causal genérica, contemplada en el artículo 373 letra a) del CPP chileno. Para arribar a conclusiones más finas se hace indispensable analizar la jurisprudencia que se ha ido generando en torno a ellas, en uno y otro país.

La *casación de fondo o sustancial*, por su parte, procede cuando la decisión importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación (artículo 429 N° 3 CPP). La similitud con la segunda causal genérica (*error in iudicando*) del recurso de nulidad chileno es evidente.

La *casación procesal o formal* (artículo 429 N° 2 y 4 CPP) comprende aquellos casos en que la sentencia incurre o deriva de la inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad, así como también, aquellos otros en que la decisión se ha expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

En este tipo de casación observamos mayores diferencias entre uno y otro sistema, tanto por el carácter aún genérico del enunciado de la causal, cuánto por el nivel de análisis de los motivos que hacen procedente el recurso.

Finalmente, la *casación por apartamiento de la doctrina jurisprudencial* establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional (artículo 429 N° 5 CPP).

La causal en análisis se actualiza cuando el órgano jurisdiccional se aparta de la doctrina jurisprudencial de los Máximos Tribunales indicados, entendiendo como tal aquellos conceptos o definiciones jurídicas realizados por dichas Cortes, como máximo órgano del Poder Judicial, en el primer caso y, como máximo intérprete de la Constitución, en el segundo.

Respecto de esta última causal se observan dos sistemas diversos en materia de precedentes jurisprudenciales, uno de carácter vinculante (Perú) y otro no vinculante (Chile), lo que incide en la teoría de las fuentes del derecho, pero en ambos casos se aspira igualmente a la certeza jurídica, desde la consistencia de los fallos de sus tribunales.

Siguiendo el caso chileno, el esfuerzo en el sentido anotado se efectúa mediante el recurso de nulidad por causal sustantiva, entregándole competencia a la Corte Suprema cuando en la materia de derecho objeto del recurso existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores de justicia (artículo 376, inciso 2º, CPP chileno).

7.- Indemnización en caso de error judicial.

El artículo 139.7 de la Constitución Política consagra como principio y derecho de la función jurisdiccional la indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar. Luego al nivel legal se dispone que el Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales (artículo I N° 5 CPP). Tal como apunta RODRIGUEZ HURTADO,¹⁵⁵ esta opción procesal asume un compromiso cierto con el respeto de la dignidad humana, se establece la obligación estatal de garantizar la indemnización por los errores judiciales, sentándose las bases para superar el actual estado de cosas en esta materia regulada por la ley 25973, de 28 de setiembre de 1988 cuya ineficacia es palmaria cuando se aprecia la ejecutoria del casi fantasmal Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias.

Corresponde al sexto ámbito o dimensión de acción de las garantías, vale decir, el campo de la reparación o compensación por la lesión ya sufrida, una vez que ella ha sido constatada. Se trata, en consecuencia, de compensar pecuniariamente a las personas que han sido víctimas de un error judicial.

Esta prerrogativa también se encuentra consagrada en el derecho convencional en el artículo 10 de la CADH, al disponer que “toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial” y en el artículo 14.6 del PIDCP que señala “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

IV.- El principio a la Presunción de Inocencia.

1. Alcances Generales

El artículo 2.24, literal e), de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: e).- Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Como afirma Julio Maier, la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de

¹⁵⁵ Rodríguez Hurtado, Mario. Ob. cit.

verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena.¹⁵⁶ Acto seguido indica que la presunción de inocencia es una de las banderas de lucha de la reforma liberal al sistema inquisitivo y aparece por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En efecto, dicha declaración estableció en Francia que debía presumirse inocente “a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable”.¹⁵⁷

Añade Binder, que la situación básica del individuo es la de “no culpable” o libre,¹⁵⁸ de modo que si en el juicio la culpabilidad no es construida con certeza aflora la situación básica de libertad. No se trata de ningún beneficio a favor del imputado, sino, muy por el contrario, una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del Estado. Los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes, se trata simplemente de un concepto referencial, que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable. Cuando una persona ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales, allí sí tiene sentido decir que es “inocente”, porque eso significa que, hasta el momento de la sentencia condenatoria, no se le podrán aplicar consecuencias penales.

Asimismo sostiene TIEDEMANN¹⁵⁹ la presunción de inocencia es la base del derecho penal moderno, que respeta al principio de la dignidad humana, considera al inculcado como persona humana, sujeto y portador de derechos individuales y no como simple objeto de la persecución penal.

GIMENO SENDRA agrega para desvirtuar la presunción de inocencia, a través de una sentencia condenatoria, será inexcusable que: a) la carga material de la prueba, en relación a los hechos constitutivos de la pretensión penal, haya sido promovida y actuada por la parte acusadora y no por la parte de la defensa, b) la prueba se practique en juicio oral y bajo inmediación del órgano jurisdiccional sentenciador, c) los actos de prueba no sean confundidos con los atestados policiales u otros actos de investigación, d) los jueces no fundamenten su sentencia en prueba prohibida o ilícita, e) las sentencias de condena no se soporten exclusivamente sobre la declaración de computados, y f) los jueces cumplan con la obligación de razonar la prueba y la expliciten al motivar su fallo. Queda claro, entonces que a nadie puede imponérsele condena si durante el proceso, a través de la actividad probatoria, legítima, idónea y fehaciente, o se establece su responsabilidad mas allá de cualquier duda razonable.

En otras palabras, podría afirmarse, que el principio a la presunción de inocencia, va de la mano con el elemento típico de la prueba. La presunción de inocencia a decir, César

¹⁵⁶ MAIER, Julio *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, p. 490.

¹⁵⁷ Ob cit., p. 491.

¹⁵⁸ BINDER, Alberto *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, segunda edición actualizada y ampliada, tercera reimpresión, Buenos Aires, enero de 2004, p. 124.

¹⁵⁹ Tiedemann, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Palestra Editores Lima 2003. p-169-170

San Martín Castro¹⁶⁰, no es técnicamente una presunción sino una verdad provisional, todo imputado ingresa al proceso con esa protección constitucionalmente garantizada. Es que la declaración de culpabilidad requiere de una actuación probatoria que cumpla con los estándares comúnmente aceptados de constitucionalidad, legalidad y racionalidad. El cumplimiento de esta garantía necesita, en tanto se le aprecie como regla de prueba, de la existencia en el proceso de verdaderas pruebas, de una actuación probatoria –en la obtención de la fuente de prueba y en la práctica del medio de prueba – respetuosa del contenido esencial de los derechos fundamentales co implicados, tanto materiales como procesales; de la presencia de prueba de cargo, aportada por la acusación; y de que el conjunto de la prueba objeto de valoración sea suficiente. La presunción de inocencia, en cuanto a su ámbito, alcanza al juicio de culpabilidad; realización del hecho típico, grado del delito, forma de intervención en el hecho. No comprende, por cierto, los hechos excluyentes de la responsabilidad penal (circunstancias eximentes) y los hechos modificativos (circunstancias atenuantes), sin perjuicio que el Tribunal pueda encontrarse ante un hecho incierto o ante una duda, que debe resolver a favor del acusado.

Continúa César San Martín, alegando, que la presunción de inocencia está en el centro de grandes problemas operativos en materia probatoria. 1) la calidad de prueba. La prueba plenaria y sus excepciones y, la prueba prohibida, que genera la inutilización de las evidencias que vulneren el contenido esencial de un derecho constitucional. 2) la cantidad de prueba, que se asocia al concepto de prueba suficiente, 3) las pruebas escasamente fiables cuando son pruebas únicas: declaración de la víctima, de coimputados, filmaciones e indicios, entre otros.

Sin embargo, para el profesor Jaime Vegas Torres, citado por el ilustre profesor San Martín Castro¹⁶¹, sostiene que la presunción de inocencia tiene tres significados:

1. como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mire fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
2. como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.
3. como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Continúa expresando el profesor San Martín Castro, que los tres significados son plenamente aplicables a la interpretación de los alcances de dicho derecho. Es claro que el ámbito probatorio es el más amplio, pero a ello no escapa toda la dinámica de la

¹⁶⁰ San Martín Castro, artículo prueba indiciaria y valor del silencio del imputado. P.01

¹⁶¹ San Martín Castro, Cesar. Volumen I. Ob. Cit. p.114-115.

coerción procesal y la concepción y regulación integral del procedimiento, bajo unos supuestos sustancialmente liberales.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 11 párrafo I de la DUDH al disponer que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; en el mismo sentido se pronuncia el artículo 14.2 del PIDCP. Igualmente, se halla establecido en el artículo 8.2 de la CADH, que expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. La presunción de inocencia constituye una directriz fundamental de todo sistema procesal penal que se inserte en un Estado Democrático de Derecho, pues emana de la consideración de la dignidad de la persona humana.

La CIDH ha establecido que el derecho a la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encauza. Así, la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al imputado de probar su inocencia.

La consideración de la presunción de inocencia como un derecho fundamental, implica que sólo puede ser regulado por la potestad legislativa, la que tiene como límite la no afectación de su contenido esencial; como derecho es de aplicación directa e inmediata y obliga a todos los órganos y agentes del Estado.

En el ámbito jurisdiccional, la llamada presunción de inocencia obliga al tribunal a tenerla presente al resolver el caso como regla de juicio. Ella constituye una referencia central en la información del desarrollo del proceso, permitiendo resolver las dudas que se presentan en su curso y reducir las injerencias desproporcionadas. En efecto, los actos procesales y el proceso en su conjunto adquiere un cariz diferente dependiendo si el inculcado se trata como si fuera inocente, como ocurre en el sistema acusatorio, o si se le trata como si fuere culpable, como ocurría en el sistema inquisitivo.

El principio de inocencia busca evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculcado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, como asimismo obliga a determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigente.

Asimismo, la Corte Interamericana ha expresado que en este principio subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.¹⁶²

Por su parte el Tribunal Constitucional Peruano ha pronunciado que si bien el derecho a la prueba constituye un elemento implícito del debido proceso, y la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza todo imputado, también lo es que en

¹⁶² Corte IDH, Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 77.

nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de la libre valoración razonada. En virtud de ello es que el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que estos tengan asignado un valor predeterminado.¹⁶³ Mediante el principio de la presunción de inocencia se garantiza que ningún justiciable pueda ser condenado o declarado responsable de un acto antijurídico fundado en apreciaciones arbitrarias o subjetivas o en medios de prueba, en cuya valoración existen dudas razonables sobre la culpabilidad del sancionado. El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, de este modo, termina convirtiéndose en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, puesto que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable.¹⁶⁴

El Título Preliminar le asigna su artículo II, el inciso 1 la ubicación del principio a la presunción de inocencia, dispone que todo imputado sea considerado inocente y tratado como tal, en tanto no se pruebe lo contrario y se declare su responsabilidad mediante sentencia firme y motivada. Esa sentencia agrega la norma, ha edificarse sobre suficientes actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales destacándose que cuando media duda sobre la responsabilidad penal ha de resolverse a favor del imputado.

2. Manifestaciones del principio a la presunción de inocencia

Son varias las facetas o manifestaciones de esta garantía del imputado penal en el CPP peruano, pudiendo destacar aquellas que contempla el título preliminar.¹⁶⁵

Para NEYRA FLORES la presunción de inocencia, entendida como principio informador del proceso penal, implica que ella actúa como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal. En tal sentido, es un derecho fundamental que se le reconoce al imputado con la principal finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* en todo lo que pueda afectar a sus bienes o derechos, esto es, constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal. Por tanto, la presunción de inocencia tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad.¹⁶⁶

2.1. Trato inocente

Sólo a través del juicio previo y una sentencia condenatoria firme, debidamente motivada, se elimina la consideración y trato de inocente del imputado penal (artículo II N° 1 del Título Preliminar del CPP).

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano . Exp. N° 1934-2003-HC-TC. Caso Juan Roberto Yujra Mamani.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Exp. N° 1172-2003-HC/TC de 09 de enero de 2004. Caso María Elvira Teresa Huaco Huaco.

¹⁶⁵ Rodríguez Hurtado Mario. Ob cit.p.160

¹⁶⁶ Ob cit., p. 171.

En razón de lo anterior los órganos del Estado involucrados en la persecución penal deben respetar la condición básica de todo ciudadano, de persona libre e inocente. Por lo mismo, cualquier acto de investigación que implique la afectación de derechos fundamentales solo puede llevarse a cabo si es autorizado por la ley o por el juez y este último, al decidir respecto de la procedencia de un acto de molestia o medida cautelar, debe tener en consideración antecedentes serios que permitan sostener la existencia de un hecho punible y la participación del imputado.

Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido (artículo II N° 2 del Título Preliminar del CPP).

2.2.- La carga de la prueba corresponde al acusador.

Como cuestión previa, debemos recordar que el tema de la carga de la prueba obedece a la pregunta ¿quién debe probar o más bien a quién interesa probar en juicio? Es decir, se busca determinar procesalmente sobre quién recaerá el peso de demostrar los hechos relevantes del litigio y, consecuencialmente, los efectos jurídicos del cumplimiento o incumplimiento de tal tarea.

De allí que se suele señalar que la carga de la prueba es el gravamen procesal que recae sobre las partes de aportar el material probatorio necesario para que el juez forme su convicción acerca de la verdad o falsedad de los enunciados de hecho alegados por las mismas y, en el evento de que no realicen actividad probatoria alguna o que ésta resulte ineficaz, sufran las consecuencias jurídicas adversas a sus pretensiones.

La virtud esencial de toda la normativa sobre la carga de la prueba reside en la instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia que debe pronunciar, en todos aquellos supuestos en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho de importancia determinante para la decisión. El fallo deberá dictarse, en consecuencia, en contra de la parte sobre la cual recaía la carga de la prueba con respecto a las afirmaciones de hecho no probadas o no debidamente aclaradas en dicho proceso.

En materia penal, lo anterior se traduce en que si el ente persecutor no prueba los hechos y la participación del imputado la única solución es la sentencia absolutoria. Se exige normativamente una suficiente actividad probatoria de cargo, expresamente señala la ley que “El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba” (artículo IV.1, del Título Preliminar del CPP).

Como consecuencia necesaria del estado jurídico de inocencia surge esta imposición de que la carga de la prueba incumbe al persecutor penal, correspondiéndole acreditar los hechos de la imputación, en caso contrario el acusado debe ser absuelto.

Sobre el particular Rosa RUGEL PARRALES indica que es el MP quien debe encargarse de recurrir a todos los medios investigatorios con el fin de recoger y adquirir pruebas incriminatorias que inerven o confirmen la presunción de inocencia. Luego agrega que este estado jurídico termina cuando se declara la responsabilidad del imputado por sentencia judicial firme, previo juicio, en el contexto de un debido proceso judicial, donde actúan pruebas suficientes e idóneas con que se puede construir la certeza de la culpabilidad del

procesado y en tanto ello no ocurra no puede ser presentado como culpable, mucho menos una autoridad política.¹⁶⁷

La CIDH ha determinado que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.¹⁶⁸

Sólo en el evento de que el imputado y su defensa planteen una teoría del caso alternativa o aleguen la existencia de causales de justificación, exculpación o atenuación, le corresponderá justificar esas aseveraciones, ya sea a través de elementos de prueba propios o sirviéndose de aquellos que fueron aportados por la contraria.

La práctica nos ha enseñado, sin embargo, a ser cuidadosos al momento de determinar el alcance de la carga de la prueba, pues el aserto generalizado de los operadores jurídicos, en el sentido que todas las categorías de imputación penal deben ser probadas por el acusador puede ser relativizada en el análisis del caso concreto. En efecto, en la determinación si existe un comportamiento típico, antijurídico y culpable veremos que la carga de la prueba parece más bien distribuirse entre las partes y no imponerla únicamente al persecutor.

En lo que hace a la concurrencia de una conducta típica no hemos advertido modificación de la regla general, vale decir, corresponde al Fiscal probar que el comportamiento imputado acaeció y que se configuran cada uno de los elementos típicos, objetivos y subjetivos, con la particularidad que constituye la demostración de los elementos subjetivos del tipo, especialmente en lo que dice relación con el dolo, al no constituir un hecho material, sino psíquico, que sólo puede darse por acreditado a través del procedimiento inferencial.

En la antijuridicidad, el criterio de normalidad nos indica que, en general, lo que es típico es a su vez antijurídico, por ello se afirma doctrinalmente que la tipicidad es un indicio de antijuridicidad. En razón de lo anterior, se entiende por los operadores jurídicos que las causales de justificación deben ser acreditadas por quien las alega, vale decir, el defensor y el imputado penal.

Otro tanto sucede en materia de culpabilidad, donde se pone de cargo de la defensa la prueba de la inimputabilidad por enajenación mental, en el caso de los adultos, del error de prohibición y del contexto situacional anormal.

Entonces, el aserto inicial de que el peso de la prueba recae en el persecutor penal no es tal, o a lo menos se atempera considerablemente en la práctica judicial. Incluso si revisamos las sentencias penales chilenas podremos observar que la fundamentación se ocupa en especial de la tipicidad, mas poco dicen respecto de la antijuridicidad y culpabilidad, cuando estos elementos no han sido debatidos por los intervinientes.

¹⁶⁷ RUGEL PARRALES, Rosa "El principio de Presunción de Inocencia", en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima septiembre de 2008, p. 79.

¹⁶⁸ CIDH. Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párrafo 154.

Al parecer litigantes y jueces no hacen cuestión de esta forma de proceder, en tanto los Fiscales del MP hayan realizado una labor investigativa objetiva, esto es, hayan decretado diligencias tendientes a establecer los elementos de inculpación, así como también elementos que permitan excluirla, ya sea al nivel de la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Entonces, si se trata de un hecho donde pueda discutirse una legítima defensa, por ejemplo, el Fiscal deberá indagar también dicha circunstancia ubicando y entrevistando a los eventuales testigos y, llegado el momento, si no se forma la convicción acerca de la concurrencia de la causal de justificación, podrá acusar tranquilamente, pues con los antecedentes reunidos en la instrucción el defensor estará en condiciones de estructurar su teoría del caso alternativa. Cosa similar sucede con la averiguación de datos del acusado tales como la identidad, educación, edad, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia, estado y desarrollo de las facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que pudieron determinarlo a delinquir, entre otras relevantes.

2.3.- La prueba inculpatória debe ser legítimamente obtenida.

La vigencia y respeto del estado jurídico de inocencia requiere que la prueba de cargo sea lícita, o sea “que haya sido obtenida y actuada con las debidas garantías procesales” (artículo II.1, parte final, del Título Preliminar del CPP). Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. En consecuencia, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio (artículo VIII del Título Preliminar del CPP). El juez decidirá acerca de la admisión de la prueba ofrecida por las partes mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley (artículo 155.2 CPP). No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos (artículo 157.3 CPP). Asimismo, el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (artículo 159 CPP).

La Constitución prohíbe el uso de violencia moral, psíquica o física, la tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Acto seguido establece que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia y que los que la emplean incurren en responsabilidad (artículo 2º N° 24, literal h).

De este modo, la búsqueda de la verdad es un fin del procedimiento que no se puede conseguir a cualquier costo, optando axiológicamente por la exclusiva consideración de la prueba lícita y la exclusión de la prueba ilícita. No se trata, en todo caso, de una imposibilidad absoluta de afectación de derechos de las personas, pues toda investigación penal desarrollará actuaciones que vulneran garantías. Lo que se consagra es la llamada legalidad procesal, en cuya virtud, si resulta indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado (artículo 202 CPP). Las medidas que disponga la autoridad deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de

convicción. La resolución que dicte el juez y el requerimiento del MP deben ser motivados (artículo 203 N° 1 CPP).

La legalidad o licitud de la prueba de cargo es una de las manifestaciones más relevantes del estado jurídico de inocencia. Axiológicamente los valores del Estado Democrático de Derecho imponen a los órganos estatales involucrados en la persecución y juzgamiento penal la obligación de respetar y promover la vigencia de los derechos de las personas, especialmente del imputado y de la víctima. En consecuencia, está prohibida la obtención irregular de medios de prueba y su posterior utilización en el procedimiento; es lo que se denomina legalidad de la prueba, como condición para la valoración lícita de la misma, única forma de vencer válidamente la presunción de inocencia.

De acuerdo a este principio los actos de investigación y los elementos de prueba sólo se podrán utilizar (durante la instrucción) o tendrán valor probatorio (para el juicio) si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso en forma legal. En consecuencia, será ineficaz la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales de las personas.

Al sistema procesal penal no le es indiferente la forma en que se obtienen las fuentes de información y los elementos de prueba, ya que es la actividad del Estado dirigida a esta finalidad la que crea mayores riesgos para el respeto de los derechos fundamentales. Si bien la averiguación de la verdad es un objetivo del procedimiento, ella no debe buscarse sin límites, ni a cualquier precio.

Narra Carmen DÍAZ VÁSQUEZ que el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido el derecho a la prueba como garantía de un debido proceso, sin embargo esta prerrogativa se encuentra sujeta a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio derivados de la propia naturaleza del derecho.¹⁶⁹

Para la CIDH el estándar exige la exclusión de cualquier valor probatorio a pruebas obtenidas en violación a derechos humanos. Así como no puede condenarse a una persona si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, con más razón no se puede condenar si obra en contra de ella prueba ilegítima, por haberse obtenido en violación a sus derechos humanos.¹⁷⁰

Como existen límites éticos que se oponen a la actividad de persecución penal, cada vez que en esta labor, a través de los actos de investigación, se afecten garantías fundamentales, la prueba así obtenida debe ser declarada como “ilícita”, operando la regla de inutilizabilidad o de exclusión del elemento probatorio, según corresponda.

¹⁶⁹ DÍAZ VÁSQUEZ, Carmen “La Prueba Ilícita”, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima Octubre de 2008, p. 78.

¹⁷⁰ CIDH, Caso Lori Berenson versus Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C N° 119, párrafo 129.2b).

La inutilizabilidad y la exclusión probatoria operan, entonces, como garantías procesales que protegen y dan vigencia al estado jurídico de inocencia y al juzgamiento en un contexto de debido proceso.

La prueba ilícita constituye un defecto trascendente, disvalórico, que deslegitima o al menos enturbia el método cognoscitivo de búsqueda de la verdad, llamado juicio y su producto final, la sentencia, de modo que surge como indispensable consecuencia la eliminación de toda aquella información que proviene de la actuación viciosa, sea impidiendo que produzca efectos en toda decisión jurídico-penal (inadmisibilidad probatoria), sea rechazando su mérito probatorio (valoración negativa) o invalidando el juicio y la sentencia, si no han operado los otros correctivos (recurso de casación).

La obtención de información por parte de los agentes de persecución con vulneración de garantías fundamentales afecta el debido proceso y su utilización en el procedimiento infringe el estado jurídico de inocencia, condición de libertad que sólo puede ser vencida con prueba lícita.

Así las cosas, la regla de exclusión es la sanción o consecuencia jurídica adversa, de naturaleza procesal, que el ordenamiento jurídico contempla como garantía-protección de los derechos fundamentales mencionados.

Hemos distinguido entre inutilizabilidad de actos de investigación y exclusión de elementos de prueba, pues ello nos parece útil si se consideran los diversos momentos procesales en que puede ser utilizada la información obtenida con vulneración de garantías fundamentales.

En momentos preliminares de la investigación, la información proveniente de actos investigativos así viciados se puede pretender utilizar para fundar medidas cautelares personales, entre ellas la prisión preventiva, o también para sustentar una autorización judicial de medidas de investigación intrusivas. En tal caso, la defensa puede plantear, como sanción procesal, la inutilizabilidad de tal evidencia, conforme lo ordena el artículo 159 del CPP, precepto situado en la regulación de la prueba durante el período de instrucción o investigación, pero que por sus amplios términos es también aplicable para la prueba que haya de rendirse en el juicio.

Situados ya en la etapa intermedia del procedimiento y más específicamente con ocasión de la audiencia preliminar, las partes podrán debatir acerca de la admisibilidad de los elementos de prueba ofrecidos por el Ministerio Público, cuando se estime que éstos fueron obtenidos con vulneración de garantías fundamentales. En este caso podemos hablar propiamente de la regla de exclusión o inadmisibilidad de la prueba ilícita, pues de lo que se trata es de impedir que la prueba ofrecida sea admitida y, posteriormente, rendida en juicio (artículos VIII del Título Preliminar y 155.2 CPP).

A modo de síntesis y con elementos aportados por la jurisprudencia norteamericana, argentina y española, podemos afirmar como fundamentos que determinan la ilicitud de una prueba los siguientes:

a).- El deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales y, en consecuencia, abstenerse de vulnerarlos. En principio los derechos y libertades individuales deben primar por sobre los fines de la persecución penal.

El descubrimiento de la verdad debe ser efectuado en forma lícita, no sólo porque hay de por medio un principio ético en la represión del delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo al autor del mismo. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esa calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo Estado de Derecho.¹⁷¹

b).- Se busca desincentivar los abusos de la policía, toda vez que las reglas de inadmisibilidad probatoria afirman el valor práctico de los derechos fundamentales de los imputados o de terceros, desincentivando la trasgresión de los mismos por los agentes del Estado al determinar su ineficacia probatoria.

Se trata de un mensaje dirigido a la policía y a los demás agentes de la persecución, en orden a disuadirlos de violar las garantías fundamentales privando de eficacia el resultado de las actuaciones que lo hagan.

c).- Razones de integridad judicial, en cuanto la utilización de pruebas obtenidas en violación de garantías fundamentales representa la participación de la judicatura en dichas infracciones, lo que ofende la integridad de los tribunales, que son los encargados precisamente de protegerlas.

d).- El criterio de confiabilidad de la evidencia, que procura evitar que las decisiones judiciales en materia penal se vean influenciadas por la presentación de prueba que no satisface exigencias mínimas de credibilidad. El reparo dice relación con la forma de obtención de los elementos de convicción, que llevan a desconfiar de su mérito. Por ejemplo, la razón invocada para excluir una confesión obtenida bajo tortura sería la desconfianza en torno al hecho de que la confesión obtenida por ese medio sea verdadera y no una simple concesión para que la tortura cese.

Relacionado con el tema en análisis encontramos el concepto de “prohibiciones probatorias. Según explica Pilar DÍAZ VÁSQUEZ el término de “prueba prohibida” fue acuñado a inicios del siglo anterior por Ernst BELING en su obra “Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal” y la define diciendo que es aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiéndose por obtención aquella labor tendiente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial. La prueba prohibida implica una limitación tanto de los datos que puedan ser susceptibles de investigación, como de los medios que pueden ser utilizados a los fines de obtener la convicción judicial requerida para la formación de la sentencia.¹⁷²

La misma autora cita una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, de fecha 15 de septiembre de 2003, donde se define la prueba ilícita diciendo que es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable.

¹⁷¹ Extracto de sentencia de la Corte Federal Argentina, de 10 de agosto de 1984, citada por Guillermo Brown, en su libro “Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal”, Editorial Jurídica Nova Tesis, año 2002, pág 88.

¹⁷² Ob. Cit., p. 79.

Asimismo, DÍAZ VÁSQUEZ sistematiza los casos más relevantes de prueba obtenida con vulneración de garantías de la siguiente manera:

I.- Las que se originan dentro o fuera del proceso: a) Las producidas fuera del proceso, en el momento de la obtención de las fuentes de prueba. Se generan durante la investigación de los hechos e inciden en los procesos búsqueda, recolección y obtención de las fuentes de prueba, cuyos responsables serán la policía y el MP; b) Las producidas dentro del proceso, relacionadas con la incorporación de la fuente de prueba al proceso, en las etapas de admisión y producción de los elementos de prueba.

II.- La prueba prohibida expresamente por la ley. En este caso la prueba es ilícita porque la ley así lo estipula o lo señala, prohibiendo al órgano jurisdiccional admitirla y valorarla como elemento probatorio; y si bien no existe una ley expresa o disposición legal que precise el carácter de ilícito de ésta, prohibiendo su admisión o valoración, desde el hecho que la Constitución señala cuales son los derechos fundamentales y los principios constitucionales por los cuales se rige un proceso, la sola vulneración de éstas ocasiona la ilicitud de la prueba. Por ejemplo el artículo 2º, inciso 24, letra h) de la Carta Fundamental señala que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, sea esta moral, física o psíquica.

III.- La prueba irregular o defectuosa, que MIRANDA ESTRAMPES define como aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto por la ley. Para algunos autores estas últimas pueden ser objeto de convalidación, aplicando la ponderación de intereses, que procura tutelar un bien jurídico mayor al vulnerado con la obtención de dicha prueba.

2.4.- La interpretación de la ley a favor del imputado o in dubio pro reo

De acuerdo al artículo 139.11 de la Constitución Política, es principio de la función jurisdiccional la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. Idea que es reiterada en la ley al señalar que en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado (artículo II N°1, inciso 2º, del Título Preliminar del CPP).

Las leyes procesales referidas relativas a derechos individuales que sean más favorables al imputado expedidas con posterioridad a la actuación procesal, se aplican retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible (artículo VII N° 2 del Título Preliminar del CPP).

En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo (artículo VII N° 4 del Título Preliminar del CPP).

Rosa RUGEL expresa que la presunción de inocencia está basada en el indubio pro reo que consiste en aplicar lo más favorable al reo en caso de duda o de conflictos entre leyes penales.¹⁷³

¹⁷³ Ob. Cit., p. 80.

Para Binder, el principio de indubio pro reo aplicado a la valoración de la prueba o a la construcción de la sentencia es una de las consecuencias directas y más importantes del principio de inocencia.¹⁷⁴

Julio B Maier, por su parte señala, el indubio pro reo hace referencia a un estado subjetivo del juzgador tras valorar la prueba (el estado de duda), cuyo carácter interno permite la fácil ocultación de la infracción de aquel principio y dificulta una impugnación fundada en la misma. Por el contrario, el respeto a la presunción de inocencia sería más objetable, porque se comprueba comparando la sentencia con la actividad probatoria efectivamente desarrollada.¹⁷⁵

JAEN VALLEJO, por su parte, refiere que esta manifestación de la presunción de inocencia es un principio general del derecho, que no constituye precepto legal de carácter sustantivo, dirigido a juzgar como norma de interpretación, para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, la prueba hubiere dejado duda en el ánimo del juzgador sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá absolversele. En tanto ROXIN, cuando se refiere a los principios del Derecho procesal penal, señala dentro del ámbito de aplicación de esta directriz, que ésta no debe regir para la prueba de vicios del procedimiento, ni tampoco rige para el esclarecimiento de cuestiones jurídicas dudosas, sólo se refiere a la comprobación de hechos y no es aplicable en el ámbito de interpretación de la ley. Según Bacigalupo, esta garantía tiene dos dimensiones: una normativa y otra fáctica: la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo, y respecto a la dimensión fáctica hace referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar fuera de la casación.¹⁷⁶

2.5.- El uso racional de los mecanismos de coerción procesal.

El estado jurídico de inocencia conlleva la regla general de juzgamiento en libertad del imputado penal y la excepcionalidad de las medidas que coarten dicha prerrogativa.

De acuerdo al artículo 2.24, letra b) de la Constitución Política toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, en consecuencia: no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley.

Lo anterior es reflejo de la consideración y trato de inocente, de modo que las medidas de coerción procesal sobre el imputado penal deben ser aplicadas en los casos que la ley señale, por el órgano judicial, del modo, forma y con las garantías previstas por la ley; a través de resolución motivada y a instancia de parte legitimada, con respeto del principio de proporcionalidad (artículo VI del Título Preliminar del CPP). Además, en general, cuando

¹⁷⁴ Ob cit., página 127.

¹⁷⁵ Julio B Maier. Ob cit.

¹⁷⁶ Citados por Carmen DÍAZ VÁSQUEZ "Garantías Procesales Especiales", en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima julio de 2008, p. 143.

el fiscal requiera la imposición de medidas coercitivas respecto del imputado deberá previamente formalizar la investigación (artículo 338 N° 4 CPP).

La interpretación de las normas que restrinjan la libertad personal deben interpretarse restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos (artículo VII N° 3 del Título Preliminar del CPP).

Según la Corte Interamericana, desde la presunción de inocencia, se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.¹⁷⁷ El mismo tribunal añade que “la prisión preventiva no puede ser la regla general, porque se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a aquellas personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

Comenta Susana ALBANESE que esta posición de defensa de la libertad personal es concordante con la de la Comisión Interamericana y, en general, con la de otros órganos internacionales de derechos humanos. En épocas de mayos inseguridad social se deben resaltar y defender con mayor convicción estos principios elementales del derecho y sus válidas interpretaciones a fin de evitar actitudes erráticas de los gobernantes quienes – intentando interpretar a la sociedad que representan – pueden provocar, paradójicamente, violaciones a las garantías judiciales.¹⁷⁸

Por su parte, el profesor San Martín Castro, comenta, la existencia de las medidas coercitivas no significa que al imputado se le pueda anticipar una pena durante el procedimiento, de suerte que la limitación procesal de derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento – averiguación de la verdad – para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia, bajo la vigencia del principio de proporcionalidad, cuyo juicio de ponderación exige, entre otros requisitos, principio de prueba y necesidad insoslayable de restringir un derecho fundamental en aras de asegurar un fin legítimo del proceso penal.¹⁷⁹

Asencio Mellado, apunta, la prisión provisional, en tanto medida estrictamente cautelar y limitativa de derechos ha de supeditarse a la verificación de terminados principios, consustanciales e irrenunciables que, lejos de ser teóricos, trascienden y afectan a la regulación concreta que se haga de la restricción de libertad. Estos principios son los de legalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad y proporcionalidad¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 77.

¹⁷⁸ Ob cit., pp. 56 y 57.

¹⁷⁹ San Martín Castro. Ob. Cit. p.117

¹⁸⁰ Asencio Mellado, José María. La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. En material de la Academia de la Magistratura. Programa de capacitación para el ascenso. Setiembre de 2010. Lima – Perú. p.2

En efecto, podemos afirmar que la norma procesal penal Peruana recoge dichos principios:

a) **El principio de Legalidad.** Solo mediante ley y con las condiciones que cada ordenamiento exija, pueden ser limitados los derechos fundamentales. A su vez las leyes que se dirijan a este fin, y en tanto los derechos constitucionalmente declarados son directamente aplicables sin limitación alguna, pues la Constitución es la ley suprema. Sólo son admisibles, aquellas restricciones que la ley expresamente dispone, no otras, debiendo toda limitación estar prevista normativamente de modo expreso y sin incorporar cláusulas abiertas que autoricen de facto cualquier tipo de restricción legalmente indeterminada, siendo imposible, cualquier tipo de interpretación restrictiva¹⁸¹. En ese sentido, el Código Procesal Penal expresa que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella (artículo 253 N° 1 y 2 CPP).

b) **El principio de proporcionalidad.** La proporcionalidad constituye un requisito sustancial en la limitación de los derechos fundamentales, razón por la que también es reclamable en materia de prisión provisional al afectar directamente a la libertad de movimientos. El espacio del principio de proporcionalidad está vinculado con los presupuestos que la ley establece como legitimadores de la medida y la naturaleza que como consecuencia de ellos, se asigne a la prisión preventiva, la cual, obviamente, repercutirá en la finalidad asignada. En ese sentido, tenemos, el *fumus boni iuris* o *fumus commissi delicti*, como presupuesto de la prisión provisional. Las medidas cautelares que persiguen asegurar el proceso y la eventual responsabilidad que se declare, deben siempre justificarse en una apariencia que revele una hipótesis razonable de futuro de una condena frente al sujeto privado de libertad, siempre y cuando sea imprescindible en determinadas y extraordinarias ocasiones, el *fumus bonis iuris*, hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado, la cual, en el CPP peruano se concreta en la exigencia de concurrencia en el caso de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado (art.253.2° CPP). Así también, otro presupuesto, es el *periculum in mora*. Constituye un presupuesto de toda medida cautelar que hace referencia a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación. El CPP peruano contempla como presupuestos habilitantes de la prisión preventiva la prevención del riesgo de fuga y el peligro de obstaculización, el Juez debe llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso (artículos 268°, 269° del CPP)¹⁸².

c) **Principio de jurisdiccionalidad,** la prisión preventiva, así como el resto de medidas cautelares penales, a excepción de la detención policial o el arresto ciudadano, siempre provisionales, deben ser acordadas por una autoridad judicial, al entrañar una limitación de derechos fundamentales. Nunca, pues, ni siquiera preventivamente, puede el fiscal o la policía acordar una medida o medidas tan graves para la libertad del imputado. Tal, como

¹⁸¹ Asencio Mellado. La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. Ob cit. p 3.

¹⁸² Asencio Mellado. Ob cit. p.24

lo disponen los artículos 254°.1 y 255° del CPP¹⁸³. Expresa Asencio Mellado, cualquier agravación de la situación personal del imputado, provenga de la aparición de razones que la pudieran justificar o del cumplimiento de las condiciones o del régimen de cumplimiento de una medida anteriormente impuesta, exige la petición expresa del Fiscal. Si esta solicitud no se produce, el Juez estará imposibilitado para acordarla de oficio. Ni siquiera puede decretarla provisionalmente en casos de urgencia. Así la infracción de las restricciones del art.288° nunca habilitará al juez a decretar de oficio la prisión preventiva, ya que el art.279° la supedita a la previa petición del Fiscal, al igual que hace el art.287.3 del CPP; así también agrega que, por el contrario, sí podrá el Juez, de oficio, adoptar medidas menos gravosas que las solicitadas por el Fiscal, reformar o sustituir las decretadas por otras menos intensas, ya que esta conducta forma parte de sus competencias garantizadoras de los derechos del imputado. Esto se deduce de lo dispuesto en el art.286° que autoriza al Juez a decretar la comparecencia simple si considera improcedente la prisión preventiva solicitada, norma también aplicable a los casos en que se pida la comparecencia con restricciones.

d) **El principio de la Provisionalidad.** Al respecto, siguiendo la línea de pensamiento de Asencio Mellado¹⁸⁴, la prisión preventiva debe limitarse temporalmente con el fin de evitar que llegue a confundirse, materialmente, con la pena que en su momento y eventualmente se imponga al acusado. En ese sentido, a mayor duración del proceso y de la prisión provisional, mayor es la afectación de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia. Al principio de provisionalidad le sigue la cláusula *REBUS SIC STANTIBUS*. Esta cláusula viene a consagrar la necesidad de reforma de las medidas cautelares cuando se alteren las circunstancias tomadas en consideración para su adopción. Tal como lo disponen los 255 N° 2 y 283 CPP). Por su parte, el Fiscal podrá pedir la modificatoria agravatoria de las medidas impuestas, pudiendo el Juez acordarlas tras la verificación de su necesidad, de las condiciones legales y de las razones que justifican el incumplimiento de las ya acordadas o de las nuevamente solicitadas (Art. 276°, 279°, 287° y 291°). Este principio a su vez, tiene estrecha vinculación con la **duración limitada de las medidas coercitivas personales**, toda vez que el juez al decretar la respectiva medida debe fijar el término de duración de la misma, en el caso de la prisión preventiva no puede exceder de nueve o dieciocho meses, y en el impedimento de salida no puede exceder de cuatro meses, pudiendo prolongarse por otro plazo igual (artículos 254 N° 2, letra c), 272, 273, 274, 296 N° 2, 299 CPP).

e) **El principio de Excepcionalidad.** Como consecuencia de los derechos que asisten al imputado a lo largo de la tramitación del proceso y, especialmente, el que consagra la presunción de inocencia, la libertad ha de ser la regla, debiendo el inculcado permanecer en esta situación de forma ordinaria,. Sólo pues, excepcionalmente y cuando sea estrictamente necesario y no puedan alcanzarse los fines propuestos mediante otras disposiciones menos intensas, podrá acordarse la limitación de libertad en que toda prisión preventiva se traduce. (art.268° del CPP). El Código Procesal Penal reconoce otras medidas coercitivas personales menos gravosas, como son, la comparecencia restringida (art.287°, 288° CPP), la comparecencia simple (art.286° CPP), el impedimento de salida, la cual se limita al cumplimiento de la función de asegurar la indagación de la verdad (art.295° CPP), la detención domiciliaria, es una medida sustitutiva acordada cuando, por razones

¹⁸³ Asencio Mellado. Ob cit.p 13

¹⁸⁴ Asencio Mellado. Ob cit p.16

humanitarias, es conveniente establecer un régimen de privación de libertad más apropiado a las condiciones objetivas o subjetivas del imputado¹⁸⁵.(art.290° CPP), la caución, sólo es posible su exigencia cuando concurren los presupuestos que condicionan la adopción de la comparecencia con restricciones, no en el resto de casos (art.289° CPP)

f) además las medidas coercitivas personales obedecen al **principio de Instrumentalidad**, dado que buscan la consecución de específicas finalidades procesales, esto es, el esclarecimiento de los hechos y la efectiva actuación de la ley penal, en su caso (artículos 269 y 270 CPP).

g) **El principio de necesidad**¹⁸⁶. El profesor Arsenio Oré Guardia, sostiene que la medidas coercitivas personales, también, se obedecen al principio de necesidad, puesto que solo se impondrán en la medida que sean estrictamente necesarias para los fines del proceso.

Especial relevancia tiene en este ámbito la eventual aplicación que se haga de la prisión preventiva respecto de un imputado penal, constituyendo un índice del respeto del sistema penal por la libertad de las personas. Para Irma DIAZ LIVAQUE esta medida de coerción es un acto procesal dispuesto por una resolución jurisdiccional, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. En tanto Pablo SANCHEZ VALVERDE expresa que se trata de la medida coercitiva o cautelar de mayor gravedad en el proceso penal, pues importa la privación de la libertad del imputado mientras dure el proceso o hasta que se varíe por otra medida o cese dicha privación.¹⁸⁷

Nos comenta DIAZ LIVAQUE que el CPP ha establecido que la restricción de un derecho fundamental en el proceso penal persigue como objetivos prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, la obstaculización de la averiguación de la verdad y el peligro de reiteración delictiva. En este sentido la prisión preventiva constituye una medida cautelar que puede ser adoptada durante el desarrollo de un proceso penal, la misma que, por su naturaleza, debe sujetarse estrictamente a todas las garantías procesales vigentes, teniendo en cuenta parámetros normativos, así como la necesidad “urgente” de su interposición. Se trata de una medida excepcional y de la que se debe hacer uso luego de haber examinado la posibilidad de imponer una menos gravosa. Para su aplicación deben observarse determinados requisitos o presupuestos que la misma ley establece (artículo 268 CPP), a saber:

- a).- Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b).- Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.
- c).- Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

¹⁸⁵ Asencio Mellado. Ob cit.. P.11

¹⁸⁶ Arsenio Oré guardia y Giulliana Loza Avalos. Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano. Academia de la Magistratura, programa de capacitación para el ascenso. Setiembre 2010. Lima, Perú. P.83

¹⁸⁷ DIAZ LIVAQUE, Irma “Los Presupuestos de la Prisión Preventiva en el nuevo Código Procesal Penal”, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima diciembre de 2008, p. 63.

Relacionado con este último presupuesto, se requerirá la existencia, en su caso, de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

Relacionado con este tema, observamos que no se contempla en el CPP peruano una institución similar a la denominada audiencia de control de la detención del CPP chileno (artículo 132), esto es una primera audiencia ante el juez de la investigación preparatoria, donde se verifique el respeto de todos los derechos y las garantías del imputado detenido en flagrancia o por orden judicial.

Tal vez podría hacerse una aplicación extensiva de la institución de la tutela de derechos, contemplada en el artículo 71.4 del CPP peruano, en relación a la primera audiencia judicial a que alude el artículo 7.6 de la CADH y el artículo 9.4 del PIDCP, cuya finalidad precisa es decidir acerca de la legalidad de su privación de libertad.

V.- Prohibición de la persecución penal múltiple. Principio “NE BIS IN IDEM”

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal Peruano reconoce la garantía “ne bis in idem” de forma completa, ya que acoge su significado material referido a la proscripción de doble sanción por un mismo hecho punible, lo que lo relaciona con la cosa juzgada material y también sus implicancias procesales prohibiendo la doble persecución, sucesiva o simultánea, siempre además que se trate de idéntico e igual fundamento.

El principio Ne Bis In Idem tiene sustento constitucional en el artículo 139.13 de la Constitución Política del Estado que “*prohíbe revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada*”, que no es otra cosa, que reconocer la inmutabilidad de la cosa juzgada material; empero, específicamente, en el Artículo 139.3 de la norma fundamental se reconoce su vertiente procesal, como parte de la observancia del debido proceso¹⁸⁸ y la tutela jurisdiccional efectiva.

La CADH preceptúa en su artículo 8.4 que “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, y el PIDCP en su artículo 14.7 establece que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Retomando lo expuesto en la parte inicial, este principio en su vertiente procesal, garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento.

¹⁸⁸ Ernesto Chieza Aponte sostiene el debido proceso de ley, es la garantía fundamental que tiene un ciudadano ante una investigación y procesamiento criminal. *En el Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen II. Editorial Forum 1995. Colombia.*

Ello, con la finalidad de evitar lo que la V Enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *double jeopardy*, es decir, el doble peligro de condena sobre una persona.

El principio *ne bis in idem*, determina que “el Estado no pueda someter a un proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva, posición dominante en la doctrina y plausible desde la perspectiva garantista. Esto indica que los sistemas procesales de mayor influencia, especialmente el sistema procesal acusatorio, adoptan a este principio como un límite a la potestad punitiva del Estado, pues éste no puede someter a proceso a una persona, por el un mismo hecho, dos o más veces, de manera sucesiva o paralela. Esto es claro, sin embargo, en la praxis judicial surgen los verdaderos problemas de aplicación e interpretación no tratados por la dogmática”.¹⁸⁹ ; Verbigracia, no puede instaurarse nuevamente un proceso penal por el mismo hecho tipificado como delito cualquiera, si éste fue archivado a instancia de la fiscalía o por la judicatura; tampoco, podrán existir dos procesos penales simultáneamente aunque pertenezcan a distintas jurisdicciones, en este caso, uno de los dos tendrá que archiversse.

En esa misma línea, señala Julio Mayer¹⁹⁰, el principio *Ne bis in idem*, reviste dos fórmulas de diversa extensión. Una de ellas, la de alcance más restringido se refiere solo a la reacción penal material, a la consecuencia de la perpetración de un hecho punible, llámese condena pena o castigo, la cual podemos denominarla como se sentido meramente material”; “la segunda fórmula, de alcance más vasto, impide la múltiple persecución penal, se extiende, por ello como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal, por esa razón tiene también sentido procesal, y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite”

En palabras de BINDER este postulado se refiere a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa – la intervención del aparato estatal en procura de una condena -, sólo se pueda poner en marcha una vez. El poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho, postulando, en razón de los costos personales para el imputado, una interpretación lo más amplia posible a esta garantía.¹⁹¹

Para el profesor Humberto NOGUEIRA la responsabilidad penal de una persona debe ser dilucidada de una sola vez y para siempre en un proceso penal con todas las garantías con la fuerza de la cosa juzgada. Ello impide reabrir el caso o iniciar un nuevo procedimiento. La doble incriminación es contraria a un Estado de Derecho.¹⁹²

Agrega el mismo autor que esta norma recoge el principio general del “*ne bis in idem*”, deduciéndose de su unidad con el principio de legalidad y tipicidad de las sanciones recogidas en el ordenamiento jurídico, lo que impide que autoridades del mismo orden, a través de procedimientos distintos, sancionen repetidamente la misma conducta.

¹⁸⁹ Binder, Alberto M,1993, p. 163.

¹⁹⁰ V Supra N° 11 p. 598,599

¹⁹¹ Ob cit., pp. 167 y 168.

¹⁹² NOGUEIRA ALCALA, Humberto “El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano”, Librotecnia, Santiago de Chile, enero de 2007, p. 109.

El principio *ne bis in idem*, determina que “el Estado no pueda someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva, posición dominante en la doctrina y plausible desde la perspectiva garantista. Esto indica que los sistemas procesales de mayor influencia, especialmente el sistema procesal acusatorio, adoptan a este principio como un límite a la potestad punitiva del Estado, pues éste no puede someter a proceso a una persona, por el un mismo hecho, dos o más veces, de manera sucesiva o paralela. Esto es claro, sin embargo, en la praxis judicial surgen los verdaderos problemas de aplicación e interpretación no tratados por la dogmática”.¹⁹³

A decir, Neyra Flores, en virtud de esta garantía personal se busca impedir que un individuo sufra una doble condena o vuelva a afrontar un proceso por un mismo hecho; no opera en abstracto, pues ya se trate de una sentencia, de un sobreseimiento o de cualquier tipo de resolución que ponga fin al proceso, siempre tiene una referencia directa a la persona que ha sido involucrada.¹⁹⁴

Ante esto, el Estado ante la ocurrencia de una infracción, dependiendo de la naturaleza de la misma, tiene una sola oportunidad para su persecución y posterior sanción, y es el principio del *Ne bis in idem*, el mecanismo normativo que busca evitar, tanto la multiplicidad de procesos, como la multiplicidad de sanciones.

La potestad sancionadora del Estado es única, aunque bien pueda adquirir perfiles administrativos o penales, aquel tiene una sola oportunidad para hacer valer sus pretensión punitiva, el Título Preliminar precisa que la interdicción de la persecución múltiple rige también para las acciones penales y administrativas, en cuanto resulta inadmisibles que por el mismo hecho estas se acumulen; de ahí que para evitar suposiciones perjudiciales al imputado rige que el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo; una manifestación de lo dicho se encuentre en el inciso 6 de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del NCPP, que dispone que el artículo 8 del D. Leg. 813 (Ley Penal, de 20 de abril de 1996) referido a la investigación y promoción de la acción penal en los delitos tributarios, quede redactado de modo que la administración deba comunicar al fiscal los indicios de la comisión de delito tributario descubiertos en el curso de sus actuaciones, que el Fiscal, en razón de este aviso y en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, disponga lo conveniente, que ordene la administración ejecutar ciertas diligencias o las realice por si mismo, y que, en cualquier momento disponga que dicho órgano le remita todo lo actuado en el estado que se encuentre, prosiguiendo la pesquisa en Fiscalía o por la Policía. También, la aplicación de este principio se da en los delitos de conducción en estado de ebriedad tipificados en el artículo 274° del Código Penal Peruano, cuando al imputado se le impone una multa a instancia administrativa, por la infracción a las reglas de tránsito, decomisándosele su licencia de conducir y prohibiéndosele conducir vehículo. Luego al imponerse la sanción penal, nuevamente se dispone su inhabilitación para conducir vehículo, lo que constituye una doble sanción, en este caso, ya no se le debe inhabilitar porque ello ya se hizo a instancia administrativa. Asimismo, se puede observar una clara vulneración al principio *ne bis in idem*, verbigracia, en los casos que el Tribunal Militar declaró absueltos por delito de Traición a la patria a algunos de los implicados y luego se inhibió a favor de fuero común, por encontrarse

¹⁹³ Binder, Alberto M, 1993, p. 163.

¹⁹⁴ Ob cit., pp. 178-179.

responsabilidad por delito de Terrorismo., porque al declarar absueltos del delito de traición a la patria se pronunció sobre el fondo de los hechos, por lo que no cabe inhibición para que se le investigue por delito de terrorismo. En ese sentido, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de setiembre de 1997. Caso Loayza Tamayo estableció en el Fundamento 76. “la Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución” sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla. Y en el Fundamento 77. De lo anterior la Corte Concluye que al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por lo que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado Peruano violó el artículo 8.4. de la Convención Americana.

La diferencia entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador está más bien vinculada a la oportunidad y forma de protección de los bienes jurídicos, señalándose que el derecho penal debe intervenir cuando existe una lesión al bien jurídico o por lo menos una puesta en peligro concreto del mismo, debiendo reservarse las infracciones que generen un peligro abstracto al derecho administrativo sancionador ya que se traducen generalmente en una mera desobediencia de la norma para el derecho administrativo sancionador.

Con la tradición liberal, en este mismo artículo, en el NCPP exceptúa de los efectos del “*ne bis in idem*” los casos de revisión de la sentencia condenatoria, que se canalizan a través de la acción correspondiente cuando a ulterior condena o imposición de medida de seguridad es dictada contra persona distinta del primer sancionado y ambas sentencias colisionan por inconciliables, de lo que resulta la prueba de inocencia del primigenio condenado. Otro tanto ocurre cuando la sentencia se emite contra una precedente que es cosa juzgada; asimismo, si se demuestra que un elemento de prueba decisivo en la sentencia, es falso, inválido adulterado o falsificado; o luego de la sentencia se descubren nuevos hechos o medios de prueba, capaces de establecer la inocencia del condenado: también, si se acredita que la sentencia fue producto de un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra él o sus familiares, siempre que en tales hechos no haya intervenido el condenado, y cuando la norma que sustentó la condena fuese declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema (artículo 439).

En esencia, mediante la aplicación del principio “*ne bis in idem*”, surge la necesidad de reestablecer un marco penal único para cada conducta. Supone, también, la necesidad de no ponderar un mismo antecedente en más de una oportunidad, es evitar la multiplicidad persecutoria, frente a un mismo hecho cometido por la misma persona, que no se genere la duplicidad de procesos penales, o de un proceso penal y un proceso administrativo sancionador, o dos procesos administrativos sancionadores. Cuando ello ocurra, resulta de aplicación el denominado principio de la primacía jurisdiccional, por el cual, de verificarse una dualidad de procesos: uno penal y otro administrativo sancionador, prima el proceso penal y el otro debe suspenderse y estarse a lo resuelto en aquel.

VI.- Titular de la Acción Penal

1.- El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal.

Coherente con el contexto acusatorio ya descrito, el MP es concebido como un organismo autónomo del Estado que tiene como funciones promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; representar en los procesos judiciales a la sociedad; conducir desde su inicio la investigación del delito, a través de la Policía Nacional y ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte (artículos 158 y 159 de la Constitución Política).

En el ámbito penal el MP asume la **conducción de la investigación** desde su inicio, estando obligado a hacerlo **con objetividad**, esto es, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la policía (artículos IV del Título Preliminar y 322 CPP).

Como ya se avanzó, los actos de investigación que practica el MP o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional, son administrativos y preliminares. Los actos jurisdiccionales competen a los tribunales de justicia (artículo V del Título Preliminar del CPP).

Esta titularidad dice relación con los delitos de acción penal pública, pudiendo el MP ejercer la persecución de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular (artículo 1.1 CPP).¹⁹⁵ El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al MP y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si éste último se constituye en actor civil cesa la legitimación del primero para intervenir en el objeto civil del proceso (artículo 11.1 CPP).

2.- Persecución necesaria y selectividad penal.

En el ámbito penal, si bien el sistema peruano consagra el principio de persecución necesaria, excepcionalmente el MP, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, puede abstenerse de ejercitar la acción penal pública (**principio de oportunidad**) en los siguientes casos (artículo 2.1 CPP):

- a).- Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que éste último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria (desde la perspectiva preventivo general y especial, como funciones que fundamentan la pena).
- b).- Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
- c).- Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el fiscal aprecie que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del CP, y advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. Ello no será posible cuando se trate de un delito

¹⁹⁵ En los delitos de persecución privada la acción debe ser ejercida por el directamente ofendido ante el órgano jurisdiccional competente, mediante querrela. Por su parte, en los ilícitos que requieren previa instancia del directamente ofendido, el ejercicio de la acción penal por el MP está condicionado a la denuncia de la persona autorizada para hacerlo (artículo 1° N° 1 y 2 CPP).

conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

En estos dos últimos casos será necesario que el agente **repare los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido**. Para dicho efecto, el fiscal los citará y dejará constancia de la diligencia en un acta. Si el agraviado no asiste, el fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el fiscal lo fijará, sin exceder de nueve meses. En todo caso, no será necesaria la actuación aludida precedentemente si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente (artículo 2° N° 2 y 3 CPP).

Realizada la diligencia señalada y satisfecha la reparación civil, el fiscal expedirá una **Disposición de Abstención** que impida, bajo sanción de nulidad, que otro fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. En el evento que exista un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. Si el pago no se produce, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, no susceptible de impugnación (artículo 2° N° 4 CPP).

Ahora, si el fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al juez de la investigación preparatoria, que resolverá previa audiencia de los interesados (artículo 2° N° 5 CPP).

También procederán los acuerdos reparatorios en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. Regla que no regirá cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles (artículo 2.6 CPP).

En el caso que la acción penal hubiere sido promovida, el juez de la investigación preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del MP, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento, hasta antes de formularse la acusación. Lo mismo sucederá si imputado y agraviado presentan acuerdo reparatorio en instrumento público o privado legalizado notarialmente (artículo 2.7 CPP).

De este modo, junto a las penas y medidas de seguridad, la justicia restaurativa se erige como una forma eficiente de solución del conflicto penal por una vía diversa a la sentencia. Otra forma de poner término a la actividad investigativa la constituye el **archivo de lo actuado**, que opera si el MP, al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la ley. En esta hipótesis el fiscal declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, ordenando el archivo y su notificación al denunciante y al denunciado (artículo 334.1 CPP).

Por el contrario, si de la investigación preliminar realizada aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, el fiscal dispondrá la **formalización y la continuación de la investigación preparatoria** (artículo 336.1 CPP). La formalización suspende el curso de la prescripción de la acción penal y hace perder al fiscal el uso de la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial (artículo 339 CPP).

De lo dicho podemos concluir que el ente persecutor estatal tiene, en ciertos casos y bajo determinados supuestos) el poder de prescindir del deber de ejercicio de la acción penal (excepción a la legalidad procesal) no obstante haber tomado conocimiento de la probable comisión de un hecho delictivo o para abandonar la acción penal cuando ya ha sido ejercida y subsistan los presupuestos que han justificado dicho ejercicio.

Según expresa Maier, la legalidad procesal compele al MP a iniciar y luego sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio. Ello resulta difícil de ser discutido en el campo meramente especulativo, abstracto o formal. En efecto, en cuanto parte de la persecución penal pública y no otorga a los órganos de persecución poder alguno de decisión acerca de la conveniencia o inconveniencia de la persecución penal en el caso concreto, quienes así se ven obligados a reaccionar penalmente a partir de la *notitia criminis*, éste parece un principio ideal de la realización judicial del Derecho penal, a semejanza de la manera según la cual las teorías absolutas resolvían la cuestión de la pena.¹⁹⁶

Acto seguido añade el maestro argentino, pero si la discusión cambia de plano y los argumentos giran en torno a los fines prácticos que pretende la persecución penal, a la racionalidad apreciada desde el punto de vista empírico, a cierto sentido utilitario de las instituciones jurídicas, el resultado es otro. Mal nos pese, existen criterios selectivos no institucionalizados que eliminan un sinnúmero de hechos punibles de la persecución penal, criterios que la ciencia empírica ha verificado y tal fenómeno no aparece como inadecuado a los fines de la aplicación del poder penal del Estado, por varias razones, en tanto lo conduzcamos como corresponde. Por medios informales no todos los hechos punibles son perseguidos penalmente, ya por defecto en la información, ya por la aplicación de criterios selectivos que influyen tanto sobre los medios de información oficiales, como en la persecución de hechos conocidos. Una cosa es la afirmación dogmática del principio de legalidad y otra muy distinta su realización práctica.

El principio de oportunidad intenta conducir formalmente esos criterios selectivos según metas político criminales claras, referentes a la aplicación práctica del poder penal del Estado, a cargo de órganos responsables y competentes. Puede convertirse en eficaz auxilio a un sistema penal que se torna ineficiente a través de la descriminalización de hechos punibles, para evitar la aplicación del poder penal allí donde otros métodos pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, y la contribución a la eficacia de la persecución criminal en aquellas zonas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social (prevención general positiva).

¹⁹⁶ MAIER, Julio *Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, segunda edición, tercera reimpresión, enero de 2004, pp. 385 y 386.

En similares términos DUCE y RIEGO manifiestan que el principio de legalidad procesal suele ser entendido como la obligación de los órganos estatales de persecución penal de llevar adelante la investigación de todos los hechos que revistan caracteres de delito hasta las últimas consecuencias sin poder suspender, revocar o terminar anticipadamente la persecución penal. Sin embargo, el principio de legalidad no obliga a perseguir hechos que no sean constitutivos de delito, tampoco obliga a llevar adelante la investigación en casos en que luego de haber realizado pesquisas no existe una mínima sospecha acerca de su esclarecimiento. Por ello, entendida correctamente, sólo existe discrecionalidad cuando el fiscal puede abstenerse de formular cargos en casos en donde existe alguna probabilidad de obtener una convicción.¹⁹⁷

Agregan los mismos autores que el principio de legalidad descansa, en buena medida, en una creencia empírica o fáctica que se podría denominar el “mito de la no impunidad”, esto es, la creencia de que este principio puede ser cumplido en la práctica, es decir, que todos los delitos pueden ser investigados y eventualmente sancionados en el funcionamiento concreto de los sistemas de justicia criminal. Uno de los aportes más interesantes de la criminología contemporánea ha sido, precisamente, el describir el carácter selectivo de estos sistemas, ya sea en su práctica y/o en sus definiciones normativas, operan con un nivel muy importante de selección de los casos que conocen. Dentro de las etapas del circuito de selectividad tenemos como primer eslabón la gran cantidad de delitos que no se conocen, número denominado “cifra negra”, constituida por la diferencia entre los delitos cometidos con los que son efectivamente conocidos por el sistema de justicia criminal; en segundo lugar, la policía constituye una de las instancias donde se realiza mayor selección de casos; un tercer agente lo constituye el MP y sus fiscales, y finalmente, la selección que realizan los propios jueces.

La hipertrofia del derecho penal sustantivo, unida a la incapacidad inherente de todo sistema procesal penal para perseguir la totalidad de los delitos de un modo eficiente, ha dado origen al principio de oportunidad.

En el ámbito procesal penal peruano Noelia PEREZ CATERIANO ha sostenido que el principio de oportunidad es la facultad conferida al MP, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por la ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos, debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para su aplicación. Complementa lo anterior con la definición de CAFFERATA NORES quien describe este principio como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.¹⁹⁸

¹⁹⁷ DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIAN *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, octubre de 2007, p. 179.

¹⁹⁸ PEREZ CATERIANO, Noelia “El Principio de Oportunidad en la Legislación Penal Peruana”, en *Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao*, Lima siembre de 2008, p. 109.

La misma autora afirma que en Perú tres son los objetivos principales de este postulado, a saber:

- a).- Descriminalización, evitando la aplicación del poder sancionador de la norma penal cuando otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados (prevención especial positiva, evitando los efectos estigmatizantes del proceso judicial y de la imposición de la pena) o donde resulte innecesaria su aplicación (escasa relevancia social de la infracción).
- b).- Resarcimiento rápido y oportuno de la víctima por el daño ocasionado, de tal manera que no haya necesidad de esperar largos años en espera de una sentencia condenatoria.
- c).- Eficiencia del sistema penal, concentrando los mejores esfuerzos en la efectiva investigación de aquellas situaciones en las que resulta indispensable la actuación del Derecho penal como método de control social (delitos de mayor lesividad), procurando el descongestionamiento de una justicia penal saturada de procesos, que no permiten dicho tratamiento preferencial.

En lo que respecta a los sistemas de regulación del principio de oportunidad Vilmer MORRILLAS NEIRA expresa que doctrinariamente se distinguen dos sistemas: el sistema de oportunidad libre y el sistema de oportunidad reglada.¹⁹⁹

En un sistema de oportunidad libre el Fiscal negocia y decide el término o suspensión de la persecución penal sin sujeción a ninguna regla jurídica preexistente, sin que en tal negociación o decisión juegue un papel de control el juez penal, sancionando simplemente la salida diversa que se ha determinado. Es el sistema seguido en los países anglosajones, principalmente los Estados Unidos, donde estas salidas abarcan parte importante de su estadística de casos terminados.

En el sistema de oportunidad reglada, en cambio, la ley prevé los supuestos bajo los cuales el Fiscal puede declinar la persecución penal y al juez corresponde, por regla general, un rol de control jurídico de plausibilidad de las decisiones que el persecutor adopta al efecto. Creemos que el nuevo CPP peruano consagra un sistema de discrecionalidad reglada u oportunidad restringida, al igual que los otros modelos de reforma de Latinoamérica, en relación a la discrecionalidad absoluta de que dispone un fiscal en el ámbito anglosajón. En efecto, y como ya se indicara, la facultad de selección de casos aparece como una excepción al principio de legalidad procesal, entendido como promoción necesaria de la acción penal e irrectractabilidad de tal ejercicio. Es decir, este principio se mantiene como regla general de funcionamiento del modelo, pero, a la vez, se permite que los agentes u órganos persecutores penales puedan, por excepción, no continuar o poner término anticipado a la misma.

Relacionado con lo anterior y siguiendo a Mercedes ALFARO GALINDO, podemos sostener que los supuestos legales de aplicación que autorizan el uso del principio de oportunidad en el sistema peruano reformado son los siguientes:²⁰⁰

¹⁹⁹ MORRILLAS NEIRA, Vilmer "El principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad", en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima julio de 2008, p. 155.

²⁰⁰ ALFARO GALINDO, Mercedes "El principio de oportunidad en la etapa de investigación preliminar del proceso penal actual en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima julio de 2008, pp. 160 y 161.

- a).- Cuando el agente ha sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta inapropiada (artículo 2º, inciso 1º, literal a) CPP). Criterio revelador de un enfoque preventivo general positivo, por ende utilitario, desde el cual si bien el imputado puede merecer pena desde la perspectiva de la culpabilidad por el hecho, no necesita pena para la sociedad, pues se entiende que ha operado “la pena natural”, donde el infractor es a la vez víctima y por razones de humanidad del Derecho penal la persecución no persevera.
- b).- Cuando se trata de delitos que no afectan gravemente el interés público (artículo 2º, inciso 1º, literal b) CPP). Se trata de los llamados delitos insignificantes desde una perspectiva político criminal, o también denominados de bagatela. En este supuesto el legislador ha establecido, además, dos límites objetivos al ejercicio de la facultad del MP: el primero dice relación con la penalidad abstracta prevista para el delito de que se trate, que no podrá superar - en su extremo mínimo – los dos años de pena privativa de libertad, y el segundo, relativo a la naturaleza de la infracción, específicamente, a los casos de delitos cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
- c).- Cuando por las circunstancias atenuantes concurrentes en el caso específico y las condiciones personales del imputado no se advierta la existencia de algún interés público gravemente comprometido en su persecución.

También en este caso se establecen límites adicionales consistentes en una conminación penal superior a cuatro años de pena privativa de libertad y por tratarse de delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Finalmente, podemos mencionar como una manifestación especial del principio de oportunidad el llamado **proceso de terminación anticipada**, de naturaleza negocial, previsto en los artículos 468 a 471 del nuevo CPP. En efecto, a través de él la causa termina por decisión jurisdiccional cuando el imputado y el Fiscal llegan a un acuerdo sobre la pena, la reparación civil y las demás consecuencias accesorias. Se trata pues de una transacción en sede penal con aprobación judicial.

La ventaja de esta salida diversa al juicio oral, público y contradictorio, es la celeridad, ya que puede plantearse durante la investigación preparatoria, actuando como un acelerador del sistema. En estos casos al juez le corresponde una función de tutela de garantías y control de plausibilidad jurídica. De tutela, toda vez que debe quedar claro que el imputado renuncia advertidamente de su derecho a ir al juicio y de control, ya que debe emitir una decisión acerca de la razonabilidad fáctica y jurídica del acuerdo, sobre la base de actos de investigación debidamente registrados (artículo 468, inciso 6º, CPP).

En Chile existe una institución procesal similar denominada “procedimiento abreviado” que, desde su implementación, ha sido objeto de alabanzas y críticas.

Dicho procedimiento se inserta, también, dentro del fenómeno del derecho negociado, cuyo origen se encuentra en la crisis de las ordenaciones sociales y jurídicas tradicionales. En una sociedad post-industrial más individualista, fragmentada y compleja, perderían progresivamente legitimidad las regulaciones basadas en modelos de autoridad y centradas en la noción de “lo público”, tendiéndose a una mayor desregulación y a modos alternativos de solución de conflictos, sobre la base de la apelación a las nociones de participación ciudadana e igualdad. En el plano jurídico, se plantean modos de intervención más flexibles, más informales y menos costosos, como la mediación, la conciliación o el arbitraje; y en el plano jurídico penal, la introducción progresiva de fórmulas negociadas al

interior del proceso penal respondería al rechazo del modelo intervencionista y expansionista del derecho penal en el doble plano de la legitimidad y la eficacia.²⁰¹

Las reformas procesales penales habidas en Europa y Latinoamérica a fines del siglo XX evidencian un giro inequívoco en este sentido, admitiendo explícita o implícitamente la negociación o pactos sobre el procedimiento o la pena. Se señalan como fundamentos de esta tendencia, entre otros, la imposibilidad hoy en día de enjuiciar todos los casos conforme a las reglas del procedimiento ordinario y, más precisamente, de llevarlos a juicio oral, y la necesidad de abreviar los procedimientos penales, de modo de cumplir con el derecho del acusado de ser juzgado en un plazo razonable.

Algunos autores han valorado positivamente estas nuevas instituciones procesales, argumentando que operan como instrumentos de “defensa social” al asegurar que los culpables serán castigados en un lapso breve, y que, con la misma rapidez, serán absueltos los inocentes. También se señala que reafirma el principio de la autonomía de la voluntad o del consenso en la solución del conflicto jurídico-penal o que constituye una importante herramienta para resolver el secular colapso de la administración de justicia penal, que no podría resolver todos los casos a través del procedimiento ordinario.

Otro sector de la doctrina, en cambio, rechaza las soluciones negociadas en el ámbito penal acudiendo fundamentalmente a razones teóricas o de principio. Se les considera infractoras de las garantías del imputado, ya que se desenvuelven en un ambiente altamente coercitivo (amenaza de altas penas), implican una renuncia a su derecho al juicio y la afectación de su estado de inocencia, ahorrándole al órgano persecutor la prueba de la culpabilidad del acusado.

En un fuerte planteamiento crítico, y refiriéndose al sistema procesal penal italiano, FERRAJOLI²⁰² ha afirmado que “la inderogabilidad del proceso, y el cúmulo de garantías que comporta, resultan a su vez violados, en su faceta de indeclinabilidad, por alguno de los procedimientos especiales, en particular por los acuerdos sobre la pena y el procedimiento por decreto, que, de hecho, terminan por sustituir la jurisdicción por prácticas negociales de tipo sustancialmente administrativo. Negando la habitual afirmación de cierta doctrina en orden a que las formas de acuerdo son un resultado lógico del “método acusatorio” y del “proceso entre partes”, la que el autor italiano califica como “ideológica y mistificadora”, reconoce que tal confusión se explica sólo en el plano histórico en tanto tales acuerdos son percibidos como “restos modernos del carácter originariamente privado y/o popular de la acusación, cuando la oportunidad de la acción y, eventualmente, de los pactos con el imputado era una consecuencia obvia de la libre acusación. Añade que sin embargo, tal posibilidad carece de fundamento y justificación en los sistemas en los que el órgano de la acusación es público. La negociación entre acusación y defensa se parecería más a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la Inquisición.

Las críticas precedentes evidencian que la inevitable tensión entre eficacia y garantías en el proceso penal se resuelve a favor de la eficiencia en cualquier procedimiento negociado: dado que se plantea en primer plano la necesidad de dar respuesta punitiva a la mayor

²⁰¹ En este sentido María Inés Horvitz, ob cit, tomo II, pág. 503 y siguientes.

²⁰² Citado por María Inés Horvitz, ob cit., tomo II, pág. 513.

cantidad de casos posibles y, al mismo tiempo, eliminar el “cuello de botella” que afecta al sistema, el consecuente respeto de las garantías individuales sólo representa un escollo, un obstáculo para evitar ese funcionamiento deficiente. Inevitablemente existirán presiones sobre el imputado para aceptar la oferta de intercambio, ya sea del fiscal, del juez o del propio defensor. Pero, además, al que no acepta la oferta corre el riesgo de ser condenado a una pena sustancialmente mayor en el juicio oral, con lo que implícitamente se está comunicando a los ciudadanos que ejercer su derecho constitucional al juicio lo puede perjudicar.

En ese contexto, un sistema de enjuiciamiento criminal en el que el Estado ya no persigue el establecimiento de la verdad, sino que la terminación anticipada del procedimiento basada en un “consenso” entre partes desiguales se transforma inexorablemente en un sistema neo-inquisitivo. Tal afirmación la sustentan en las siguientes comprobaciones: la pretendida igualdad de las partes al momento de la negociación es una ficción y la voluntad del imputado se encuentra viciada por la coacción.

Las instancias “consensuales” terminan por resultar, en manos del Estado, funcionales al modelo al cual sirven, consolidando la respuesta punitiva propia del derecho penal inquisitivo.

Sostiene María Inés HORVITZ que en el procedimiento abreviado esta transformación es evidente: el juez retoma su protagonismo en el proceso penal, ya que controla la investigación, decide la aplicación del procedimiento abreviado y dicta la sentencia. A ello se añade que el procedimiento simplificado también admite la posibilidad de resolución inmediata ante el juez de garantía, sin necesidad de juicio oral, si el imputado admite responsabilidad en el hecho atribuido. Si estas modalidades procedimentales se tornan de aplicación mayoritaria, el regreso al modelo inquisitivo anterior a la reforma sería sólo cuestión de tiempo.

Entre los beneficios que reportaría su uso masivo se identifican los siguientes: ahorro de recursos para el sistema judicial y para la propia víctima; y ahorro de recursos para el imputado, que incluye el tiempo que deja de gastar en el proceso, el tiempo que deja de pasar en prisión preventiva, el menor tiempo de condena que obtiene como producto del acuerdo y la reducción de gastos legales en su defensa.

Al decir de Riego, desde esta perspectiva, el procedimiento abreviado [proceso de terminación anticipada] representa una importante fuente de ahorro de recursos que parece muy rentable en relación con los costos asociados. Se apuesta por la producción de condenas rápidas por la alta discrecionalidad de los fiscales en la selección de hechos y circunstancias que podrán ser objeto de negociación.

En la tramitación legislativa se plantearon objeciones y desconfianzas hacia este procedimiento especial, basadas en múltiples consideraciones. Por una parte existió la postura de quienes centraron su rechazo en la desconfianza hacia condenas fundadas en el consenso de las partes, por la intrínseca situación de desigualdad del imputado frente a la persecución penal y las fuertes distorsiones que podían derivarse de ella. Por otro lado se planteó el peligro de que la investigación preliminar recobrarla centralidad en el proceso penal, pues existiendo una alta probabilidad de que los antecedentes del fiscal se transformaran en medios de prueba en un procedimiento abreviado, se tendería a la realización de una instrucción formalizada destinada a producir prueba utilizable

directamente. No debe soslayarse o minimizarse el peligro advertido por esta postura, pues lo que está en juego es la amenaza concreta de que si este procedimiento, junto al previsto en el artículo 395 del CPP chileno con el que comparte la misma estructura, se tornan de aplicación mayoritaria, habremos retornado al sistema de enjuiciamiento en base a los registros de la instrucción existente con anterioridad a la reforma, con la agravante de que los registros del nuevo sistema son de orden meramente administrativo y no de carácter jurisdiccional.

VII.- Principio del Juez Natural o predeterminado por la ley

El Art. V del Título Preliminar del Código Penal regula el PRINCIPIO DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL el mismo que se funda en dos principios fundamentales: a) PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL JUEZ NATURAL: y b) de legalidad del juicio o proceso penal, bajo el principio del JUICIO LEGAL O DEBIDO PROCESO. Esto significa que sólo el Juez competente puede imponer penas y medidas de seguridad, y sólo puede hacerlo en la forma y en el modo establecido por la ley. La actividad jurisdiccional debe preservar al ciudadano de la arbitrariedad y discriminación social o nacional del poder político.

El principio del Juez Natural se encuentra reconocido en el artículo 139°.3 de la Constitución Política del Estado, así como en el art.10° de la Declaración universal de derechos humanos, art.14° del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y art.8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

El juez natural es el que señala la Constitución, el designado conforme a las reglas y garantías plasmadas en el ordenamiento jurídico, la ley procesal no puede crear jueces ex post facto o con posterioridad al hecho (prohibición de avocación), ni mucho menos establecer dispensadores de justicia especiales para un determinado caso (prohibición de comisión) o atribuir competencia a órganos extraños a los jueces naturales así se trate de circunstancias excepcionales o de anormalidad (prohibición de atribución)

Ferrajoli, anota, el Principio del Juez Natural se manifiesta en tres realidades: a) la necesidad de un juez preconstituido por la ley, b) la inderogabilidad y la indisponibilidad de la competencia; c) la prohibición de jueces extraordinarios y especiales. Todas ellas relacionadas con los principios de imparcialidad e igualdad al estar dirigidas a impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del juez y para satisfacer los derechos de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos.²⁰³

Binder²⁰⁴, apunta, que no basta la determinación legal para satisfacer la exigencia de este principio del juez predeterminado por la ley, sino requiere:

a) que la determinación legal de que se trata sea “previa al hecho que motiva el juicio”; lo que se quiere evitar es que luego, el mismo legislador por razones políticas o circunstanciales, modifique la distribución de la competencia y pueda provocar

²⁰³ Ferrajoli. Ob cit.

²⁰⁴ Binder. Ob.cit.

intencionalmente que una determinada causa pase a manos de un juez más o menos favorable a los intereses de una de las partes.

b) La segunda limitación que pesa sobre la determinación legal de la competencia, consiste en que, el legislador tampoco es completamente libre de fijarla a su antojo. Aún cuando se utilizara la ley como el mecanismo formal para establecerla, el legislador no podría crear “tribunales excepcionales”. En ese sentido, hay que aceptar la idea de competencia asignada previamente y que sólo deben regir para el futuro, es decir, que no tienen aplicación retroactiva, salvo cuando se pueda comprobar fehacientemente que tal cambio de competencia general no provoca ningún tipo de perjuicio para el imputado, quiere decir, que la manifestación del imputado en la razón de preservar la competencia anterior, debe resultar decisiva para juzgar acerca de la eventual afectación. La competencia siempre debe ser fijada conforme a criterios generales y teniendo en cuenta una distribución del trabajo que pueda reparar en la especialización pero no debe encubrir una decisión discriminatoria (pueden crearse tribunales dedicados a materias especiales) pero su decisión oculta una política discriminatoria quedarían invalidados los principios constitucionales de trato igualitario.

c) Existe otra limitación, puede suceder que el tribunal competente al momento del hecho desaparezca. Esto puede ocurrir por dos tipos de razones. En primer lugar, por una causa directa. Ejemplo, desaparece un tribunal porque la ley deroga su existencia. En segundo lugar, podría ocurrir por el hecho de que se declare inconstitucional la ley que le atribuía competencia.

d) También existe, **una limitación acerca de la creación de comisiones especiales.** Por comisiones especiales se debe entender a la atribución de competencia a órganos que no son jurisdiccionales sino que han sido creados por designación especial de alguno de los otros poderes del Estado. Ya se trate de una comisión bicameral, de una comisión parlamentaria, o de una comisión especial creada por el Poder Ejecutivo. Esta clase de comisiones no puede tener funciones jurisdiccionales. Se ha planteado una discusión acerca de lo que ocurre con los tribunales administrativos. En el ámbito del derecho penal podemos decir que el ejercicio del poder penal exige la garantía de la jurisdiccionalidad y esta solo puede ser ejercida por el Poder Judicial, cualquier tribunal dependiente del Poder Ejecutivo que ejerza el juzgamiento de los delitos es absolutamente inconstitucional. el proceso penal responde a una lógica política muy clara. El juicio es garantía de un ejercicio no arbitrario del poder penal por parte del Estado. Por lo tanto continuamente se establecen normas que tienden a preservar la idea del juicio con tal: la independencia del juez, su imparcialidad. Todos ellos son mecanismos pensados para evitar la manipulación del poder penal estatal. En ese sentido el principio del juez natural constituye, también una garantía de la independencia y de la imparcialidad. Y a estas dos importantísimas garantías podríamos sumarle una tercera, relacionada con las raíces históricas de este principio.

En cuanto a esta última limitación, Mayer define las comisiones especiales como, los tribunales que administran justicia penal creados en la órbita del Poder Ejecutivo o como dependientes de él sea permanentemente sea para un caso particular, violación del marco de competencia territorial previsto en la Constitución o la colaboración de jurados de una provincia distinta a aquella en la que se perpetró el hecho punible, aquellos creados en la órbita del Poder Judicial. Ello sucedería si se sustrae la causa del conocimiento del tribunal competente según la ley vigente a la época del hecho punible que se imputa para atribuirle a

otro tribunal elegido o creado por una nueva ley. Ningún habitante de la nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. El único tribunal competente para el juicio es aquel designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento. Cancela el efecto retroactivo que se pudiera pesar o que el legislador pudiera atribuirle a una ley de competencia las leyes de competencia solo rigen para el futuro²⁰⁵.

El juez natural debe ser, un mecanismo que permita un juzgamiento integral del caso. Es decir debe asegurar que el juez esté en condiciones de comprender el significado histórico cultural y social del hecho que debe juzgar.²⁰⁶

Para asegurar celosamente la estructura acusatoria del mecanismo procesal, el artículo V, inciso 1, remarca las atribuciones y competencia funcionales de los jueces, atribuyéndoles, como luego se detalla al reglarse el proceso común (libro tercero), la dirección de la fase intermedia y sobre todo, así como la compleja tarea de expedir resoluciones que resuelven la incidencia de la causa y sentencias que le pongan fin. Es garantía de cualquier persona, dice el inciso del numeral examinando, que la pena o medida de seguridad que se le imponga lo sea por el órgano judicial determinado por ley, con lo que se confirma el aserto que el derecho penal se aplica única y exclusivamente por los juzgados y tribunales y solo mediante proceso lo que deriva de un triple monopolio: uno el de la exclusividad estatal en la determinación de las conductas que son delito y de las penas que las conminan, con lo que se proscriben la autotutela y la justicia privada, dos, el de la concreción aplicativa del derecho penal sólo por los órganos judiciales, no legislativos, ni administrativos; y tres, el de la exclusividad procesal, en cuanto el proceso es el medio para asegurar la legalidad del resultado final de la causa y de los derechos del acusado.²⁰⁷

VIII.- Legalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales.

Las medidas de investigación que limiten los derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, deben ser aplicadas en los casos que la ley señale, por el órgano judicial, del modo, forma y con las garantías previstas por la ley; a través de resolución motivada y a instancia de parte legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, con respeto del principio de proporcionalidad (artículo VI del Título Preliminar del CPP).

Las normas que coarten el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente (artículo VII N° 3 del Título Preliminar del CPP). En consecuencia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

²⁰⁵ Maier, Julio. Ob cit.

²⁰⁶ Binder Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc SRL Primera Edición Abril 1993.

²⁰⁷ Rodríguez Hurtado. Ob cit. p.162

Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado (artículo 202 CPP).

Como ya lo estableció el legislador en el título preliminar, las medidas que disponga la autoridad con el fin arriba anotado deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el juez de la investigación preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento al MP (artículo 203 N° 1 CPP).

IX.- VIGENCIA E INTERPRETACION DE LA LEY PROCESAL PENAL

El artículo VII, incisos 1 y 2, del nuevo cuerpo normativo regula la vigencia temporal de la ley procesal penal, en el sentido que esta es de aplicación inmediata inclusive cuando se trata de proceso en trámite, lo que quiere decir que a norma procesal aplicable será siempre aquella que este vigente en el momento de la realización del acto procesal, a diferencia de los que ocurre en el campo del derecho penal material, en cual rige la regla que indica que la norma aplicable es la que estuvo vigente cuando se cometió el delito. El principio de aplicación inmediata de la norma procesal se atempera y admite, sin embargo, algún matiz de flexibilidad como la referida a la aplicación ultractiva de la ley anterior cuando se trata de medios impugnatorio ya interpuestos, actos procesales con principio de ejecución y plazos ya iniciados. Es más, también se admite la retroactividad benigna de la ley procesal más favorable de los derechos individuales del imputado dictada con posterioridad a la actuación procesal, así se trate de actos concluidos.²⁰⁸

Por su lado, los incisos 3 y 4 de este artículo VII, establecen pautas básicas de interpretación de las normas adjetivas, sobre todo, de las que coactan la libertad o restrinjan el ejercicio de derechos procesales, limiten un poder conferido a las partes o estipulen sanciones rituales en el sentido que la interpretación debe ser restrictiva, quedando prohibidas la extensiva y la analogía, salvo que sean pro imputado o pro ejercicio de sus derechos; y que cuando existe duda insalvable sobre la ley aplicable debe optarse, también, por la más favorable para el procesado.

X. LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

El artículo VIII, en sus tres incisos, resume lo que el NCPP entiende como legitimidad de la prueba, la que se afina sobre las consideraciones que los únicos medios de prueba que pueden componer el acervo probatorio y por ello, ser valorados, son los obtenidos e incorporados a la causa por un procedimiento constitucionalmente legítimo, El exigente filtro, previsto para asegurar el cumplimiento de lo probatorio que estipula que no tiene efecto legal las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 159). Conviene al respecto, detenerse a observar que el artículo bajo comentario menciona que esa obtención ilegítima de pruebas puede ser directa o indirecta, lo que nos coloca ante la admisión de la teoría del fruto del árbol envenenado o de los efectos reflejos de la prueba ilícita. Ha de notarse también que la norma dice violación del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, lo que permite deducir que la regla de exclusión probatorio admite ciertas excepciones como las sustanciales de

²⁰⁸ Exp.N° 0969-2007-PHC/TC-Huaura, Exp.N°2196-2002-HC/TC

la “buena fe” del operador, la “infracción beneficiosa para el imputado” la “eficacia de la prueba ilícita con respecto a terceros” o personas distintas al titular del derecho afectado, la “ponderación de intereses”, la “la destrucción de la mentira del imputado” y la del “actuar a propio riesgo”, como ocurre cuando alguien hace revelaciones voluntarias sobre un delito o acerca de actividades relacionadas con esta clase de hechos, ante un interlocutor que lo graba sin su conocimiento²⁰⁹.

XI.- El derecho de defensa y sus manifestaciones.

1. Cuestiones generales

De conformidad a lo establecido en el artículo 139.14 de la Constitución Política son principios y derechos de la función jurisdiccional el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Como manifestación de lo mismo, toda persona debe ser informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención y tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Del mismo modo, los artículos 11 de la DUDH, 14.3 del PIDCP y 8.2 de la CADH consagran esta prerrogativa fundamental del imputado y detallan las garantías mínimas que lo componen.

Finalmente, este derecho - básico en la composición del debido proceso penal - también se encuentra garantizado a nivel legal, se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala, desarrollándose en el texto del Código las facultades que comprende (artículo IX del Título Preliminar del CPP).

Para NEYRA FLORES el derecho de defensa se constituye en un principio que informa todo el ordenamiento procesal, de carácter subjetivo individual y público, facultando al imputado para intervenir en el proceso en todo momento para decidir acerca de una posible reacción penal, y una garantía que le asiste de ser defendido por un abogado, a ser informado de la imputación en todos los estados del proceso, de poder ofrecer los elementos probatorios que considere necesarios, a contradecir prueba, invocar prueba prohibida y exponer los elementos fácticos y jurídicos que permitan al Tribunal declarar su absolución.²¹⁰

2.- Derecho a defensa técnica.

“Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad...” (artículo IX.1 del Título Preliminar del CPP).

El Servicio Nacional de la Defensa de Oficio proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un

²⁰⁹ Rodríguez Hurtado. Ob.cit. p.164

²¹⁰ Ob cit., p. 195.

abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso (artículo 80 CPP).

La declaración del imputado y los eventuales reconocimientos a que puede ser sometido deben contar con la presencia de su abogado (arts. 68 N° 1 letra l) y 189 N° 3 CPP).

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes (artículo 84 CPP):

- a).- Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado no detenido por la autoridad policial.
- b).- Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
- c).- Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender.
- d).- Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por un imputado que no defienda.
- e).- Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
- f).- Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
- g).- Tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
- h).- Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
- i).- Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.
- j).- Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.

Al abogado defensor corresponde desplegar, a favor de su representado, la actividad científica encaminada a asesorarlo técnicamente sobre sus derechos y deberes, controlar la legalidad del procedimiento, realizar el control directo de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho y, finalmente, recurrir de la sentencia condenatoria.

3.- Derecho a la defensa material o autodefensa.

La defensa material alude a la facultad que asiste al propio imputado penal para efectuar alegaciones que beneficien sus intereses; el artículo 8.1 de la CADH señala que cualquier interviniente en un proceso criminal tiene derecho a ser oído, a formular sus alegaciones y a intervenir en el proceso por sí o por abogado.

Por su parte el artículo IX.1 del Título Preliminar del CPP preceptúa que “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a su autodefensa material...”. Más adelante dispone “Culminados los alegatos preliminares, el juez informará al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos. El acusado en cualquier estado del juicio podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido” (artículo 371 N° 3 CPP). Al terminar el juicio, corresponderá la última palabra al acusado para que exponga lo que estime conveniente a su defensa...

culminada la autodefensa del acusado, el juez declarará cerrado el debate (artículos 386 N° 3 y 5 y 391 CPP).

Esta doble faceta del derecho de defensa, técnica y material, puede generar en la práctica algunos conflictos, ya sea por disparidad de criterios entre el imputado y su abogado o por existir una situación de defensas incompatibles, en el evento de pluralidad de imputados y un solo letrado defensor. En el primer caso, el estándar de respeto por la voluntad del imputado hace que se dé primacía a la autodefensa, en tanto ella no sea perjudicial a sus intereses. Y, en la segunda hipótesis, el conflicto de incompatibilidad de estrategias defensivas se supera nombrando defensores distintos a los imputados, para que ejerzan libremente sus respectivas teorías del caso.

4.- Derecho del imputado a no autoincriminarse.

Es la derivación actual del clásico principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, en cuya virtud nadie puede ser obligado a declarar en su contra y de ese silencio no puede desprenderse ninguna consecuencia adversa.²¹¹

Para Sebastián DAL POZZO, esta posibilidad de que un imputado pueda guardar silencio respecto de los hechos que fundan los cargos que han sido presentados en su contra y que lo podrían conducir a una privación de sus derechos tendría su origen en la Inglaterra del siglo XVII, época en la cual existía un órgano de represión gubernamental denominado Cámara Estrellada o Star Chamber, que tenía por objeto resolver los delitos de sedición. El procedimiento que usaba este órgano se iniciaba exigiéndole al imputado que tomara juramento respecto de lo que iba a declarar, es decir, buscaba solucionar sus casos por medio de la confesión del imputado manifestada bajo juramento. Sin embargo, existieron casos en que los imputados se negaron a prestar el juramento exigido, o bien, decidieron no declarar respecto de las preguntas que les hacían los miembros de la Cámara Estrellada. Ante estas actitudes, el tribunal ordenaba medidas de apremio en contra de los imputados que decidían guardar silencio, como por ejemplo azotes, y así, prevenir que nuevos imputados decidieran mantenerse en silencio dejando impotente la acción del tribunal.²¹²

Luego de varios años desarrollando estas prácticas, el Parlamento inglés decidió indemnizar a un imputado por los agravios sufridos debido a estas prácticas y, además, se acordó que obligar a un hombre a responder bajo juramento, su culpa o inocencia, era una violación de las libertades del hombre.²¹³

²¹¹ Arts. 8.2. letra g) y 8.3 de la CADH; 14.3. letra g) PIDCP. Además, lo encontramos en las normas fundamentales de los distintos Estados, así por ejemplo la 5ª Enmienda de la Carta Fundamental de los Estados Unidos de América dispuso que “Ninguna persona (...) debe ser compelida en causa criminal a ser testigo en contra sí misma...”. En similar sentido se pronuncia el artículo 18 de la Constitución Política de Argentina.

²¹² Sebastián Dal Pozzo en su artículo titulado “El Silencio del Imputado en el Juicio Oral”.

²¹³ Se trata del caso de John Lilburn quien, en 1641, fue acusado ante la Star Chamber de imprimir e importar libros heréticos y sediciosos, negando los cargos y rehusando jurar y contestar otras preguntas, por lo que fue azotado y puesto en picota. Posteriormente el Parlamento reconoció la ilicitud de la sentencia y le acordó reparaciones.

En consecuencia, en el Derecho inglés se estableció la garantía de la no autoincriminación, que no sólo comprende la posibilidad de que el imputado de un delito no pueda ser obligado a declarar bajo juramento respecto de hechos que lo inculpan, sino que además no sea obligado a declarar sobre cualquier hecho que lo inculpe. Es decir, con o sin juramento, el imputado no puede ser obligado a declarar en su contra.

Se trata de la aplicación de la noción fundamental del proceso penal, en orden a que el imputado no constituye un órgano de prueba ni el Estado acusador debe contar con su colaboración para que prospere la pretensión punitiva. El sentido de la presunción de inocencia impone sobre el acusador todo el peso de la imputación, liberando al acusado de toda responsabilidad por su falta de colaboración en la tarea de establecer los hechos. Nadie está obligado a colaborar por sí mismo en la tarea de probar su culpabilidad.

Para Enrique BACIGALUPO se trata de un derecho del imputado que se concreta en su negativa a colaborar con la acusación, sin sufrir por ello ninguna consecuencia negativa, derivado del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de derecho, pues el Estado es garante de que el sospechoso no se incrimine contra su voluntad, pues el derecho vigente impone a las autoridades de persecución del delito el deber de instruir a cualquier persona que es interrogada como posible autor de un delito sobre los derechos que tiene reconocidos, especialmente sobre el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable.²¹⁴

En el artículo 14.3 letra g) del PIDCP y en el artículo 8.2 letra g) de la CADH se reconoce la garantía del acusado a no ser obligado a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

En el derecho procesal peruano “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad” (artículo IX.2 del Título Preliminar del CPP). Se consagra así el **derecho a guardar silencio** y su expresión positiva, esto es, declarar como mecanismo de defensa.

Es por ello que la policía está facultada para recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor. Si éste no se hallare presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquellos (artículo 68 N° 1 letra l) CPP).

Desde la perspectiva de los órganos estatales involucrados en la persecución penal, los policías, fiscales y jueces deben advertir a los imputados que pueden abstenerse de declarar; y, si aceptan hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiera su presencia (artículo 71 N° 2, letra d) CPP). Durante la investigación preparatoria el imputado, sin perjuicio de hacerlo ante la Policía en la forma antes indicada, puede prestar declaración ante el Fiscal, con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando éste lo ordene o cuando el imputado lo solicite (artículo 86 N° 2 CPP).

²¹⁴ Citado por NEYRA FLORES, ob cit., p. 207.

Además, el Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del MP, puede ordenar **exámenes corporales del imputado** para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema fundadamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial. Si el examen corporal de una mujer puede ofender el pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición suya debe ser admitida otra mujer o un familiar. El Fiscal podrá ordenar la realización de ese examen si el mismo debe realizarse con urgencia o hay peligro por la demora, y no puede esperar la orden judicial. En ese caso, el Fiscal instará inmediatamente la confirmación judicial. La diligencia se asentará en acta. En esta diligencia estará presente el abogado defensor del imputado, salvo que no concurra pese a la citación correspondiente o que exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, en cuyo caso podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta se dejará constancia de la causal invocada para prescindir de la intervención del abogado defensor y de la intervención de la persona de confianza del intervenido. El MP, o la policía con conocimiento del Fiscal, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere riesgosa. En caso contrario, se pedirá la orden judicial, para lo cual se contará con un previo dictamen pericial que establezca la ausencia de peligro de realizarse la intervención (artículo 211 CPP).

5.- Derecho de información.

El derecho a ser informado de la imputación es una garantía del ejercicio del derecho de defensa regulado expresamente en el artículo 14 de la Constitución Política, así como también en el artículo IX.1 del Título Preliminar del CPP, al señalar que “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra...” (artículo IX.1 del Título Preliminar del CPP).

En cumplimiento de la primera parte de la norma que antecede se dispone que los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a (artículo 71.2 CPP):

- a).- Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
- b).- Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
- c).- Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
- d).- Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

e).- Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y

f).- Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

En este orden de ideas, cuando el imputado desee declarar, al inicio de la actuación se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables. De igual modo se procederá cuando se trata de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba (artículo 87 N° 1 CPP).

Además, el imputado y su defensor pueden tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la policía y tienen acceso a las investigaciones realizadas. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 324 respecto a la reserva y secreto de la investigación, este último por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de la misma (artículo 68 N° 3 CPP).

Coherente con lo anterior, se dispone que al abogado defensor se le debe dar acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la Ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento (artículo 84 N° 7 CPP).

En el ámbito de los Tratados Internacionales, en el artículo 7.4 de la CADH se establece que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella y el artículo 8.2 letra b) dispone que todo inculpado tiene derecho a comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Por su parte, el PIDCP en su artículo 9.2 expresa que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella, y en el artículo 14.3 letra a) señala que todo acusado tendrá derecho a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra.

Sistematizando toda esta normativa el profesor NEYRA FLORES efectúa una triple distinción respecto del contenido del derecho a ser informado de la imputación, a saber:²¹⁵

a).- **Contenido subjetivo**, referido a los sujetos que deben llevar a cabo la información (las autoridades públicas de persecución penal) y el que la recibe (imputado o acusado, según la fase procesal en que nos encontremos). Es decir, el imputado debe saber quiénes son las autoridades competentes que dirigirán el proceso para poder efectuar sus solicitudes o aportaciones, así como quejas, reclamos o tachas cuando lo estime pertinente.

Forma parte de esta faceta el establecer de forma detallada y clara los datos del presunto autor de los hechos delictivos, para evitar que sea procesado o condenado una persona distinta del autor. Así, establece el artículo 336 del CPP que la disposición de formalización contendrá: “el nombre completo del imputado”.

²¹⁵ Ob cit., pp. 203-204.

b).- **Contenido objetivo**, es decir, aquello que debe dársele a conocer: el hecho criminal imputado y los derechos que le asisten, en su condición de sujeto pasivo del proceso.

Es por ello que se exige en la acusación una narración del hecho presuntamente ilícito, en forma concreta y precisa y la participación punible del imputado, mencionando, además, los indicios o elementos de juicio que sustentan la imputación (artículo 349 CPP).

c).- **Contenido temporal**, consistente en fijar el momento a partir del cual el sujeto tiene derecho a que se le dé información al respecto, de la existencia de la imputación, material o formal, esto es, desde que se inicia una investigación, aun cuando la misma no haya sido formalizada.

6- Derecho a disponer de un tiempo razonable para preparar la defensa.

Es de la esencia de una buena defensa la preparación del caso, para determinar y elegir eficientemente los argumentos y pruebas con que se refutarán los cargos planteados respecto del imputado por el persecutor estatal. Como derivación de lo mismo en los debates orales el juez debe otorgar a las partes y especialmente al defensor el tiempo suficiente para desarrollar sus facultades.

Es así como el artículo IX.1 del Título Preliminar del CPP expresa que el imputado penal tiene “derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa...”. Con esa finalidad, notificada la acusación al imputado se le concede un plazo de diez días para efectuar alguna de las siguientes actuaciones: a) observar la acusación del fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección; b) deducir excepciones y otros medios de defensa; c) pedir el sobreseimiento; d) instar por la aplicación de un criterio de oportunidad; e) ofrecer pruebas para el juicio; f) objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión; g) plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio (artículo 350 N° 1 CPP). Como manifestación de lo mismo, la audiencia preliminar no se realiza de inmediato, sino que se da a las partes un plazo necesario para prepararse al efecto y hacer las presentaciones que sirvan a sus intereses. Hechas las presentaciones o transcurrido el plazo de diez días antes señalado, el juez señalará la oportunidad en que se verificará la audiencia preliminar, no antes de cinco ni después de veinte días (artículo 351 N° 1 CPP).

Esta garantía también se consagra en el ámbito convencional internacional, así la CADH en su artículo 8.2 letra c) preceptúa que se garantiza a toda persona inculpada la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. Otro tanto dispone el PIDCP en su artículo 14.3 letra b).

En Chile se ha entendido jurisprudencialmente que se vulnera este derecho cuando el tribunal otorga un tiempo insuficiente al abogado defensor para desarrollar su línea argumental o cuando se ha producido un cambio de abogado defensor y no se le otorga al nuevo letrado el tiempo adecuado para que se interiorice de las particularidades del caso.

7.- Derecho a producir prueba propia y a confrontar la de la contraria.

“Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a...intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes” (artículo IX.1 del Título Preliminar del CPP).

Es por ello que el abogado defensor tiene derecho a interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos; a recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender; a participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de Investigación por el imputado que no defiende, y a aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes (artículos 84 N° 2, 3, 4 y 5 CPP).

En la etapa intermedia, al igual que los otros sujetos procesales, el imputado y su defensa pueden ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate, asimismo, podrán presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos (artículo 350 letra f) CPP).

En el juicio la defensa, además de presentar la prueba de descargo que hubiere ofrecido, puede contrainterrogar a los testigos de la contraria y confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio. También podrá solicitar al juez lo autorice para realizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia. Además, si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, podrá pedir que se lea la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria, otro tanto se dispondrá si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera (artículo 378 N° 6, 8 y 10 CPP).

XII.- PREVALENCIA DE LAS NORMAS DEL TÍTULO PRELIMINAR

El artículo X, que cierra el Título Preliminar, afirma el valor expansivo de las implicancias de las normas que lo integran, al estatuir que éstas prevalecen sobre cualquier otro canon del código y que debe utilizarse como fundamento de interpretación. El siguiente ejemplo ayudará a comprender el sentido de la normas comentada. El artículo 370, al ocuparse de la ubicación de las partes en la audiencia, precisa que el juez penal tiene al frente al acusado, a su derecha, al fiscal y abogado de la parte civil; y a su izquierda al abogado defensor del acusado. Bien visto el asunto, se reproduce la distribución actual, tan propia del modelo mixto, con hondos resabios del inquisitivo, que aísla al acusado de su defensor y se coloca solitario en el centro, obstaculizando objetivamente su participación en la estrategia de defensa, conforme aprecie y comente la marcha del proceso. Pues bien, en un auténtico juicio público, oral y de tendencia adversativa, como el que reclama el Título Preliminar del NCPP, la distribución de las partes en la audiencia tiene que permitir la comunicación plena y permanente del acusado y su defensor técnico (art 371.3 NCCP), lo que importa que se encuentren uno al lado del otro, juntos, no separados. Esto exige cambiar de raíz la distribución actual, para colocar frente al juez (centro y centro izquierda) al imputado y su abogado defensor, y al lado derecho, también al frente Fiscal y la parte civil y su

defensa. Así como debe interpretarse el artículo 370 si se desea ser consecuente con los principios y el modelo innovador del CPP de 2004.²¹⁶

XIII.- Otras directrices del sistema de justicia penal.

1. El Principio acusatorio.

Según NEYRA FLORES la máxima acusatoria (*nemo iudex sine accusatore*) se traduce en una idea muy importante y simple: “no hay proceso sin acusación”; y esto, si bien se piensa, comprende que “quien acusa no puede juzgar”. Añade que el principio acusatorio constituye un criterio configurador del proceso penal, según el cual, sin una previa acusación, la imputación – a una o más personas concretas – de determinados hechos, no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno.²¹⁷

Este postulado exige, entonces, que las funciones fundamentales del proceso penal deban ser ejercidas por órganos diversos, desempeñando cada uno de ellos un rol específico de la máxima relevancia. De este modo, la actividad investigativa y acusatoria queda a cargo del MP (artículos 159.5 de la Constitución Política y IV del Título Preliminar del CPP), la función de juzgar y cautelar los derechos de las partes queda entregada a los jueces (artículo V del Título Preliminar del CPP) y la defensa de los derechos del imputado es de responsabilidad del letrado de confianza o de oficio.

A los tribunales no les compete investigar ni perseguir penalmente al imputado y al MP no le corresponde ejercer funciones jurisdiccionales. En razón de lo anterior la ley declara que los actos de investigación que practica el MP o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional, son administrativos y preliminares, en tanto que los actos jurisdiccionales competen únicamente a los tribunales de justicia (artículo IV.3 del Título Preliminar del CPP).

La máxima acusatoria indica que no hay juicio sin acusador, por ello si el fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación y el trámite a seguir es el siguiente (artículo 387 N° 4 CPP): el juez oír a los abogados de las demás partes y si está de acuerdo con el requerimiento del fiscal dictará auto dando por retirada la acusación, dispondrá la libertad del imputado si estuviese preso y el sobreseimiento definitivo de la causa. En cambio, si el juez discrepa del fiscal, elevará los autos al fiscal jerárquicamente superior para que decida si mantiene o no la acusación, su decisión vincula al fiscal inferior y al juzgador.

2.- Principios de Libertad de medios y de libre valoración de la prueba.

En el nuevo proceso penal, los hechos pueden ser acreditados por cualquier elemento de prueba permitido por la ley, pudiendo excepcionalmente emplearse otros diversos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley (artículo 157.1 CPP).

Además, debemos señalar que en la valoración de la prueba el juez debe observar las reglas

²¹⁶ Rodríguez Hurtado. Ob cit. p.165

²¹⁷ Ob cit., p.188.

de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia (artículo 158.1 CPP), o sea se establece normativamente un sistema de libre ponderación de la prueba, sujeta a parámetros de racionalidad.

3.- Principio de motivación de las decisiones judiciales.

I. Alcances Generales

A pesar que el nuevo sistema procesal penal, insta la preeminencia de un juicio oral, público, contradictorio, sin embargo, no exime al juez del deber de motivar las resoluciones que pongan fin al proceso, o las que resuelvan una incidencia, como son las medidas coercitivas personales, sea de forma escrita u oral.

En efecto, el artículo 139.5 de la Constitución Política del Estado, establece el principio jurisdiccional de la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan, lo que implica no sólo un deber de la autoridad jurisdiccional en sus distintas instancias, sino también una obligación tanto para el sistema jurídico nacional e internacional, como para las partes directamente vinculadas al proceso y además para la ciudadanía.

La motivación de la sentencia judicial se encuentra directamente relacionada con el Estado Democrático de Derecho y da legitimidad a la función jurisdiccional, pues se trata de una exigencia de orden constitucional consagrada en la Constitución, reiterada en la LOPJ, cuando establece que todas las resoluciones “son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan”.²¹⁸ Además constituye una garantía para el justiciable que conoce el motivo de la condena o absolución, para el Juez pues pone de relieve los principios de imparcialidad y sujeción a la ley, despejando cualquier sospecha sobre arbitrariedad o parcialidad; y para la sociedad, que conoce de la forma de la aplicación de la ley. En ese sentido, nuestra jurisprudencia ha sido uniforme en sostener que constituye garantía de la justicia la motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan.²¹⁹

El magistrado debe expresar en forma concisa, precisa y clara las razones de su convencimiento. En esto reside una de las garantías fundamentales de la justicia. Y termina precisando que “La motivación debe referirse al hecho delictuoso, a la participación del imputado, a la calificación legal del delito, de un modo más genérico, debe versar sobre los hechos y el derecho, y no hay duda que el juez no puede cumplir esa obligación mediante una simple afirmación de los hechos que considera probados”.²²⁰ De otro lado, desde la perspectiva social y procedimental, la motivación de la sentencia permite al sujeto procesal no favorecido con la misma, interponer y sustentar el respectivo recurso impugnatorio y, naturalmente, a la instancia jurisdiccional superior, conocer de la misma sentencia en ejercicio propio de control de la jurisdicción aplicada al caso concreto.

²¹⁸ El art. 12º de la LOPJ es muy claro; además señala que tales fundamentos puede “reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia, al absolver el grado”.

²¹⁹ Ejecutoría Suprema de 7 de febrero de 1987, II S.P. Exp. Nº 7-87, Lima.

²²⁰ VÉLEZ MARICONDE, A., Los principios fundamentales del proceso penal según el Código de Córdoba, Jur. Arg. T. IV, Sec. Doct. p. 13. En Derecho Procesal Penal. Sánchez Velarde Pablo

El artículo 123.1 del CPP establece que las resoluciones judiciales, según su objeto, son decretos, autos y sentencias. Salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Otro tanto se exige en las resoluciones que impongan una medida de coerción procesal (artículo 254 CPP) y especialmente en la sentencia definitiva (artículo 394 CPP).

En todo sistemas procesal la fundamentación y motivación de las decisiones judiciales relevantes, especialmente de la sentencia definitiva, constituye una garantía del derecho a un debido proceso, es un aporte de racionalidad en el proceso intelectual de valoración de la prueba, de interpretación jurídica de las normas y de aplicación de las mismas al caso concreto, alejando el arbitrio o la mera subjetividad. Las personas tienen derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales, y el enlace de ellas con la ley y el sistema de fuentes del derecho aplicable. Además, en su desarrollo implica también el derecho a una sentencia razonable y congruente. No será razonable una decisión que contiene contradicciones internas o errores lógicos, y será incongruente cuando implica un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso, sobre las cuales no se ha producido la necesaria contradicción entre las partes. Entonces, la incongruencia se da cuando las resoluciones judiciales alteran de modo decisivo los términos en que se desarrolla el litigio, sustrayendo a las partes el auténtico debate contradictorio propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa y produciéndose una resolución de fondo o sentencia que no se ajusta substancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes (sentencias *infra petita*, *ultra petita* o *extra petita*).

En Perú la sentencia penal no puede tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el juez penal advierta acerca del cambio al fiscal y al imputado abriendo debate sobre el particular. El juez penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación (artículo 397 CPP).

El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial dispone en su artículo 18 que la obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales. Agregan los artículos 19 y 20 que motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión. Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita.

La Corte Suprema en la sentencia de Casación N° 05-2007 Huaura de once de octubre de dos mil siete, ha señalado que, la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía procesal genérica de tutela jurisdiccional. Toda decisión jurisdiccional de primera y de segunda instancia, debe ser fundada en derecho y congruente, ha de estar motivada mediante un razonamiento jurídico que exprese de modo claro y que permita entender el porqué de lo resuelto. Se trata de una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico – ello será posible en tanto el órgano jurisdiccional explique las razones de su decisión, lo que a su vez permite controlar si la actividad judicial se ha

movido dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad-. Este deber incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena y reparación civil finalmente impuestas. Los órganos jurisdiccionales deben hacer explícitos los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción constitucional de inocencia y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores jurídicamente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción en la norma penal aplicable.

Existen fundamentos de índole jurídico y político para la motivación de las sentencias. CARNELUTTI enseña que “en todas las sociedades civilmente organizadas existe una norma que impone a los jueces el deber de juzgar según justicia. La existencia de un deber está en función de la posibilidad de poner de relieve su posible violación, con lo que se quiere decir que el deber de juzgar según justicia se resuelve en primer término en el deber de motivar la decisión, precisamente porque es la motivación el medio imprescindible para comprobar la justicia de la decisión”.²²¹

En países democráticos existe el deber de juzgar en términos de justicia como un verdadero postulado institucional que reconduce en la obligación de todos los jueces a fundamentar sus decisiones, correspondiendo al pueblo el derecho de controlar la actuación del Poder Judicial, y ese control sólo se puede ejercitar cuando se conocen los fundamentos de las resoluciones judiciales.²²²

Para IGNACIO COLOMER, la motivación de la decisión, es la contrapartida a la libertad decisoria que la ley ha concedido al juzgador para, por un lado, aplicar e interpretar las normas, y de otra parte, para elegir entre dos o más opciones jurídicamente legítimas aplicables al caso. Y por ello no resulta extraño que la racionalidad de la justificación y de la decisión contenida en una sentencia venga determinada por el grado de adaptación existente entre la actuación judicial y las exigencias legales. De ahí que la racionalidad de la sentencia sea una consecuencia directa del hecho que la decisión y su correspondiente motivación sean legítimas desde el punto de vista jurídico, es decir del hecho que sean realizadas con el debido respeto de las reglas y exigencias que legalmente disciplinan, por una parte, el procedimiento jurisdiccional que se esté utilizando para dilucidar la controversia, y por otro, la aplicación de las normas al caso concreto²²³.

I. Motivación. Concepto.

El término motivación tiene diversos significados según la perspectiva desde la que se analice. Así podemos hablar de motivación desde el punto de vista de la finalidad, lo que lleva a ocuparse de la motivación como justificación, también es posible examinar la

²²¹ CARNELUTTI, F., Lecciones de Derecho Procesal Penal, Vol. II, citado, p. 251. En Derecho Procesal Penal. Sánchez Velarde, Pablo.

²²² PEREIRA ANABALÓN, Hugo, Motivación y Fundamentación de las Sentencias y Debido Proceso, Rev. Judicial, Arequipa, Perú, Nº 1, p. 21-26. En Derecho Procesal Penal. Sánchez Velarde Pablo.

²²³ Colomer Hernández, Ignacio. La motivación de las sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales. Tirant lo Blanch. Valencia 2003. p.34

motivación desde la perspectiva de la actividad de motivar, o desde el resultado de la misma que se plasma en el discurso de justificación²²⁴.

A) Motivación como justificación de la decisión

Siguiendo a Ignacio Colomer, el juez salvo los casos en que existan dos o más soluciones legítimas, deberá inclinarse por la única solución aceptable jurídicamente para la controversia. De donde se deduce que el juez, a consecuencia de la sumisión a la ley en su actuación, no podrá elegir soluciones que no sean jurídicamente válidas o correctas. Es por ello que la libertad de decisión de los juzgadores queda vinculada a la legalidad o legitimidad jurídica de la opción adoptada²²⁵.

B) Motivación como actividad

La motivación como actividad, son los razonamientos de naturaleza justificativa que el juez evacua o realiza con anterioridad a la redacción de un concreto discurso de justificación. Es decir, explicar cómo y por qué el juez ha llegado a tomar su decisión, y su correspondiente justificación, en la que se pone de manifiesto las razones que hacen aceptable jurídicamente la solución adoptada por el juzgador para resolver la controversia. La motivación como actividad actúa como autocontrol del juez sobre la racionalidad jurídica de su decisión y sobre su aceptabilidad²²⁶.

C) Motivación como Producto o discurso

Apunta Ignacio Colomer citando a Taruffo, que la sentencia es esencialmente un discurso, es decir un conjunto de proposiciones interrelacionadas e insertas en un mismo contexto autónomamente identificable. Continúa Colomer, señalando, que dada su condición discursiva la sentencia es un medio para la transmisión de contenidos, constituye por tanto un acto de comunicación. Para lograr tal finalidad comunicativa la sentencia deberá respetar diversos límites relativos a su formación y redacción. El discurso justificativo es el principal elemento interpretativo de la decisión.²²⁷

III.- Requisitos de la motivación

La motivación es la expresión de las razones y de las elecciones instrumentales realizadas por el juez para justificar la decisión final de la causa. Por tanto, en esencia la actividad jurisdiccional se apoya en la existencia de un ámbito de libertad concedido al juez por la ley para decidir, y correlativamente en la obligación del juzgador de fallar y resolver el conflicto. De ahí que se pueda exigir que el juzgador justifique la racionalidad y la razonabilidad de su decisión.²²⁸

A) La Racionalidad

²²⁴ Colomer. Ob.Cit. p.35

²²⁵ Colomer. Ob.Cit. p.36, 37.

²²⁶ Colomer Ob.cit. p.46

²²⁷ Colomer Ob.Cit. p.48

²²⁸ Colomer. P.157,158.

Colomer sostiene que la racionalidad supone la elección de una solución jurídicamente legitimada; asimismo, indica que, una eficaz clasificación de las diversas acepciones del término racionalidad es aquella que distingue entre, de una parte, la racionalidad formal, procedimental o con arreglo a fines, y de otra parte, la racionalidad material, sustancial o con arreglo a valores. Continúa, afirmando, la racionalidad hace referencia a la condición que adquiere la decisión cuando viene adoptada y justificada con sumisión a las normas y principios de un ordenamiento²²⁹.

1. Exigencias para una adecuada justificación de la decisión judicial

El principio de la motivación de la sentencia contiene juicios sobre hechos y juicios de derecho.²³⁰

a. La motivación del juicio sobre los hechos.

Se refiere a la enunciación de los hechos concretos que el órgano jurisdiccional considera ciertos, es decir, la declaración de los hechos probados. Esta motivación fáctica tiene que ser clara, no contradictoria; terminante, en cuanto debe expresar la segura convicción del juzgador sobre los hechos y no un estado de duda sobre los mismos; y tiene que tener “riqueza descriptiva al exponer la situación de hecho (estado de hechos, desarrollo de los hechos) y evitar la utilización de expresiones que, en vez de describir aquella situación, supongan una valoración de la misma o de alguno de sus componentes y que forme parte de la norma que después deba aplicarse”.²³¹

La motivación del juicio sobre los hechos en la sentencia absolutoria puede consistir en la declaración de hechos probados o no probados, cuando verificada la existencia de hechos el acusado no resulta ser el autor, o se han verificado la existencia de hechos pero se absuelve por existencia de duda o insuficiencia probatoria.

Colomer²³², apunta, el trabajo del juez es esencialmente dinámico, puesto que tomando como punto de partida la realidad fáctica alegada por las partes (causa petendi), y conforme con las pruebas propuestas por los litigantes o eventualmente con las prácticas de oficio, deduce un relato o relación de hechos probados. En consecuencia, dicho relato no es más que el resultado del juicio de hecho de manera que es en dicha relación de hechos probados donde debemos buscar una adecuada justificación de cada uno de los momentos que integran el procedimiento de valoración de pruebas.

b) La motivación del juicio de derecho radica en la cita y fundamentación de las normas legales aplicables. Ello significa no sólo el deber de expresar los razonamientos jurídicos interpretativos de las normas aplicadas, sino también, cuando éstas no contengan sólo elementos descriptivos, sino conceptos jurídicos indeterminados o concedan cierto ámbito de discrecionalidad, el deber de explicar por qué el concepto se ha concretado de cierto modo y el previo ejercicio que se ha hecho la discrecionalidad. Colomer, señala, la exigencia

²²⁹ Colomer p.163,308

²³⁰ ORTELS RAMOS, M., Proceso Penal, citado, p. 323. En Derecho Procesal Penal. Sanchez Velarde Pablo.

²³¹ ORTELS RAMOS, Ob. Cit. p. 323.

²³² Colomer p.187

de una motivación fundada en derecho limita la libertad de decisión del juzgador, ya que le compele necesariamente a utilizar en su justificación argumentos que resulten conformes con las normas, principios y sistemas de fuentes del ordenamiento vigente.²³³

b) la razonabilidad

La razonabilidad de la decisión se habrá de conectar con la elección valorativa realizada entre las posibles soluciones legítimas o racionales. La razonabilidad de la decisión judicial hace referencia a la aceptabilidad de la misma por el común de las personas. según Ignacio Colomer, en la mayoría de las decisiones judiciales, la racionalidad y la razonabilidad de la opción del juzgador quedará acreditada con justificar la sumisión a la ley al dictar la resolución. Por el contrario, en los supuestos de discrecionalidad, cuando el juez se encuentre con dos o más decisiones legítimas desde la óptica del ordenamiento, la razonabilidad de la decisión adoptada se acreditará mediante la utilización de argumentos y fundamentos ajenos a la propia realidad de la ley aplicada²³⁴.

c) la coherencia

Colomer citando a Maccormick, señala, la coherencia constituye una exigencia esencial de la motivación, y en cierto sentido es un presupuesto de la racionalidad de la justificación de la decisión, ya que no es imaginable un discurso justificativo calificado de racional que no sea, al mismo tiempo, coherente. La coherencia ha de distinguir dos grandes dimensiones: de una parte la coherencia interna a la motivación, y de otra, la coherencia externa a la justificación de la decisión llevada a cabo por el juez. La coherencia interna viene referida a la necesaria coherencia que ha de presidir la justificación y los elementos que la integran; mientras, la coherencia externa hace referencia a las relaciones que se establecen entre motivación y fallo y entre la motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia que se dicte²³⁵

IV.- Extensión de la motivación

Existe una aparente oposición entre dos formas de concebir la extensión de la obligación de motivar que grava a los jueces, la motivación completa versus la motivación suficiente. Para Colomer, no hay tal oposición entre estos dos modos de configurar el contenido de la motivación judicial, basta con saber cuál es la finalidad que se persigue con cada uno de los criterios para conocer cuando habrá que emplear cada uno de ellos. El criterio normal para la determinación de la extensión de la obligación de justificación es la exigencia de una motivación completa, en donde todo juez debe de intentar justificar su decisión en todos sus puntos y extremos. Sin embargo el criterio de la suficiencia es un parámetro, un mínimo que debe que debe cumplir la justificación del juez para poder ser aceptada como existente al ser controlada en vía de recurso por un superior jurisdiccional.²³⁶

Como regla general se exige que los órganos jurisdiccionales desarrollen una motivación completa de sus decisiones no regladas, es decir, una justificación de todos y cada uno de los elementos de la decisión. Puesto que ya con posterioridad llegará el momento de control

²³³ Colomer. Pg.185

²³⁴ Colomer p.312

²³⁵ Colomer p.289 - 291

²³⁶ Colomer p.345

de esa motivación, y entonces será la ocasión para aplicar la suficiencia como criterio subsidiario de enjuiciar el cumplimiento de la obligación de motivar desde el punto de vista de su extensión²³⁷. Es que, no es lo mismo examinar la suficiencia desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, que analizarla desde el punto de vista de la tutela que deben prestar los tribunales ordinarios en vía recurso.

Apunta Colomer²³⁸, el control por parte de la jurisdicción ordinaria se extenderá a verificar la suficiencia de la motivación desde un doble punto de vista: de una parte desde la apreciación de una posible vulneración del derecho fundamental a obtener una resolución jurídicamente fundada, y de otra parte, desde el punto de vista de la posible infracción del deber de motivación que no suponga violación del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, es decir desde la perspectiva de los posibles vicios o defectos de la sentencia susceptibles de ser corregidos en vía recurso por tratarse de meros defectos de legalidad ordinaria

Sigue anotando Colomer²³⁹, la motivación suficiente tiene ciertas características: a) es un criterio para la apreciación del contenido de la motivación en vía de recurso o control. b) Es un criterio que está situado a camino entre la motivación completa y la inexistencia de justificación. c) Es un criterio de contenido variable según las circunstancias del caso.

En síntesis , la motivación suficiente solo es aceptada en la tarea de revisión de las sentencias que efectúa el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales y como parte de la revisión del tribunal de alzada, como parámetro mínimo de toda motivación para considerarla existente, pero no debe ser nunca el criterio que dirija la actuación de los jueces a la hora de motivar sus resoluciones, ya que se debe pretender lograr la justificación más completa posible de sus decisiones.

V.- Motivación de las resoluciones de detención judicial

El Código Procesal de 2004, señala que la resolución judicial deberá ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna y que además debe estar especialmente motivada, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho, y la invocación de las citas legales correspondientes. De la propia redacción del Código, surge la interrogante, si la resolución emitida deba ser escrita o basta con el audio que contiene la resolución oralizada. Por un lado, el artículo 139°.5 de la Constitución del Estado señala que la resolución debe ser escrita, además el artículo 125°.1 del CPP dispone que las resoluciones serán firmadas por los jueces. De otra parte, hay quienes sustentan que no es necesario una resolución escrita en tanto no existe disposición que lo impida, tan sólo se hace mención que deben expedirse previa audiencia.

En el pleno jurisdiccional Regional realizado en Arequipa en el año 2009 se concluyó que las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales en especial las que se dicten en audiencias preliminares. El registro se encuentra en audio. Así también, en el Acuerdo

²³⁷ Colomer p.348-349,

²³⁸ Colomer p.350

²³⁹ Colomer p.351

Plenario N° 6-2008/ La Libertad se concluyó que por regla general los autos serán dictados oralmente en audiencia por el Juez, teniéndose por notificados a los sujetos procesales participantes y sólo se notificará el acta de registro a aquellos que fueron citados y no concurrieron. Por excepción los autos que no requieren audiencia para su decisión serán redactados y notificados a los sujetos procesales, cuando se resuelva solicitudes o requerimientos fiscales de imposición de medidas restrictivas de derechos y/o medidas cautelares reales. Por su parte el Tribunal Constitucional en el caso Gamboa Marín, Exp. N° 05010-2008 HC/TC también ha resuelto que basta con el audio.

De otro lado, en la CASACION N° 61-2009/La Libertad del 05 de marzo de 2010. la Corte Suprema dispuso que las resoluciones judiciales están sometidas a determinados presupuestos formales, fijados genéricamente en el artículo 123°.1 del CPP. Cuando éstas entrañan un pronunciamiento sobre el objeto procesal o resuelven una cuestión incidental referida a la regularidad o viabilidad del procedimiento penal, cuya motivación es indispensable, el principio de seguridad jurídica y la propia noción de escrituralidad que incorpora la Constitución para el supuesto de resoluciones judiciales (art.139°.5) exige que se consignen o transcriban íntegramente en el acta, sin perjuicio de que consten, si fuera el caso, en la reproducción audiovisual en concordancia con lo dispuesto en los art.120°.2 y 123°.1 del CPP.

La motivación de la detención preventiva está regulada en la Resolución Administrativa N°111-2003-CE-PJ del 25 de setiembre de 2003, la misma que establece que los mandatos de detención deben ser motivados respecto a cada uno de los requisitos concurrentes de prueba suficiente, pena probable y peligro procesal.

El Tribunal Constitucional en el caso Flor de María Sánchez Diaz Exp.05591-2009-HC/TC ha establecido que tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera será posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, así como evaluar si el Juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Asimismo, precisa que son dos las características que debe presentar la motivación de la detención judicial preventiva: a) tiene que ser suficiente, debe expresar por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla; b) debe ser razonada, es decir, que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada.

En síntesis consideramos que el juez debe cumplir el deber de motivar las resoluciones judiciales, especialmente las que disponen la detención o cualquier otra medida coercitiva personal, en cuanto, afecta la libertad de las personas.

Lo anteriormente expuesto, nos lleva a relacionar el principio de la motivación de las resoluciones judiciales con la teoría de la argumentación jurídica y la interpretación de la norma jurídica, los cuales contribuyen a que el juez motive con mayor solidez las resoluciones que emite.

VI. La Argumentación Jurídica.

En la mayoría de casos, el Juez debe elegir una entre varias alternativas posibles, pues, conforme a un mismo material normativo, caben distintas interpretaciones. Esto justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica. A través de las teorías de la argumentación jurídica se pretende dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación judicial: el relativo a cómo justificar la elección entre las alternativas jurídicamente posibles; en consecuencia, para evitar que la discrecionalidad judicial desemboque en arbitrariedad, resulta imprescindible el recurso, no ya a argumentos más o menos persuasivos sino, a una justificación racional de las decisiones judiciales.²⁴⁰

Las teorías de la argumentación jurídica no agotan el tema de la justificación sino que son sólo una variable importante dentro de la justificación externa. Es al interior de la dogmática jurídica, de la teoría del delito, teoría de la individualización judicial de la pena y la teoría de la interpretación de la norma penal, que operan los criterios de la argumentación jurídica.²⁴¹

La racionalidad de la decisión judicial se manifiesta, en un aspecto interno (lógico) y otro externo (interpretación, argumentación, dogmática, ect) dando origen a las denominadas justificación interno y justificación externa²⁴².

La justificación interna se refiere a la racionalidad de las premisas de la decisión²⁴³. Se trata de determinar si el paso de las premisas a la conclusión o decisión tiene lugar de acuerdo con las reglas de razonamiento lógico²⁴⁴. En la justificación interna no se busca reproducir las deliberaciones efectuadas de hecho por los órganos decisorios. Aquí interesa que las deliberaciones del juzgador respeten las reglas de la lógica formal.²⁴⁵ El mecanismo mas importante por el que opera la justificación interna es el silogismo judicial, mediante el cual, se verifica la corrección formal del proceso de subsunción de los hechos (premisa fáctica) en la norma (premisa normativa); por ello en la formulación del silogismo deben enunciarse los presupuestos sustantivos de la penalidad (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. De esta manera, al estar enunciados estos elementos, se evidencia la necesidad de su fundamentación, lo que es materia de la justificación externa.²⁴⁶

Por otro lado, la justificación externa, tiene como objeto la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna.²⁴⁷ Con relación a la fundamentación de la premisa normativa, en sede penal, y para los problemas vinculados al hecho punible, es de especial importancia la dogmática- jurídico penal y en especial la teoría del delito. En tanto que, para

²⁴⁰ Iturralde, Iturralde, Victoria. Sobre el silogismo judicial. Anuario de filosofía del derecho VIII.1991. p.239,240

²⁴¹ Santa Cruz Cahuata, Julio César. Razonamiento jurídico penal. Academia de la Magistratura. Enero 2000, Lima- Perú. P.21-22.

²⁴² Santa Cruz Cahuata, Julio César. Razonamiento jurídico penal. Academia de la Magistratura. Enero 2000, Lima- Perú. P.22

²⁴³ Alexi, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Centro de estudios constitucionales. Madrid 1989.p.22

²⁴⁴ Iturralde. Ob cit. 240

²⁴⁵ Alexi. Ob cit. p.221

²⁴⁶ Santa Cruz. Ob cit. p.23,24.

²⁴⁷ Alexi. P.222

los problemas de aplicación de la ley penal y en los temas de la parte especial son de especial relevancia los criterios de interpretación. En la fundamentación de la premisa fáctica destaca el rol de la teoría de la prueba y **de la teoría de la argumentación jurídica.**²⁴⁸

VII. La Interpretación Jurídica

La teoría de la interpretación jurídica, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su destino normativo no queda claro a partir del análisis lógico- jurídico interno de la norma.²⁴⁹

Rubio Correa, apunta, la interpretación jurídica consta, de tres componentes: una aproximación apriorística del intérprete denominado criterios generales de interpretación; un conjunto de mecanismos operativos de interpretación jurídica generalmente aceptada por la doctrina que, en conjunto, constituyen los métodos de interpretación, y los apotegmas de interpretación que son argumentos tópicos de aceptación bastante generalizada²⁵⁰

Los criterios de interpretación son los mecanismos que facilitan la labor del juez de reconstruir u obtener el significado de las diversas proposiciones normativas que se sometan a su consideración. El problema que plantea el uso de los criterios de interpretación por parte de los jueces, desde el punto de vista de la motivación de la decisión sobre la quaestio iuris, se materializa en determinar qué indicación o indicaciones debe contener el discurso e justificación para acreditar que la interpretación, y por tanto también la aplicación de los diversos criterios hermeneúticos, ha sido realizada conforme a derecho.²⁵¹ El intérprete puede asumir diversos puntos de partida para realizar su labor de interpretación, los criterios que se utilizan con mayor frecuencia son: el tecnicista, axiológico, teleológico y sociológico²⁵².

Por otro lado, los métodos de interpretación son procedimientos metodológicos en base a los cuales podemos obtener conclusiones positivas frente a qué quiere decir la norma jurídica desentrañando, al aplicar los diversos contenidos provenientes de los criterios antes mencionados. Los métodos de interpretación más conocidos, son; el método literal, ratio legis, sistemático por comparación con otra norma, sistemático por ubicación de la norma en el sistema; histórico y sociológico.²⁵³

²⁴⁸ Santa Cruz. Ob. Cit. p.25

²⁴⁹ Rubio Correa, Marcial. Introducción al Derecho. Octava edición. Colección de textos jurídicos de la PUCP. Fondo Editores 2000. P.245

²⁵⁰ Rubio Correa. Ob cit. p 258

²⁵¹ Colomer. P.262, 263

²⁵² Rubio Correa. Ob.cit. P.259

²⁵³ Rubio Correa ob cit. 263

TITULO IV

EL DELITO DE TERRORISMO EN EL PERU

Sumilla: Alcances Generales. 2. el Principio de Legalidad Penal. 3. el Derecho Penal del enemigo. 4. definición del delito de terrorismo. 5. antecedente histórico. 6. tipificación penal del delito de terrorismo. 6.1. tipo base. 6.2. el terrorismo agravado. 6.3. actos de colaboración con el terrorismo. 6.4. la asociación terrorista. 6.5. incitación terrorista. 6.6. la apología al terrorismo. 6.7. obstrucción de la acción de la justicia. 7. la legislación antiterrorista en el Perú.

1.- ALCANCES GENERALES

En el presente título, procederé a efectuar la conceptualización del delito terrorismo, asimismo darle un enfoque sociológico al tratar el fenómeno del terrorismo en el Perú, y cómo el Perú afrontó este fenómeno a través de la dación de leyes para sancionarlo y reprimirlo, para luego analizar su tratamiento dogmático con el principio de legalidad penal y el derecho penal del enemigo preconizado por Gunther Jakobs.

En ese sentido, podemos afirmar que el Perú desde los años 1980 a 1992 vivió una continuada excepcionalidad del Derecho Penal frente al fenómeno terrorista generado por el Partido Comunista del Perú facción Sendero Luminoso, así como por el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru. La batalla por la llamada Seguridad Ciudadana discurre para justificar reformas siempre más severas del sistema penal. Parecía así que ya no se hablaba de un problema de expansión del derecho penal, sino más bien del “abuso del Derecho penal”, de la canalización de la legalidad o de populismo punitivo, por lo que esta clase de infractores dejaron de contemplarse como ciudadanos – delincuentes para ser considerados como enemigos.

Desde 1980, en el Perú se dictaron legislaciones contra el terrorismo tanto de carácter sustantivo como procesal que vulneraron el principio del Debido Proceso así como uno de

los principios fundamentales del Estado de Derecho, la Legalidad Penal, se trasladó competencia al fuero Militar para que pueda juzgar delitos cometidos por presuntos integrantes del PCP Sendero Luminoso como delito de Traición a la Patria, creando este tipo penal como una forma agravada del delito de Terrorismo, por el uso de coches bombas, o por tratarse de cabecillas, se instauró la pena de cadena perpetua, los juicios eran sumarísimos en el que se restringió abiertamente el derecho a la defensa, se restringió el derecho a ofrecer pruebas, se habilitaron los jueces sin rostro para que no sean identificados por los procesados, el resultado inmediato y satisfactorio para la ciudadanía es que se logró combatir el delito de terrorismo, pero a costa de infringir las normas internacionales de Derechos Humanos, como es la Convención Americana de Derechos Humanos, todo lo cual generó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancionara al Estado y ordenara que el Estado Peruano cumpla con dictar nuevas leyes antiterroristas, así también el Tribunal Constitucional Peruano declaró fundada la acción de inconstitucionalidad en contra de los decretos leyes que creaban el delito de traición a la Patria, asimismo precisó los alcances del delito de Terrorismo en su tipo base en vista que éste era muy ambiguo, y abierto y vulneraba el principio de legalidad penal, principio fundamental del Estado de Derecho. Lo que denota que la intervención penal contra cualquier fenómeno delictivo, por grave que esta sea, no puede ni debe condicionar el sistema de los derechos fundamentales. Precisamente el choque de estas políticas criminales y sus consiguientes reformas legislativas, constituye uno de los objetos del presente trabajo de investigación.

A continuación me ceñiré a investigar cómo una tipificación ambigua e imprecisa puede vulnerar el principio de legalidad penal, tomando como ejemplo el delito de Terrorismo y las desventajas que generan aplicar el derecho penal del enemigo en este tipo de delitos.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

La Constitución Política del Estado Peruano de 1993, reconoce en el parágrafo “d” del inciso 24) del artículo 2º, el principio de legalidad, el cual señala:

“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

A decir, Gonzales Cussac²⁵⁴, la materia penal, en cuanto comporta una limitación de derechos, debe estar sometida a controles precisos, como es que, los delitos y las penas han de estar previstos en la ley. Pero la aplicación de este principio, y a la vez derecho fundamental, requiere a la ley penal claridad y precisión. A partir del principio de legalidad se desarrollan todos los demás principios penales, entendidos como límites al ius puniendi del Estado, esto es, como garantías de los ciudadanos frente al poder público sancionador. El principio de legalidad constituye la esencia misma del Estado de Derecho.

En ese sentido Roberto Bergalli, señala el principio de mera legalidad, como principio general del derecho público es extensible a todos los campos de producción del derecho estatal pues su misión es la de enunciar las condiciones de existencia o vigor de cualquier norma jurídica. Por otra parte el principio de estricta legalidad, en el sentido de constituir una meta norma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus

²⁵⁴ Gonzales chusca José L, en la generalización del Derecho Penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad.

contenidos y a la capacidad de definir la verdad jurídica mediante sus aplicaciones, es una garantía que sólo atiene al derecho penal.

En efecto, únicamente la ley penal, en cuanto puede afectar la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican.

En consecuencia, si ambas vertientes del principio de legalidad aparecen concebidas como prescripciones acerca de la producción de normas, también permiten configurar dos modelos de legalidad penal estrechamente conectados entre sí, pues mientras en segundo impone al juez el determinar como delito mediante integraciones generadas en el proceso lo que la ley ha predeterminado, el primero obliga a la ley a fijar las prescripciones taxativas que determinan la materia de lo punible y obligan al juez a someterse a ellas.

Asimismo afirma Roberto Bergalli²⁵⁵, que el principio de estricta legalidad es de naturaleza empírico- formalista pues es el juez quien debe verificar los presupuestos que el delito predetermina la ley, mientras el de mera legalidad es valorativa-substancialista en tanto que se concreta a definir los elementos que configuran el concepto de delito y de cada una de las figuras delictivas.

De estas distinciones sobre el principio de legalidad provienen las garantías que actualmente otorga el derecho penal de la forma del Estado constitucional y que lo diferencia del derecho penal de los Estados meramente legales, en los cuales la omnipotencia del legislador otorga validez a todas las leyes vigentes sin la posibilidad de fijar algún límite al primado de la ley, pues de tal modo se impone el autoritarismo penal a la necesaria restricción garantista.

En ese sentido, siguiendo a Francisco Javier Alvarez²⁵⁶, cuando se dictan normas penales se limitan un número de derechos fundamentales. Lo que ha provocado que parte de la doctrina penal se haya ido inclinando hacia las denominadas “tesis constitucionalistas” en materia de bien jurídico. Y exijan que únicamente ante la lesión o puesta en peligro de bienes con relevancia constitucional pueda acudir a normas penales. El derecho penal regula las formas más contundentes de utilización de la fuerza por parte del Estado, puesto que su utilización va a suponer la grave afectación de derechos fundamentales.

Lo que implica decir, que las exigencias del principio de legalidad nacen desde el instante que cualquier intervención punitiva comporta una injerencia en los derechos fundamentales [libertad, honor, intimidad]. Lo que ha permitido en primer lugar garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en segundo lugar, para fundamentar la intervención punitiva del Estado moderno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cantoral Benavides²⁵⁷ considera que las definiciones de los

²⁵⁵ Bergalli Roberto. Principios de legalidad, fundamento de la modernidad

²⁵⁶ Alvarez García, Francisco Javier. Reflexiones sobre el principio de legalidad

²⁵⁷ Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto de 2000.

delitos de terrorismo y traición a la patria utilizan 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. De otro lado, la inclusión de modalidades tan amplias de participación en la realización del correspondiente delito, como las que contempla el artículo 2° del Decreto Ley N° 25659, descaracteriza la definición del sujeto calificado de la traición a la patria y acerca esta figura delictiva a la de terrorismo, hasta el punto de asimilarla con ella.

Como ha afirmado esta Corte en otra oportunidad, la "existencia de elementos comunes a los delitos de terrorismo y de traición a la patria y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente".²⁵⁸

En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, 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.²⁵⁹

Resulta claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria vigentes en el Estado en la época de los hechos de esta causa, incurren en la ambigüedad a la que acaba de hacerse referencia.

*La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi y otros*²⁶⁰, señala que 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. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos].

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el Caso De la Cruz Flores vs. Perú, fundamento 74. [...] literal f)²⁶¹

²⁵⁸ Fundamento 164. caso Cantoral Benavides

²⁵⁹ Fundamento 165. caso Cantoral Benavides

²⁶⁰ Caso castillo Petruzzi y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999. fundamento 260

²⁶¹ Caso De la Cruz Flores vs. Perú. sentencia del 18 noviembre de 20004[fondo reparaciones y costas]

señala El principio de legalidad tiene un desarrollo específico en la tipicidad la garantiza, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica; En el fundamento (79) la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone 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. En el fundamento (80), se indica, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En el fundamento 81, se precisa, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En el fundamento 82, se indica que, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.

La CIDH en el Caso García Asto y Ramírez Rojas fundamento 187²⁶² ha señalado que en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En el fundamento 188 la CIDH, ha advertido que la elaboración de los tipos penales supone 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. En el fundamento 189 se precisa que la Convención Americana [sobre Derechos Humanos] obliga a los Estados a extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. El fundamento 190 señala que corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.

3. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El esquema del derecho penal del enemigo²⁶³ no es otra cosa que el viejo esquema del enemigo del pueblo “de estaliniana memoria y por otra parte, el modelo penal Nazi del tipo normativo del autor. Con el agravante de que aquel se ha perfeccionado mediante su abierta identificación con el esquema de la guerra que hace del delincuente y del terrorista un enemigo a suprimir y no a juzgar.

Los seguidores de la doctrina del derecho penal de enemigo a decir Demetrio Crespo²⁶⁴,

²⁶² Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 [excepción preliminar fondo, reparaciones y costas]

²⁶³ Ferrajoli Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho p.4-5

²⁶⁴ Demetrio Crespo Eduardo. El derecho penal del Enemigo

propugnan la tendencia a la expansión del derecho penal contemporáneo y la propuesta consistente en devolver protagonismo a la víctima en el conflicto penal, pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras fuentes de peligro, a los que hay que neutralizar a cualquier precio, como si fueran animales salvajes.

Se trata así a estos seres humanos, no como personas, sino como individuos peligrosos a los que el derecho penal despersonaliza parcialmente, en el marco de lo necesario para combatir determinado tipo de delincuencia. Como la delincuencia económica, *el terrorismo*, la criminalidad organizada, la delincuencia sexual o en general los delitos graves. Se trata en todo caso de un derecho pena que no respeta la dignidad humana.

La doctrina generalizadora del Régimen de Excepción nace de la propia ambigüedad de muchas de sus formulaciones legales o de sus aplicaciones judiciales, difícilmente compatibles con el mandato de taxatividad o legalidad.

Es el mismo modelo de terrorismo penal, ya experimentado por las dictaduras latinoamericanas de los años sesenta y setenta en obsequio de la doctrina de la seguridad nacional y hoy practicado por los Estados Unidos con los sospechosos de terrorismo, en decena de prisiones esparcidas por todo el mundo. Su finalidad de sembrar el terror entre todos los que fundadamente o no resulten sospechosos de connivencia con el terrorismo y al mismo tiempo humillar al enemigo al margen del derecho como no persona, que no merezca la aplicación de las garantías ordinarias del correcto proceso ni las previstas para los prisioneros por el derecho humanitario de guerra.

El acta de nacimiento del derecho penal del enemigo está en la legitimación política de estas prácticas punitivas. En la base de la identificación del terrorista y del criminal como enemigos como enemigos subyacente a las mismas, hay un deslizamiento semántico en función de auto legitimación, la confusión entre derecho penal y guerra, nada más destructivo del derecho y del estado de derecho.

El principal teórico del concepto en la discusión actual, JAKOBS lo explica subrayando que el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, *el trato con el ciudadano*, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, *el trato con el enemigo*, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se combate por su peligrosidad. Esta tesis le lleva a sostener que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.

Para Jakobs el derecho penal del enemigo, es legítimo en la medida de lo necesario. En su opinión el Estado no puede renunciar a ningún medio, o caer en tabúes, para proteger al ciudadano, porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplir su función de protección. Todo ello bajo la consideración de que el Estado de Derecho no puede considerarse de modo abstracto – ideal sino desde el punto de vista de su concreta vigencia.

En realidad, la legislación contra el terrorismo, fundamentada en el Derecho penal del

enemigo, a decir, Pérez Cepeda²⁶⁵, es residual de la teoría de seguridad nacional, que reconoce un papel prioritario y esencial al poder penal estatal.

Así, Pérez Cepeda²⁶⁶ sostiene que el delito y la política terrorista, según afirma BUSTOS RAMÍREZ, «surge desde el poder penal estatal y no del Derecho penal». En el ámbito del Derecho penal, la seguridad no nace del poder estatal sino desde los límites de dicho ejercicio, en la medida en que la legislación contra el terrorismo desmonta los límites al poder estatal, en vez de seguridad produce inseguridad.

4. EL DELITO DE TERRORISMO. DEFINICION

Pérez Cepeda, define al delito de terrorismo, desde un punto de vista criminológico, como violencia y su repercusión tanto particular (afecta a bienes jurídicos individuales fundamentales) como colectiva (altera las condiciones de vida social hasta el punto de poner en peligro la propia estabilidad del Estado).

Está presente en el terrorismo, una dimensión ideológica como génesis motivacional de sus actos. El objetivo consiste en provocar terror en la sociedad por medio de la realización de actos criminales, al exigir para que cese la violencia algún objetivo de carácter político.

De tal manera que el concepto jurídico de terrorismo tiene tres planos:

- 3 la comisión de delitos comunes,
- 4 la finalidad de atemorizar a los ciudadanos y
- 5 El fin último político o social.

Desde una perspectiva penal, la finalidad o móvil último no es objeto de una valoración jurídica, lo esencial es el recurso a la violencia o terror como táctica política. No parece haber un bien jurídico protegido propio del delito de terrorismo, distinto del resto de los bienes protegidos por el resto del ordenamiento jurídico, en principio, cualquier clase de delito puede ser terrorismo si concurren esas tres premisas: violencia, terror y finalidad política o social

Conforme señala Castañeda Serrano²⁶⁷ Las características esenciales del terrorismo en el plano de las ciencias sociales, permiten arribar a una definición en el plano jurídico:

- i. El terrorismo tiene una finalidad política. Sea disfuncional o funcional al sistema, sea para socavar la estabilidad del régimen político imperante y promover su sustitución por otro, sea como instrumento complementario de las políticas gubernamentales de control social,

²⁶⁵ Pérez Cepeda María Isabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Editorial Iustel. 1era Edición 2007.

²⁶⁶ Pérez Cepeda María Isabel. Ob cit.

²⁶⁷ Castañeda Segovia, Mateo Grimaldo. El delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista. Análisis de su evolución jurisprudencial. Editorial Grijley, Lima Perú. 2009

aunque por medios ilegales.

- ii. El terrorismo se basa en la violencia. O en la amenaza de violencia, y se dirige, en definitiva, a un destinatario colectivo representado por la sociedad o una parte de ella, o el Estado.
- iii. Provoca un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad. Se trata de imponer una determinada voluntad política a ciertos sectores de la sociedad o a toda ella para que, sobre la base del miedo, se adhiera a los propósitos utilitarios de sus autores. Lo característico del terror es que no se agota en el hecho material que se ejecuta violentamente, sino que prolonga sus efectos en la conciencia de una sociedad.
- iv. Mediante los delitos de terrorismo se intenta ante todo destruir voluntades y para ello el hecho ejecutado tiene que contar con una suficiente capacidad de trascendencia y dinamismo como para que pueda ser percibido como un hecho espectacular y llamativo.
- v. La lógica del terrorismo reclama, como habíamos anunciado, publicidad, cuestión esta que contribuye asimismo a diferenciarlo de otras formas de violencia. Esto es particularmente notorio tratándose del terrorismo internacional. Adopta usos tácticos y estratégicos que le dan la característica de estrategia predominante o "método tendencialmente exclusivo". La violencia no es aislada, sino sistemática, y esto es lo que permite, en el plano jurídico, aludir a la "organización terrorista", la manera más adecuada de diseñar y llevar a cabo una estrategia.

El terrorismo ataca frontalmente a los derechos humanos empleando medios violentos, que no sólo deben ser ilegales, sino capaces de afectar la vida, la integridad, la salud y la libertad de las personas.

Continúa Castañeda Serrano precisando que el matiz indiscriminado de la violencia es lo que caracteriza al terrorismo como un ataque frontal a los derechos humanos. Sin embargo, no toda violación de derechos humanos constituye terrorismo, sino sólo aquella que tenga un carácter masivo y sistemático. Por otra parte, el terrorismo no viola cualquier derecho, sino sólo derechos humanos fundamentales.

Agrega, en suma, puede concluirse que el terrorismo aparece cuando en un régimen democrático, establecido según los principios y normas propias del derecho a la libre determinación del pueblo y con un Estado de Derecho fundado en los derechos inherentes a la dignidad humana, un grupo (tenga el poder gubernamental o esté fuera del gobierno) resuelve alcanzar un conjunto de objetivos ideológicos o políticos, empleando la violencia como estrategia de acción a través del ataque a derechos humanos fundamentales, para imponer a grupos o a toda la sociedad, sobre la base del miedo, el sometimiento a las ideas o propósitos de tal organización.

De otro lado el Diccionario de la Real Academia Española, en el avance de su vigésima

tercera edición modifica la anterior incluyendo una tercera acepción, define el término «terrorismo» como:

- Dominación por el terror.
- Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror.
- Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos.

El Código Penal Argentino aprobado en el 2007 establece en su artículo 213 que solo podrá considerarse autor del delito de terrorismo al que:

«...tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional, a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúne las siguientes características:

- a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político;
- b) Estar organizado en redes operativas internacionales;
- c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos, o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas.

El Código Penal Español de 1995 en el artículo 571, tipifica el delito de terrorismo, define terrorista como:

«Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los Artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.»

Los EE. UU. desde 1983, con propósitos estadísticos y analíticos, han utilizado las siguientes definiciones referentes al terrorismo que se recogen en el Título 22 del Código de los Estados Unidos,

«Terrorismo: Violencia premeditada y con motivos políticos perpetrada contra objetivos civiles por grupos subnacionales o agentes clandestinos, generalmente con la intención de influenciar a un público determinado.»

Las Naciones Unidas

A pesar del reconocimiento de su conveniencia, no ha sido nunca posible alcanzar un consenso sobre la definición de terrorismo, básicamente por la imposibilidad de conseguir una definición rigurosa que no incluya las acciones terroristas de los estados. El primer intento de definición se produjo en 1937 en tiempos aún de la Sociedad de Naciones:

«Cualquier acto criminal dirigido contra un estado y encaminado a o calculado para crear un estado de terror en las mentes de personas particulares, de un grupo de personas o del público en general.

La resolución 51/210, «Medidas para eliminar el terrorismo internacional», adoptada en la 88 Asamblea Plenaria, de 17 de diciembre de 1996, proclama en el punto I.2 que la Asamblea General de las Naciones Unidas:

«Reitera que los actos criminales encaminados o calculados para provocar un estado

de terror en el público general, un grupo de personas o personas particulares para propósitos políticos son injustificables en cualquier circunstancia, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra naturaleza que puedan ser invocadas para justificarlos.»

En un informe a la ONU el especialista A.P Schmid propuso tomar como punto de partida el concepto de crimen de guerra, considerando que si su definición se extiende al tiempo de paz se alcanza una muy funcional definición de los actos de terrorismo como los «equivalentes en tiempo de paz a los crímenes de guerra».

Dentro de la serie de definiciones exploradas una de las más recientes ha sido la formulada el 1 de diciembre de 2004 incluida en el Informe final del Grupo de expertos de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y los Cambios, nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas:

Cualquier acto, además de los ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la Resolución 1566 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (2004) destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar una acción o abstenerse de hacerla.

Para la organización de las naciones unidas, en el Informe sobre terrorismo y derechos humanos del 22 de octubre de 2002²⁶⁸, "El terrorismo, como actividad delictiva, por lo general, implica una serie de acciones que se realizan con una finalidad intrínseca: causar miedo, zozobra, terror en la población. La Asamblea General de las Naciones Unidas define al terrorismo como “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, que son injustificables en toda circunstancia, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se haga valer para justificarlos”.

Existe además lo que se ha descrito como un consenso académico, un acuerdo entre los especialistas, que según la formulación de Schmid (1988) se puede expresar así:

«El terrorismo es un método productor de ansiedad basado en la acción violenta repetida por parte de un individuo o grupo (semi) clandestino o por agentes del estado, por motivos idiosincráticos, criminales o políticos, en los que — a diferencia del asesinato — los blancos directos de la violencia no son los blancos principales. Las víctimas humanas inmediatas de la violencia son generalmente elegidas al azar (blancos de oportunidad) de una población blanco, y son usadas como generadoras de un mensaje. Los procesos de comunicación basados en la amenaza — y en la violencia — entre el terrorista (la organización terrorista), las víctimas puestas en peligro y los blancos principales son usados para manipular a las audiencias blanco, convirtiéndolas en blanco de terror, blanco de demandas o blanco de atención, según que se busque primariamente su intimidación, su coerción o la propaganda.»

La Convención Interamericana contra el Terrorismo

El 3 de junio de 2002 la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la

²⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 2002, p.24

Convención Interamericana contra el Terrorismo. La misma tiene como objetivo obligar a todos los estados americanos a sancionar leyes antiterroristas y establecer un sistema continental de represión del terrorismo, que no encuentre limitaciones para actuar derivadas de ciertas garantías legales, como el secreto bancario, traslado de personas detenidas entre países, la invocación del "delito político" o condición de refugiado, el derecho de asilo. Luego del proceso de ratificaciones, la misma entró en vigor el 7 de octubre de 2003.

La convención puntualiza especialmente que la represión del terrorismo no puede afectar en modo alguno los derechos humanos de las personas:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.

A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional. (incisos 2 y 3 del artículo 15)

Entre los elementos notables de la sanción de la convención se destaca la imposibilidad final de *tipificar* el delito de terrorismo, así como la falta de consenso para calificarlo como delito de lesa humanidad.

La Sala Penal Nacional en el Expediente N° 571-03, del 22 agosto de 2005 define el delito de terrorismo como una actividad delictiva que no solo afecta a los gobiernos e instituciones democráticamente constituidas, sino que, sobre todo, afecta a cada uno de los ciudadanos, quienes se ven perjudicados por los ataques graves contra las condiciones de vida más esenciales para su desarrollo individual y social. [En] consecuencia, el terrorismo viene a constituirse en una grave amenaza para la vigencia de los derechos humanos, amenaza que se concreta de manera directa, a través de las acciones de las propias organizaciones terroristas, como también de manera indirecta, porque en muchos de los casos va a provocar una reacción violenta de parte del Estado".²⁶⁹

5. ANTECEDENTE HISTORICO. LA SUBVERSION EN EL PERÚ

La Comisión de la Verdad y Reconciliación en su informe final, Capítulo IV, Dimensión Jurídica de los hechos; analizó que los actos de violencia acontecidos en el Perú desde 1980 hasta 1992, fueron atribuidos a la Organización Terrorista Sendero Luminoso, Movimiento Revolucionario Túpac Amaru así como por los agentes del Estado

Señala esta Comisión que: El iniciador del conflicto armado fue el auto denominado Partido Comunista del Perú «Sendero Luminoso», que desarrolló una estrategia que incorporaba conscientemente el terror como un instrumento al servicio de sus objetivos y que rechazaba explícitamente las reglas del derecho internacional. La ideología senderista, sintetizada en el llamado «pensamiento Gonzalo», consideraba a toda institución y grupo

²⁶⁹ Sentencia de la Sala Penal Nacional recaída en el expediente N°571-03, del 22 de agosto de 2005. fundamento jurídico 1.

social no controlado por Sendero como un enemigo absoluto y lo convertía en un objetivo militar. Autoridades, dirigentes sociales, empresarios, religiosos, líderes políticos de cualquier punto del espectro electoral, eran considerados como blancos legítimos de acciones violentas.

Apunta dicha comisión que la prédica senderista señalaba inequívocamente que los derechos humanos son construcciones ideológicas funcionales al orden social existente y que, por lo tanto, no tenían ningún valor para orientar la acción. Sendero Luminoso negaba que los individuos tuvieran realmente derechos por el hecho de ser seres humanos

El objetivo estratégico central de la acción senderista era la total destrucción de las estructuras políticas existentes y su reemplazo por organismos sujetos al control directo del PCP-SL, como gérmenes de un régimen político alternativo en el que esta organización ejercería un control total del poder del Estado.

Con el objetivo de destruir total y radicalmente el poder local, ya fuera estatal o tradicional y construir «bases de apoyo», Sendero Luminoso optó por una política de aniquilamientos selectivos, y para reprimir toda resistencia, aplicó consistentemente una política de ejercer represalias desproporcionadas. Los aniquilamientos fueron consagrados como una «forma de lucha» indesligable de otras tácticas normalmente utilizadas en los conflictos internos, como los sabotajes, la propaganda armada y las emboscadas contra unidades militares aisladas o pequeñas.

Del mismo modo, el PCP-SL optó por construir aceleradamente, en aquellos lugares donde lograba sustituir a las autoridades locales, unidades armadas; para lo que no vaciló en recurrir al reclutamiento forzoso, incluso de menores de edad. Alrededor de esta forma de violencia, que explica la gran cantidad de secuestros y desapariciones atribuidas a Sendero Luminoso se generaron una serie de violaciones colaterales como la violencia sexual, la servidumbre, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Sin embargo, las unidades armadas que Sendero Luminoso organizaba no tenían como objetivo defender las «bases de apoyo» creadas, puesto que para su concepción estratégica era deseable provocar una represión desproporcionada de las fuerzas del orden y que esa represión produjera fuertes daños, pues suponía que el consiguiente rechazo de la población se traduciría en apoyo a su causa.

Entre los años 1982 a 1985 se cometieron cerca de un tercio de los asesinatos perpetrados por el PCP - Sendero Luminoso que fueron reportados a la CVR. Este primer ciclo de intensa violencia en el conflicto armado interno se concentró básicamente en el departamento de Ayacucho y está relacionado con tres procesos:

- El intento por parte del PCP-Sendero Luminoso de imponer su modelo de estructura social y estatal en el campo Ayacuchano a través de la formación de los llamados «Comités Populares».
- La resistencia cada vez más creciente (especialmente a partir de 1983) de la población campesina Ayacuchana al proyecto totalitario senderista.
- La intervención de las Fuerzas Armadas en el conflicto armado interno y la estrategia de la organización subversiva de provocar actos de represión violenta

Entre los años 1985 y 1987, el PCP- Sendero Luminoso buscó generar «bases de apoyo» y ampliar su accionar en las regiones central, nororiental, sur andina y las ciudades, tratando de vincularse con diferentes sectores como el campesinado cocalero del valle del Huallaga, las comunidades campesinas de Junín, Huancavelica y Apurímac, a la vez que intensificaba un trabajo de proselitismo político entre sectores juveniles radicalizados en las universidades de Lima y Huancayo principalmente.

Hacia 1988 se desencadenó otro ciclo de intensa violencia en estos nuevos escenarios. En esta nueva etapa, el Estado y las fuerzas del orden habían logrado diseñar una nueva estrategia contrasubversiva que reforzaba el trabajo de inteligencia, realizaba operativos de represión más selectivos, e incorporaba a la población campesina en la lucha contrasubversiva.

El PCP-SL era un aparato organizado de poder. Sus militantes se integraban en diversos niveles organizativos a partir de la estructura de partido, Ejército Guerrillero Popular y masa. Su organización territorial privilegió la ubicación de Comités Regionales, Zonales y Locales (además del Metropolitano), con una estructura de mando claramente establecida. Los crímenes atribuidos a Sendero fueron ejecutados como consecuencia de una ideología que condicionó de manera casi absoluta la estrategia. El objetivo de destruir el «viejo Estado» justificó los asesinatos, matanzas y atentados terroristas. No es posible, bajo ningún punto de vista, sustraer la responsabilidad de los líderes en la comisión de estos hechos. En algunos casos, además, se ha reunido elementos de juicio como para afirmar que algunos hechos fueron ordenados, ideados y planificados desde la dirección central del PCP-SL.

La magnitud de los crímenes causados por el PCP-SL no puede opacar la revisión de la forma de acción del otro grupo armado activo en el período bajo investigación, el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. En efecto, surgido con la intención de convertirse en una suerte de «brazo armado» de las organizaciones populares, el MRTA intentó llevar a cabo una estrategia insurreccional comparable a las de otras experiencias latinoamericanas, con algunas de las cuales mantuvo contactos.

La estrategia militar del MRTA combinaba agitación armada urbana con emboscadas y organización de columnas militares en el campo. Sin embargo, al estar desligado del movimiento social al que decía representar, enfrentaba permanentes dificultades económicas que pretendía resolver aplicando tácticas utilizadas por otros movimientos armados en América Latina, como los secuestros, pese a que se trata de una forma de acción específicamente proscrita por el derecho internacional humanitario, que proclamaban respetar.

Antes estos acontecimientos, el Estado Peruano no estuvo preparado para enfrentar la subversión armada, tal como esta fue planteada por el PCP-SL. Por mucho tiempo creyó que se enfrentaba a una insurgencia similar a las guerrillas de 1965, o emparentada con otras tendencias latinoamericanas.

Por esta razón, la actuación policial inicial fue sobre todo reactiva y subordinada a la iniciativa de Sendero Luminoso. Esta actuación inicial de las fuerzas policiales no tuvo tiempo de madurar en resultados positivos y se decidió delegar las responsabilidades de la lucha contrasubversiva en las fuerzas armadas. El resultado inmediato de una decisión tal,

adoptada sin contar con una estrategia integral en todos los campos —ideológico, político, económico y militar—, fue una abdicación del poder civil en las cada vez más amplias zonas de emergencia y un radical escalamiento del conflicto que acentuó los costos humanos hasta llegar a magnitudes que nunca serían igualadas en el resto del período de violencia.

No se conocía a Sendero Luminoso. No se sabía con precisión en qué sectores se había asentado, cuál era el perfil de sus militantes, ni sus diferencias ideológicas de Sendero con otros grupos. Los agentes del Estado sustituyeron su falta de conocimiento por la definición de una población genérica como el presunto enemigo: los ayacuchanos, los quechua hablantes, los estudiantes universitarios, los dirigentes de izquierda pasaron a ser sospechosos por asociación.

Del mismo modo, se encaró la preparación de las unidades contra subversivas como un asunto meramente técnico y militar, enfatizando la preparación física de sus miembros para enfrentarse a geografías complejas. No se entendió la formación de estas tropas como la capacitación ideológica y política de quienes debían ganar a la población civil, evitando abusos que alienaran su lealtad; sino como el adoctrinamiento basado en la obediencia ciega y al disposición a cometer actos de crueldad.

Pese a que Sendero se había rebelado contra un régimen democrático, los gobiernos civiles, salvo iniciativas excepcionales, no utilizaron la legitimidad de la democracia para enfrentarlo y derrotarlo ideológicamente. Por el contrario, se abdicó de la autoridad civil a favor de respuestas militares sobre las que no se ejerció ningún control significativo. Consentir que los jefes militares de las zonas de emergencia se convirtieran en autoridades «político-militares» equivalía a una decisión del liderazgo civil de organizar la lucha contrasubversiva de forma tal que sólo los líderes militares se hicieran cargo del «trabajo sucio» que se suponía inevitables en el enfrentamiento; en tanto los civiles se empeñaban en ignorar y acallar las denuncias que llegaban, en lugar de asumir la responsabilidad de diseñar una estrategia contrasubversiva efectivamente democrática.

El Estado de emergencia se desnaturalizó y, de una institución excepcional que debía ser, se hizo permanente en distintas zonas del país, con la consiguiente suspensión de garantías previstas en las sucesivas constituciones vigentes. El carácter permanente que se le dio a la excepcionalidad, debilitó la democracia peruana y creó un clima propicio para las violaciones a los derechos humanos.

La política indiscriminada de los primeros años fue evaluada críticamente durante momentos iniciales del gobierno encabezado por el Dr. Alan García Pérez, partiendo de una evaluación crítica de lo hecho por su antecesor, el presidente Fernando Belaunde Terry. Quizás lo más relevante para ello fue en 1985 y 1986 el funcionamiento de una Comisión de Paz y una inicial energía frente a graves violaciones a los derechos humanos cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas. Este interregno se quebró luego de la matanza de los penales en junio de 1986, que restó credibilidad a la posibilidad de una alternativa democrática a la lucha contrasubversiva y jugó a favor de la estrategia de provocación y mayor polarización, preconizada por Sendero.

De este modo, el conflicto no solo no se solucionó sino que se expandió a otras zonas y se hizo más complejo, llegando a ser un fenómeno que —para muchos— ponía en

cuestión la viabilidad estatal del Perú y que tenía un altísimo costo en violaciones de los derechos humanos y acciones terroristas.

Luego de la captura de los principales dirigentes senderistas, del uso de nuevas leyes que buscaban romper la lealtad interna de los grupos subversivos y del creciente cuestionamiento nacional e internacional a prácticas como las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada, se produjo un nuevo ajuste en la estrategia contrasubversiva. Las violaciones a los derechos humanos más recurrentes desde ese momento en adelante estuvieron vinculadas a la detención arbitraria, a la violación de las garantías de debido proceso y a la masiva condena de inocentes a términos de prisión muy prolongados.

Esta primera etapa comprendida por los años 1983 y 1984, cuando se delegó en las Fuerzas Armadas el control del orden interno y el combate a la subversión en el departamento de Ayacucho se caracteriza por la aplicación por parte de agentes del Estado de una estrategia de represión masiva e indiscriminada, especialmente en las zonas rurales del departamento de Ayacucho. los miembros de las fuerzas del orden golpearon a un cierto perfil de población con el objeto de eliminar a los militantes del PCP-SL. Se eliminó a los sospechosos, a los presuntos colaboradores y en no pocos casos a su entorno social y familiar de dichas personas, buscando hacer evidente ante la población campesina los costos de colaborar con el grupo subversivo.

A partir de 1985 se observa un descenso en la intensidad del conflicto armado interno, acompañado por una disminución relativa de los crímenes y violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes del Estado.

Entre 1985 y 1989, ante la persistencia de la subversión y su afincamiento en otras regiones, los agentes del Estado encargados de la lucha contrasubversiva realizaron una evaluación de su desempeño y diseñaron una nueva estrategia que buscaba combatir en forma más directa y focalizada a la subversión armada. Para ello se puso mayor énfasis en la recopilación de inteligencia sobre las organizaciones subversivas, lo que dio lugar a operativos de eliminación más selectiva de presuntos elementos subversivos e incorporando más activamente al campesinado organizado en rondas de autodefensa en la lucha contrasubversiva.

La actuación de grupos como los comités de autodefensa que, aunque no eran agentes del Estado, actuaban bajo su dirección o cuando menos bajo su aquiescencia, contribuyó también con una significativa cantidad de violaciones a los derechos humanos. Lo mismo puede decirse de grupos tales como los escuadrones de la muerte, cuyo ejemplo más notable fue el auto denominado Comando «Rodrigo Franco».

A partir de 1989 hasta 1992, se realizó cambio de estrategia asociado a los nuevos escenarios del conflicto abiertos por el accionar de las organizaciones subversivas, especialmente en las zonas urbanas donde los operativos de eliminación de presuntos subversivos se realizaban de manera más encubierta. Esta práctica también está asociada a la tortura como método de obtención de información sobre los planes y la composición de las organizaciones subversivas.

Uno de los hitos culminantes de esta etapa es la captura de los principales líderes de las organizaciones subversivas, entre ellos el líder máximo del PCP- Sendero Luminoso,

Abimael Guzmán Reinoso, en septiembre de 1992, como resultado de tácticas de inteligencia aplicadas por la Policía Nacional. Dicha captura resultaría luego en la capitulación estratégica del líder capturado, la desmoralización de muchos de sus seguidores, y el éxito cuantitativo de estrategias de desarme de personas presuntamente vinculadas a la subversión a través del mecanismo del «arrepentimiento» legalmente reconocido.

La tercera etapa en la lucha contrasubversiva de los agentes del Estado está caracterizada, pues, por un incremento sustancial de las detenciones de presuntos subversivos y aumentó notoriamente el número de casos de violación al debido proceso de los detenidos.

La información obtenida en la captura de los principales dirigentes subversivos, así como la proporcionada por los miembros de dichas organizaciones que se beneficiaron de las leyes de «arrepentimiento» dictadas por el gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori, llevaron a la detención de miles de personas acusadas de formar parte del PCP-Sendero Luminoso y del MRTA. Muchas de ellas fueron procesadas violando principios elementales del debido proceso y en varios casos con insuficiente evidencia como para ser condenados en juicios regulares, puesto que algunas eran hechas prisioneras por la sindicación de alguien interesado en acogerse a la ley de arrepentimiento.

La magnitud de los errores cometidos por el sistema implementado para procesar a los acusados por delito de terrorismo y traición a la patria en esos años obligaron al Estado Peruano a establecer el mecanismo del indulto por el que se debió liberar en muy poco tiempo a cientos de sentenciados que eran inocentes.

Asimismo, provocaron que, a la larga, ante los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violaciones al debido proceso en el Perú, el Tribunal Constitucional declarara en 2002 nula gran parte de la llamada «legislación antiterrorista» promulgada por el gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori. Estos hechos ocasionaron que el Estado peruano se viera en la necesidad de juzgar nuevamente, en procesos que reúnan los estándares internacionales, a un número importante de dirigentes y miembros de organizaciones subversivas que habían sido condenados con la anterior legislación.

Durante el gobierno encabezado por Alberto Fujimori, más que de abdicación de la autoridad civil cabe hablar de una total identificación del liderazgo civil con la visión estratégica y política de las Fuerzas Armadas. La instalación de un régimen autoritario dirigido por una alianza política entre el fujimorismo y un sector de las fuerzas armadas, condujo inexorablemente a una falta de fiscalización general, a la más amplia impunidad de las violaciones de los derechos humanos, la creación de grupos especializados en la violación de derechos humanos y a una generalizada corrupción.

Es encomiable destacar el problema de la confusión de los ámbitos disciplinario-militar y penal-militar, por lo que una primera tarea en el afán de reconducir a sus límites estrictos a la justicia militar se encuentra en delimitar en forma clara los ámbitos de lo estrictamente disciplinario y penal. Mientras que el Derecho Penal protege valores sociales, el derecho disciplinario protege valores institucionales. Esta diferenciación podría justificar que las infracciones disciplinarias sean conocidas por los tribunales militares, mientras que los delitos sean conocidos por los tribunales ordinarios. Limitar la justicia militar al derecho

disciplinario militar podría parecer, en estos momentos, exagerado o desproporcionado. Sin embargo, es una propuesta porque los problemas causados por el diseño actual de la justicia militar son, ciertamente, de envergadura y lesionan valores constitucionales esenciales, dado que la justicia militar es un fuero autónomo, respecto del cual no existe posibilidad real de control

6. EL DELITO DE TERRORISMO. TIPIFICACION PENAL

6.1 TIPO BASE. ART.2º DEL DECRETO LEY 25475

El Decreto Ley N°25475 promulgado el 05 de mayo de 1992 regula la tipificación y procedimiento del delito de Terrorismo, el mismo que en su **artículo 2º** describe el tipo base del delito de Terrorismo:

“El que provoca, crea, o mantiene un estado de zozobra, alarma o terror 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 matrices 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 o del Estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte años”.

En el Informe N° 49/00. Caso 11.182 fundamento **88. de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se indica que** el Decreto Ley N° 25475, de 6 de mayo de 1992, define el terrorismo en su **artículo 2** como un acto 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 matrices 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". Este Decreto derogó expresamente las normas del Código Penal que desde abril de 1991 se habían aplicado a los delitos relacionados con el terrorismo y estableció, para los responsables, una pena mínima de 20 años de prisión y una pena máxima de prisión perpetua.

89. La definición del delito de terrorismo que consagra el mencionado Decreto es totalmente abstracta e imprecisa, y de tal forma, dicho Decreto viola el principio básico de legalidad, consustancial al derecho penal, que en última instancia tiene como objetivo la seguridad jurídica que el individuo necesita para saber con precisión cuáles hechos y omisiones pueden hacerle incurrir en responsabilidad penal.

1. BIEN JURIDÍCO PROTEGIDO.

Conforme señala Castañeda Serrano²⁷⁰, La delincuencia terrorista lesiona el sentimiento

²⁷⁰ Ob cit,

colectivo de seguridad, entendida esta como conjunto de condiciones que permite el ejercicio libre e igualitario de derechos. Ello supone atribuir a la seguridad un valor instrumental respecto a la libertad que, en términos jurídico-formales, se asienta en la consideración de la libertad como valor superior del ordenamiento, lo que obliga a advertir sobre la inconstitucionalidad de restricciones desproporcionadas de la libertad en aras de la persecución del terrorismo.

Según el tenor legal del artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, la grave alteración de la tranquilidad pública es el objetivo mediato de la actuación terrorista. Es irrelevante que la persecución de este objetivo sea presentada como medio para una finalidad política, puesto que como tal objetivo es en sí un fin ilícito, o de otro modo no podría sustentar la definición legal de terrorismo.

Afirma Castañeda Serrano, que de lo anterior se desprende, lo siguiente: *primero*, los fines citados deben ser ilícitos en sí mismos y no sólo en virtud de los medios violentos utilizados para perseguirlos, por lo que deberá excluirse una interpretación de estos conceptos que permita criminalizar cualquier finalidad de cambio del orden constitucional; y, *segundo*, siempre que los preceptos penales se refieren a los fines de la organización terrorista, se refieren a los fines inmediatos ilícitos, no a los fines políticos generales que arguya la retórica más o menos creíble de la organización.

Continúa diciendo Castañeda Serrano, el terrorismo es 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. De ello, no cabe derivar que perseguir la alteración del orden político sea, en todo caso, ilícito, sino sólo cuando para ello se persigue el fin inmediato de creación de la situación de grave inseguridad, utilizando medios destinados a ello. Pretender la forma política de una república o la independencia de una parte del territorio peruano no se convierte en fin ilícito porque se utilicen medios violentos para lograrlo. Es la utilización de determinados medios ilícitos dirigidos al fin inmediato de generar inseguridad o temor como instrumento de intervención política la que califica como acto terrorista. En otras palabras: *la finalidad de generar inseguridad, alarma o temor como forma de actuación política es el fin penalmente relevante.*

La finalidad de subvertir la tranquilidad pública debe interpretarse, desde luego, según; el orden establecido en la Constitución. Pero, como se ha dicho, no puede identificarse con el orden institucional que puede ser cambiado mediante el ejercicio del pluralismo político y la reforma constitucional. Los delitos de terrorismo no son delitos contra la Constitución y sus instituciones, cuya alteración ilícita se sanciona en otro lugar del Código -como el delito de rebelión-.²⁷¹

²⁷¹ Sentencia de la Sala Penal Nacional recaída en el expediente acumulado N°560-03. caso Abimael guzmán Reynoso y otros. Considerando décimo

De acuerdo a lo expresado por Ronal Gamarra²⁷² en la doctrina y en la legislación no existe consenso sobre cuál es el bien jurídico en los delitos de terrorismo. En ellas en general se observan dos opciones: una primera que cautela la seguridad pública y una segunda, que sostiene que el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública. Sin embargo desde su punto de vista el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública porque se protege la convivencia pacífica de los ciudadanos en su acontecer diario. Apunta en su obra citada que según Somoza la tranquilidad pública importa en términos objetivos, el cotidiano acontecer sin sobresalto para la colectividad, la pacífica coexistencia; y en términos subjetivos, el sentimiento de que es así, que la tranquilidad en general no será alterada²⁷³

Según Castañeda Serrano, el bien jurídico protegido en este delito²⁷⁴ es la tranquilidad pública conforme lo ha diseñado el régimen político-ideológico establecido en la carta constitucional vigente. Sin embargo, este concepto requiere ser precisado para evitar ambigüedades. Para lograr ese objetivo se toma en consideración la posición de la Corte Suprema:

*“El delito de terrorismo básico -artículo 2° del Decreto Ley N° 25475- contiene un elemento teleológico, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa -elemento subjetivo tipificante-, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional, tal como lo ha establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de noviembre de 2001, recaída en el Asunto Defensoría del Pueblo contra Legislación sobre Terrorismo Especial, Expediente N° 005-2001-AI/TC.”*²⁷⁵

Al respecto, Castañeda Serrano, sostiene el orden constitucional que aquí se menciona es el orden político y la tranquilidad social, cuyos fundamentos son la *dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad el respeto a la ley y los derechos de los demás*. Dicho orden supone un sistema de ejercicio de derechos y libertades basado en la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico.

La finalidad de crear una situación de temor, alarma e inseguridad, además de lesionar los derechos individuales de las víctimas concretas, genera una inseguridad colectiva que dificulta o impide el ejercicio de derechos y, con ello, cierra espacios al pluralismo y la participación política, en tanto supone una actuación política impuesta coactivamente al resto de ciudadanos.

Junto a ello, la definición legal menciona la finalidad de alterar gravemente la tranquilidad pública, lo que se refiere exclusivamente a la tranquilidad material en los espacios públicos. Sin embargo, un concepto constitucional de orden público se corresponde con el sistema

²⁷² Gamarra Ronald. Terrorismo, Tratamiento jurídico. Instituto de defensa legal. 1996. Lima p.49

²⁷³ Somoza Lucio César. Los delitos contra la tranquilidad pública Manual de Derecho Penal parte Especial. Buenos aires 1978.pg.434 en Ronald Gamarra ob cit.p 5

²⁷⁴ El delito de terrorismo básico se encuentra regulado en el Art.2° del Decreto Ley N°24575 del 6 de mayo de 1992, norma legal en la que se estableció la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para su investigación, instrucción y juicio

²⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema emitida en el RN N° 3048-2004.Lima, del 21 de diciembre de 2004 publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de diciembre de 2004.

de predominio de la legalidad garante de la libertad y de la seguridad, que se deriva, igualmente, del orden constitucional. Concretándolo en el concepto de *tranquilidad pública* utilizado en la definición que ahora nos ocupa, el orden público se sitúa en el mismo nivel que el orden constitucional, esto es, el orden político y la tranquilidad social basados en los derechos individuales y en los valores superiores de libertad, así como el de pluralismo.

Continúa definiendo Castañeda Serrano, dos son las acepciones que se tienen de tranquilidad pública. Desde el punto de vista *objetivo*, denota la existencia armónica y pacífica de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y el Derecho. Desde la perspectiva *subjetiva* alude al sentimiento de tranquilidad pública, la opinión de seguridad social como base de la vida civil. En este último sentido equivale a "paz pública".

Asimismo sostiene Castañeda, se considera que en el delito de terrorismo únicamente se protege la dimensión subjetiva del orden público, excluyendo la objetiva, la cual solo aludiría a un dato fáctico de carácter sociológico que no se identifica con el objeto de protección. En la precisión de la vertiente subjetiva de orden público, se alude en ocasiones a una "sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, puesto que los individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de la convivencia", y en otras se precisa que la sensación de zozobra no es de cualquier mal que pudiese afectar indistintamente a éste u otro sujeto, sino de males constitutivos de delito.

Agrega Castañeda Serrano, la tranquilidad pública es la *confianza general en el mantenimiento de la paz social* o la armónica y pacífica coexistencia del ciudadano bajo la soberanía del Estado y del Derecho, formulación que evitaría la ambigüedad ínsita que se atribuye a la noción de orden público.

2. SUJETOS.

El tipo penal, contempla como sujeto activo, a cualquier persona natural cuyo comportamiento jurídico-penal-mente relevante consista en provocar, crear o mantener una inconstitucional afectación a la tranquilidad pública.

El delito de terrorismo sólo tiene como sujeto pasivo al Estado, aun cuando sus resultados pudieran afectar el patrimonio o la integridad de los particulares.²⁷⁶

En el delito de terrorismo el agraviado es únicamente el Estado, pues la lesión recae sobre el bien jurídico tutelado por el poder estatal".²⁷⁷

3. EL COMPORTAMIENTO TIPICO

²⁷⁶ Ejecutoria Suprema recaída en el Exp.N°334-86 del 15 de julio de 1986. Gamarra Ronald. Terrorismo, Tratamiento Jurídico IDI Lima, 1995.p.57

²⁷⁷ *ibidem*

El Tribunal Constitucional mediante sentencia N° 10-2002-AI/TC de fecha 04 de enero del año 2003, declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos de los decretos leyes que conformaron el marco normativo antiterrorista promulgado desde mayo de 1992.

En relación al artículo 2° del Decreto Ley 25475, el Tribunal Constitucional Peruano señaló que tanto las normas jurídicas, en general, como los tipos penales, en especial, tienen, por su propia naturaleza, un carácter abstracto y general; por lo que tales características, *per se*, no vulneran norma constitucional alguna. Pero diferente es el caso del carácter “*impreciso*” de la norma penal que también se cuestiona; pues, como se ha indicado, el legislador, por mandato constitucional, debe tipificar los delitos de manera expresa e inequívoca. Por lo que luego de darle al tipo base del referido decreto ley un grado de determinación razonable, suficiente, para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, concluye que no se vulneró el principio de legalidad penal.

En ese sentido, el tribunal constitucional precisó al tipo base previsto en el artículo 2° del Decreto Ley N°25475 de la siguiente manera:

Respecto a la frase “**realiza actos**”, cuestionada por los demandantes en razón de que “*no precisa de qué tipo de actos se trata*”, el Tribunal Constitucional consideró que esta supuesta imprecisión no es suficiente para excluir, por inconstitucional, del tipo penal la palabra “actos”, ya que **Tales “actos” son los que están dirigidos a afectar la vida, el cuerpo, la salud, etc., con el objeto de crear zozobra o pánico en la comunidad.**

En cuanto a la expresión “**empleando materias**”. Se sostiene que es inconstitucional, pues no precisa qué tipo de materias, para luego agregar “**o artefactos explosivos (...), como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo.** El tribunal constitucional concluye que el tipo penal se refiere a dos medios distintos: “**materias explosivas**” y “**artefactos explosivos**”. Y ambas expresiones tienen un significado distinto:

La “materia explosiva” Está referida a aquellas sustancias con potencialidad explosiva *per se*, que no requiere de mecanismos complejos en su elaboración; en cambio,

“El artefacto explosivo” Está referido a aquellos aparatos para cuya elaboración se requiere de conocimientos especiales. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión no considera suficiente el uso de cualquier materia explosiva o artefacto explosivo, sino que requiere que éstas sean de una entidad tal que resulten capaces de causar cualquiera de los siguientes efectos: “*estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado*”.

En cuanto al Examen de la acción típica.

El Tribunal Constitucional Peruano observa que el legislador ha previsto tres modalidades de conductas básicas:

6 **La primera modalidad de la acción:**

a) atemorizar a la población

7 **La segunda modalidad de la acción:**

b) actos contra bienes o servicios. Las cláusulas de interpretación analógica “medios de comunicación o de transporte de cualquier índole” y “cualquier otro bien o servicio”

- **La Tercera modalidad de la acción:**

c) El examen de los medios típicos

La primera modalidad de la acción: atemorizar a la población.

La acción de provocación, creación o mantenimiento de un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, ha sido prevista por el legislador como una exigencia objetiva (elemento del tipo objetivo), a diferencia de la legislación antiterrorista previa, que lo consideraba como un elemento subjetivo (es el caso del Decreto Legislativo N.º 46 que en su artículo 1º hace referencia al “*propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella*”).

Atemorizar a la población.

El comportamiento típico de "provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella", ha sido previsto por el legislador como una exigencia objetiva, un elemento del tipo objetivo.²⁷⁸

Sin embargo, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho penal protege, puesto que, conforme al artículo 12º del Código Penal vigente, el principio según el cual "no hay pena sin dolo o culpa" exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Esta interpretación es la que no colisionaría con el principio rector de culpabilidad que rige el Derecho penal.

De manera que la lectura correcta de esta modalidad delictiva es la siguiente:

"El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, *alarma* o temor en la población o en un sector de ella [...]".

En ese sentido, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege. El principio según el cual “no hay pena sin dolo o culpa” exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Ese criterio está recogido en el artículo 12º del Código Penal de 1991. Por lo tanto, los jueces no pueden condenar, al amparo de dicho artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos señalados en la

²⁷⁸ A diferencia de la legislación antiterrorista previa, que lo consideraba como un elemento subjetivo, es el caso del Decreto Legislativo N.º 46 que en su artículo 1º hace referencia al “propósito de provocar a mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella”

misma disposición legal sin tomar en cuenta el análisis de su culpabilidad. Por ende, el sentido interpretativo antes anotado quedaría como: “*El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)*”.²⁷⁹

La segunda modalidad de la acción: actos contra bienes o servicios. Las cláusulas de interpretación analógica “medios de comunicación o de transporte de cualquier índole” y “cualquier otro bien o servicio”.

Esta modalidad de acción típica ha sido individualizada por el legislador en los siguientes términos: “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”.

Se observan dos cláusulas abiertas:

La primera, referida a los medios de transporte “de cualquier índole”, y,

La segunda, a “cualquier otro bien y servicio” como objeto del atentado terrorista.

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas (“*de cualquier índole*” y “*cualquier otro bien y servicio*”) están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva normatividad penal. En consecuencia, la interpretación de la cláusula “*contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole*” debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías medios de transporte o comunicación.

La cláusula “*contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio*” debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a *bienes o servicios* que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal.

Esta modalidad de acción típica ha sido individualizada por el legislador en los siguientes términos: “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”.

Igualmente indica Castañeda Serrano que se observan dos cláusulas abiertas:

- La primera, referida a los medios de transporte de cualquier índole.

²⁷⁹ Interpretación constitucional de este enunciado otorgado por el T.C en su sentencia del 03 de enero de 2003, emitida en el Exp.N°010-2002-AI/Tc, fundamento jurídico 61, 63. en esta línea de pensamiento , también señaló que el principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del Art.2° del D.ley 25475 queda supeditado a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal , ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento la prohibición de que la pena sólo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el art.VII frl TP del C.P. según el cual la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

- La segunda, "cualquier otro bien y servicio" como objeto del atentado terrorista.

En estos casos, el legislador ha utilizado las denominadas "cláusulas de interpretación o de extensión analógica", que son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando un razonamiento analógico.²⁸⁰

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas—"de cualquier índole" y "cualquier otro bien y servicio"— están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva normatividad penal; en consecuencia, la interpretación de la cláusula "contra la seguridad de [...] vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole" debe limitar su mée a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación.

Por las mismas razones, la cláusula "contra la seguridad de [...] cualquier otro bien o servicio" debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a bienes o servicios que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal.

Tales pautas interpretativas no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto legal que tipifica del delito de terrorismo.

Estos elementos han sido recogidos por la doctrina jurisprudencial fijada por la Sala Penal Nacional especializada en delitos de terrorismo:

"De lo expuesto, se tiene que los citados tipos penales reprimen la conducta del agente que, conforme lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 10-2002-AI-TC, en su numeral 78 bis, realiza los tres elementos o modalidades del tipo penal además de la intencionalidad, es decir, el agente como primera modalidad debe causar con su accionar temor, pánico o zozobra en la población, un segundo elemento es que los actos que se realicen afecten bienes o servicios descritos en el tipo penal y como tercera modalidad se exige el empleo de 'armamentos', entendiéndose como [tales] [aquellos que son capaces] de causar estrago o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado y como consecuencia de estas ilícitas actividades se produce un

²⁸⁰ Un primer aspecto a dilucidar es la adecuación al principio *lex certa* de las "cláusulas de extensión analógica". Para ello deben distinguirse dos supuestos diferentes: i) los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y ii) aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo sentido literal posible regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico. La analogía como integración normativa esta proscrita en el Derecho penal por mandato constitucional (artículo 139°.9 de la Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (Cfr. hurtado Pozo, José, "A propósito de la interpretación de la ley penal", en *Derecho*, N° 46, Lima, 1992, p. 89). Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo", en *Actualidad Penal*, N° 38, Madrid, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub examine*, por lo que no atenían contra el principio de *lex certa*. Afirmada la constitucionalidad de las cláusulas en examen, en razón de la no afectación de la *lex certa*, en aras de contribuir con una tutela cabal del principio de legalidad, es importante que este Tribunal Constitucional precise los límites admisibles de interpretación de las cláusulas en examen (*lex stricta*).

resultado que el agente pudo prever que se producirían. [E]stas conductas se agravan cuando [son realizadas] por un miembro de una organización terrorista o también por los resultados graves que podrían producirse, como el hecho de realizar conductas que podrían configurar otros delitos comunes como el de robo, secuestro o lesiones. Es necesario señalar que entre los artículos 3° y 5° del Decreto Ley N° 25475 existe un concurso aparente de leyes, pues en ambos tipos penales se toma en cuenta el hecho de pertenecer a una organización terrorista. [S]e dice concurso aparente porque en realidad no existe tal concurso, sino que, al ser evaluada la condición objetiva de pertenecer a una agrupación terrorista, al subsumir la conducta imputada en el artículo 3°, el tipo penal del artículo 5° queda desplazado, es decir, el disvalor de pertenecer a una organización terrorista no puede ser nuevamente tomado en cuenta para una nueva calificación jurídica. [E]sta interpretación ha sido reconocida en la Ejecutoria Suprema N° 3048-2004, publicado en el diario oficial El Peruano el día 23 de diciembre del 2004".²⁸¹

Tercera modalidad: Examen de los medios típicos

La norma se refiere a los “armamentos” como medio para la comisión del delito de terrorismo. Si bien una lectura superficial podría llevar a incluir dentro del alcance de esta expresión a cualquier instrumento vulnerante o contundente que sirva para causar un daño mayor que el que se podría causar con las manos; sin embargo, la propia norma limita los alcances del término comprendiendo sólo a aquellas armas que sean capaces de “causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”. Una interpretación que no tenga en consideración la potencialidad dañosa que debe tener el armamento, vulneraría el principio de legalidad.

Al respecto Castañeda Serrano²⁸², los elementos materiales del delito de terrorismo que han sido consideradas por el legislador peruano para configurar el tipo objetivo de este delito los podemos clasificar de la siguiente manera:

3.1. Armamentos.

Este tipo penal admite la interpretación restrictiva de los alcances del concepto *arma* en atención a la aptitud de la misma como medio esencialmente catastrófico²⁸³.

Para que un arma se encuentre dentro del sentido que el tipo penal requiere basta con que sean armas de fuego, aquellas que se han fabricado en forma casera, o que sean armas blancas.

Por armas de fabricación casera deben entenderse como aquellos mecanismos que no son fabricados por una empresa determinada, sino que, por el contrario son elaboradas por

²⁸¹ Sentencia de la Sala Penal Nacional recaída en el Expediente N° 571-200 22 de agosto de 2005, fundamento jurídico 12.

²⁸² Ob cit.

²⁸³ Ello quiere decir que en el concepto arma requerido por el tipo penal no comprende a las denominadas *armas impropias* como son el martillo, la piedra, entre otros; puesto que, a pesar, de ser instrumentos capaces de servir como instrumentos destinados a ofender o defenderse no constituyen los medios *idóneos* con los que ataca el terrorista, sobre todo ahora que nos encontramos en una sociedad cada vez más evolucionada tecnológicamente. En el mismo sentido, Cfr. ROY FREIRE, Luis, *Derecho Penal Peruano. Parte Especial*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983, T. III, p. 90; GAMARRA, *Terrorismo: Tratamiento Jurídico*, cit., pp. 64 y ss.

quien las va a usar, imitando la funcionalidad del arma de fuego (ejemplo: tubos de fierro galvanizado que permiten asemejar el funcionamiento de una escopeta para disparar cartuchos).

Con relación a la frase “*cualquier otro medio*” puede suscitarse, *prima facie*, algún cuestionamiento, pues, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar el contenido de los medios típicos por dos aspectos: en primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a los “*armamentos, materia o artefactos explosivos*” y, en segundo lugar, su idoneidad para “*causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado*”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional juzga que una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con “*armamentos, materias o artefactos explosivos*” y su potencial referido sólo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de *lex stricta*.

Por todo lo antes mencionado, el Tribunal Constitucional considera que el texto del artículo 2° del Decreto Ley N.º 25475 emite un mensaje que posibilita que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido. Solo existe indeterminación en el tipo penal en relación con la necesidad de precisar el alcance de la expresión “*actos*” que debe ser entendida como hechos ilícitos, para precisar una más exacta delimitación conceptual.

Dentro de los márgenes de indeterminación razonable que contiene esta norma, la aplicación de este dispositivo debe orientarse en el sentido indicado en las pautas interpretativas de la presente sentencia, por lo que las interpretaciones que inobserven esas pautas vulneran el principio de legalidad (*lex stricta*).

En consecuencia, el artículo 2° de Decreto Ley 25475 subsiste con su mismo texto, el mismo que deberá ser interpretado de acuerdo con los párrafos anteriores de esta sentencia:

Finalmente, el Tribunal Constitucional señala que el delito previsto en el artículo 2° del Decreto Ley N.º. 25475, exige necesariamente la concurrencia de los tres elementos o modalidades del tipo penal, además de la intencionalidad del agente. En cuanto a los tres elementos deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de terrorismo. La falta de uno de ellos, hace imposible la tipificación.

De todo lo antes referido podemos determinar que el Tribunal Constitucional con la finalidad de no declarar la inconstitucionalidad del tipo base del delito de Terrorismo previsto en el artículo 2° del Decreto Ley 25475, le ha dado precisiones jurídicas aplicando los principios generales del derecho, a fin de no generar desestabilidad jurídica ante su posible derogatoria, lo cual hubiera acarreado la puesta en libertad de cientos de personas condenadas por el delito de Terrorismo.

3.2. *Materias o artefactos explosivos.*

Todo compuesto -químico, sólido o líquido- que frente a un determinado estímulo es capaz de transformarse al estado gaseoso de forma violenta, liberando una gran presión o temperatura es considerado para efectos del tipo penal como *explosivo*.

Sin embargo, debido a la amplitud de elementos que puede generar ello, ni destacarse que las principales características de un explosivo inflamable consisten en su potencia, densidad, sensibilidad, velocidad, resistencia al agua y a la congelación

Es de precisar que todo compuesto químico capaz de transformarse y generar poca o gran cantidad de gases y que puede también desarrollar alta o baja velocidad de combustión es comprendido dentro del concepto de "materia explosiva" (verbigracia, la pólvora, dinamita, la nitroglicerina, la nitrobencina, el nitramón, el nitramite, el nitramex, etcétera).

Por otro lado, todo mecanismo en cuyo interior se encuentra instalada una carga explosiva con su respectivo sistema de incendio es denominado *artefacto explosivo*, entre los que destacan la bomba explosiva, la carga explosiva, la bomba incendiaria.

La norma se refiere a los *armamentos* como medio para la comisión del delito de terrorismo. Si bien una lectura superficial podría llevar a incluir dentro del alcance de esta expresión a cualquier instrumento vulnerante o contundente que sirva para causar un daño mayor que el que se podría causar con las manos; sin embargo, la propia norma limita los alcances del término comprendiendo sólo a aquellas armas que sean capaces de "causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado". Una interpretación que no tenga en consideración la potencialidad dañosa que debe tener el armamento, vulneraría el principio de legalidad²⁸⁴.

Con relación a la frase *cualquier otro medio*, puede suscitarse, prima facie, algún cuestionamiento, pues, ella individualmente considerada parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar el contenido de los medios típicos por dos aspectos: en primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a los "armamentos, materia o artefactos explosivos" y, en segundo lugar, su idoneidad para "causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado".

En ese sentido, una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con "armamentos, materias o artefactos explosivos" y su potencial referido sólo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de *lex stricta*. Por todo ello, el texto del artículo 2° del Decreto Ley N° 25475 emite un mensaje que posibilita que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido.

Solo existe indeterminación en el tipo penal en relación con la necesidad de precisar el alcance de la expresión *actos* que debe ser entendida como hechos ilícitos, para precisar una más exacta delimitación conceptual. Dentro de los márgenes de indeterminación razonable que contiene esta norma, la aplicación de este dispositivo debe orientarse en el sentido

²⁸⁴ ²⁸⁴ Cfr. Peña Cabrera. Raúl, *Traición a la patria y arrepentimiento*. Grijley, Lima 1994, p. 75.

indicado en las pautas interpretativas, por lo que las interpretaciones que inobserven estas pautas vulnerarían el principio de legalidad en su manifestación de *lex stricta*.

4. TIPO SUBJETIVO

El delito de terrorismo sólo es doloso. Para comprender la verdadera dimensión de este elemento, es pertinente hacer un breve análisis del tipo dolo que exige el presente delito, con el objeto de evitar arbitrariedad injusticias.

En el Perú, la doctrina jurisprudencial peruana, respecto a la determinación del dolo y su diferencia con la culpa, ha expresado:

"En situaciones especial y masivamente peligrosas el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido, es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento; en consecuencia, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos.²⁸⁵

El dolo se configura solamente con el conocimiento de una probabilidad de aparición del riesgo que genera un dolo de evitación expresado como deber de no emprender la acción riesgosa.²⁸⁶

5. ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO.

Aunado al dolo, el delito de terrorismo tiene como elementos subjetivos del injusto a "la provocación, creación, o mantención de un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella".

Provocar es el acto de excitar, incitar, inducir a un ser humano a que ejecute un comportamiento determinado. Por su parte, el vocablo *crear* significa el acto de establecer, fundar, o introducir por pi inicia vez una cosa. Finalmente, *mantener* es proseguir voluntariamente lo que se está ejecutando.

En el ámbito jurídico-penal, el comportamiento terrorista de un ciudadano de provocar, crear, o mantener un determinado estado de terror -zozobra, alarma o terror- significa que la interpretación correcta de este elemento es el ser considerado dogmáticamente como un elemento de tendencia interna trascendente.

6. PENALIDAD DEL TIPO BASE

El legislador ha establecido como límite mínimo del marco de la pena abstracta para el delito de terrorismo en veinte años.

²⁸⁵ Sentencia de la Primera Sala Penal para Procesados con Reos en Cárcel del 24 de noviembre del 2004, Caso Utopía

²⁸⁶ García caveno, "La normativización del dolo en el derecho penal. ¿Por qué no debe entenderse más el dolo como conocimiento y voluntad?", cit., p. 84.

El Decreto Legislativo N° 921, que establece el régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional y el límite máximo de la pena para los delitos previstos en el Decreto Ley N° 25475, ha establecido que:

*"La pena temporal máxima para los delitos previstos en el artículo 2°, 3°, incisos 'b' y 'c', 4° y 5° del Decreto Ley N° 25475 será de cinco años mayor a la pena mínima establecida en los mismos".*²⁸⁷

Aunado a ello, el Decreto Legislativo N° 922, que conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC²⁸⁸ regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y además establece normas sobre el proceso penal aplicable, ha señalado en su artículo 1° lo siguiente:

"El presente Decreto Legislativo establece las normas aplicables a la nulidad de los procesos por traición a la patria derivados de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI/TC, además, reglas de competencia y reglas procesales específicas aplicables a los nuevos procesos, así como la revisión de las penas y adecuación del tipo penal en el caso del artículo 316° segundo párrafo del Código Penal y el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475".

6.2. TERRORISMO AGRAVADO

El **Artículo 3°** del Decreto Ley 25475 regula el delito de terrorismo agravado el cual señala; la pena será:

a. Cadena Perpetua:

- Si el agente pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista sean en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización.
- 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 clan fuere el medio empleado.

b. Privativa de libertad no menor de treinta años:

- Si el agente es miembro de una organización terrorista que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el artículo 2° de este Decreto Ley

Igual pena será aplicada al delincuente terrorista que directamente intervenga provoque la muerte de personas o tenga participación en tales acciones.

-Si el daño a los bienes públicos o privados impide, total o parcialmente, la prestación de servicios esenciales para la población.

²⁸⁷ Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 921, publicado el 18 de enero de 2003.

²⁸⁸ Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de enero de 2003.

c. Privativa de libertad no menor de veinticinco años:

- Si el agente miembro de una organización terrorista se vale de extorsión, asalto, robo, secuestro de personas, o se apropia por cualquier medio ilícito de dinero, bienes o servicios de una autoridad o de particulares.

- Si el agente hace participar a menores de edad en la comisión de delitos de terrorismo.

-Si como efecto los hechos contenidos en el artículo 2º de este Decreto Ley, se producen lesiones graves a terceras personas.

Según Bramont Arias Torres²⁸⁹, las agravantes pueden clasificarse de la siguiente manera:

Por la calidad de sujeto:

Si el agente pertenece al grupo dirigenal 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 (art. 3 a), primer párrafo, del D.L. N° 25475); la pena será de cadena perpetua.

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 (art. 2 a), segundo párrafo. Del D. L: N° 25475): la pena será de cadena perpetua.

Si el agente es miembro de una organización terrorista que, para lograr sus fines, cualquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el tipo base (art. 3 del D.L. N° 25475): la pena será privativa de libertad no menor de 30 años.

Por los medios empleados:

Si el agente miembro de una organización terrorista se vale de extorsión, asalto, robo, secuestro de personas, o se apropia por cualquier medio ilícito de dinero, bienes o servicios de una autoridad o de particulares (art. 3 del D. L.N° 25475); la pena será privativa de libertad no menor de 25 años.

Si el agente hace participar a menores de edad en la comisión del delito de terrorismo (art. 3 del D.L. N° 25475): la pena será privativa de libertad no menor de 25 años.

Por el resultado:

Cuando se cause la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental, dañen a la propiedad pública o privada, utilizando coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares: este supuesto constituye, a su vez, un delito de traición a la patria según lo dispuesto por el Art. 1 a) del D.L. N° 25659. Su pena será de cadena perpetua.

Por el peligro:

²⁸⁹ Bramont Arias Torres, manual de Derecho Penal parte Especial, 1998.p 561-562.

Cuando de cualquier manera se pueda generar grave peligro para la población: es un delito de traición a la patria conforme al art. 1 a), in fine, del D. L. N° 25659, castigado con pena de cadena perpetua.”

Como puede apreciarse la fórmula del tipo de terrorismo agravado, es materialmente idéntica al tipo de terrorismo simple. Al que se agrega determinados elementos o circunstancias que importan una mayor gravedad del injusto, y que justifica la agravación de la pena.

Pero la situación se agravó cuando la formulación sufrió variaciones cuando se promulgó el Decreto Ley 25659 que tipifica el delito de traición a la patria. La mencionada ley en su artículo 2° dispuso que constituye delito de traición a la patria en condición de comportamientos típicos autónomos, la pertenencia al grupo dirigencial de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente, así como la integración en grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas.

El inciso a y b del artículo 1 del decreto ley 25659 regulaban los mismos supuestos que el inciso a del artículo 3 del Decreto Ley 25475. la diferencia radicaba en que el primero, los supuestos constituían por sí mismos tipos autónomos, sin que haya necesidad de ser ligados a un tipo base. Pero en definitiva, los incisos a y b del artículo 1 del decreto ley 25659 derogaron en forma tácita el inciso a del art.3 del Decreto Ley 25475.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Lori Berenson ha señalado²⁹⁰, que las definiciones **de los delitos de terrorismo y traición a la patria** utilizaban expresiones comunes a ambos tipos, idénticas o coincidentes en relación con las conductas típicas, los elementos con los que se realizaban, los objetos o bienes contra los cuales iban dirigidas y los efectos que tenían sobre el conglomerado social. Esto descaracterizaba la traición a la patria y acercaba esta figura delictiva a la de terrorismo, hasta el punto de asimilarla con ella. La similitud o identidad de elementos típicos permitió que comportamientos que podían quedar encuadrados en la descripción de terrorismo pudiesen ser considerados, asimismo, como traición a la patria, con la obvia consecuencia de que fuesen materia de conocimiento por las autoridades militares, a través de procedimientos abreviados, exentos de garantías ante jueces "sin rostro", excluyendo así a la jurisdicción ordinaria que conocía de los casos de terrorismo.

En el fundamento 118, la Corte señaló que "ambos Decretos Leyes (25475 y 25659) se referían a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos [...] y de la 'propia policía [Dincote]'".

En el fundamento 119 *ha afirmado la Corte:*

“La existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afectaba la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. En efecto, la calificación de los hechos como traición a la patria implicaba que conociera de ellos un tribunal militar 'sin rostro', que se juzgara a los inculcados bajo un procedimiento

²⁹⁰ Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. sentencia del 25 de noviembre de 2004 [fondo reparaciones y costas]

sumarísimo, con reducción de garantías, y que les fuera aplicable la pena de cadena perpetua”.

En el fundamento 120 se indica que La sentencia condenatoria expedida por el fuero militar en contra de la señora Lori Berenson por el delito de traición a la patria y las demás resoluciones adoptadas en dicha jurisdicción fueron emitidas con base en una legislación incompatible con la Convención Americana.

Del mismo modo, El Tribunal Constitucional en la Sentencia de Inconstitucional N° 010-2002 AI/TC señaló que la creación del delito de traición a la patria y el otorgamiento de competencia a los tribunales militares para juzgar civiles por este delito ha sido uno de los aspectos más cuestionados desde que se promulgó el decreto ley 25659. Dicho decreto calificó como traición a la patria algunas figuras agravadas del delito de terrorismo, tales como la utilización de coches bomba, el almacenamiento o posesión ilegal de armas, la pertenencia al grupo dirigencial, la pertenencia a los pelotones de aniquilamiento y el suministro de información para favorecer la colocación de coches bomba

En opinión 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”. En mérito de dichas razones el Tribunal estima que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° del decreto ley 25659 y por conexión, debe extender los efectos a los artículos 3°, 4°, 5° y 7° del mismo decreto. Por idéntica razón son inconstitucionales los artículos 2°, 3° y 4° del decreto ley 25744.

Como consecuencia de ello el Tribunal Constitucional declara que el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325° del Código Penal mantiene su plena eficacia puesto que no había sido derogado sino que se encontraba en suspenso.²⁹¹

Sobre el juzgamiento de civiles por militares el Tribunal hace suyo los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidos en las sentencias de los casos Castillo Petruzzi y Cantoral Benavides y señala que “la autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al Juez natural”. Para el TC si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado “en el sentido que se ha venido efectuando”, esta no es la única interpretación, ya que una interpretación literal supone que dicho artículo “no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria y terrorismo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”.²⁹²

Por tales fundamentos el TC considera inconstitucionales el artículo 4° del decreto ley 25659 y el artículo 2° del decreto ley 25880298 y, por conexión, también los artículos 2° y 3° del decreto ley 25708299. Esta declaración de inconstitucionalidad pone punto final a

²⁹¹ Comisión de la Verdad y la Reconciliación 2003.p.521

²⁹² Comisión de la Verdad y la Reconciliación 2003.p.521.522

la competencia de los tribunales castrenses para juzgar civiles y además constituye una pauta fundamental para el proceso de reforma de la justicia militar.

6.3. ACTOS DE COLABORACION CON EL TERRORISMO

En cuanto a los actos de colaboración en el delito de terrorismo, éstos se encuentran tipificados en el art. 4 del D. L. 25475, en concordancia con los arts. 1 y 2 del D.L. 25659.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, pero debe de tenerse en cuenta lo dispuesto por el inciso segundo del art. 20 CP. Para los menores de quince años. Sujeto pasivo es la colectividad. Esto significa que el sujeto activo ayuda o facilita, con pleno conocimiento, los actos terroristas o los fines de un grupo terrorista, lo cual se diferencia de la participación directa en tales actos, supuesto incluido en el tipo base de terrorismo (art. 2 del D. L. 25475) (BRAMONT-ARIAS TORRES 1998: 563).

Se mencionan una serie de actos de colaboración, aunque no constituye una enumeración taxativa: suministrar, proporcionar, divulgar informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilitar el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso de actos terroristas: constituye delito de traición a la patria (art. 2 c) del D.L. 25659) castigado con pena de cadena perpetua. Aquí se tipifica lo que se conoce como ‘comandos informativos’ o ‘confidentes’.

La cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento o de otros medios susceptibles de ser destinados a ocultar personas o servir de depósito de armas, explosivos, propaganda, víveres, medicamentos, y de otras pertenencias relacionadas con los grupos terroristas o con sus víctimas (art. 4 b) del D.L. 25475): la pena prevista es privativa de libertad no menor de veinte años. Es lo que se conoce con el nombre vulgar de ‘cárceles del pueblo’.

Es necesario indicar que se reprime sólo la cesión o utilización, no requiriéndose en el caso concreto que efectivamente se haya ocultado a personas que se hayan depositado determinados bienes (BRAMONT-ARIAS TORRES 1998: 564-567).

El traslado a sabiendas de terroristas o personas pertenecientes a grupos terroristas o vinculadas con sus actividades delictuosas, así como la prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos (art. 4 c) del D. L. 25475): la pena será privativa de libertad no menor de 20 años.

La organización de cursos o conducción de centros de adoctrinamiento e instrucción de grupos terroristas, que funcionen bajo cualquier cobertura (art. 4 d) del D.L. 25475: la pena será privativa de libertad no menor de 20 años.

La fabricación, adquisición, sustracción o suministro de materiales explosivos o cualquier otro que pudiera producir muerte o lesiones. Constituye circunstancia agravante la ocultación de armas, municiones o explosivos que pertenezcan a las FF.AA. y Policía Nacional del Perú (art. 4 e) del D. L. 25475): la pena será privativa de libertad no menor de 20 años.

Almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o 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 de terrorismo: esto constituye delito de traición a la patria (art. 1 b) del D.L. 25659): la pena es de cadena perpetua.

Se reprime con pena privativa de la libertad no menor de 20 años o cadena perpetua, según lo indicado, y pena accesoria de multa de 60 a 365 días-multa (art. 11 del D. L. 25475).

Castañeda Serrano indica que el rol jurídico del *colaborador*, según las reglas de la autoría y participación criminal fijadas en la parte general del derecho penal -desarrolladas en la jurisprudencia del subsistema de justicia antiterrorista-, consiste en que toda persona que integra la estructura organizativa de un grupo terrorista es un sujeto que *pertenece*, que *actúa desde dentro*. Aquí se encuentra el primer rasgo diferenciador, el colaborador no integra la organización, su apoyo lo materializa *desde fuera*. La pertenencia supone un grado mayor de *comunidad* con los fines y actividades de la banda, mientras que la mera colaboración se sitúa en el nivel más bajo y periférico.

Para comprender esto, es necesario recurrir a las reglas materiales de imputación. Así, el rol jurídico del colaborador viene determinado por su posición material respecto al bien jurídico protegido. El miembro de la organización se encuentra integrado en el esquema jerárquico estable que le mantiene permanentemente a disposición de los fines e instrumentos que determinan la calificación como terrorista. El sujeto perteneciente a la organización aporta permanentemente su actividad a la de la organización. El colaborador, en cambio, aporta actuaciones consistentes en delitos comunes, pero el desvalor que recae sobre su comportamiento se basa en el acto concreto que aporta a la organización, desprovisto del desvalor por la dedicación permanente a la actuación terrorista que recae sobre el miembro perteneciente²⁹³.

Debe quedar claro que mientras la pertenencia al grupo indica integración en la organización con aportación permanente de las actividades a la actividad organizativa; en cambio, la actuación al servicio o en colaboración indica una actuación episódica y sin integración permanente. Por último, la colaboración requiere, obviamente, la conciencia de la aportación a los fines terroristas mediante la realización del comportamiento concreto.

*“Los delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista son tipos penales autónomos y, como tal, están contemplados en normas jurídicas específicas: artículos 5° y 4°, respectivamente, del Decreto Ley N° 25475, y que por su propia naturaleza son implicantes entre sí, por lo que no se puede admitir, en ningún caso, supuestos de concurso ideal”.*²⁹⁴

²⁹³ Castañeda Serrano. Ob Cit

²⁹⁴ RN N° 3044-2004. Lima. Del 1 de diciembre de 2004, en normas legales N°5. Trujillo 2004.p.391

En el Caso LORI BERENSON MEJÍA la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹⁵ fundamento 125 señala que la colaboración no constituye una forma de participación en el terrorismo, sino un delito autónomo en el que incurre quien realiza determinados actos para favorecer actividades terroristas. Desde luego, la apreciación sobre la existencia, en su caso, de actos de colaboración, debe hacerse en conexión con la descripción típica del terrorismo. La formulación de los delitos de colaboración con el terrorismo, no presenta, a juicio de la Corte, las deficiencias que en su momento fueron observadas a propósito del delito de traición a la patria. Este Tribunal no estima que dichos tipos penales sean incompatibles con lo dispuesto en el artículo 9º de la Convención Americana.

La Corte Suprema de Justicia del Perú ha dejado en claro cuáles son los elementos típicos de este delito:

*“[E]l delito de colaboración terrorista: a) es un delito de mera actividad y de peligro abstracto —no requiere que los actos perpetrados estén causalmente conectados a la producción de un resultado o de un peligro delictivo concreto, aunque es obvio que requiere de una acción apta en sí misma para producir un peligro al bien jurídico (idoneidad potencial de los actos de favorecimiento), delito que es independiente de las posibles acciones o actos terroristas—; b) importa la comisión de actos preparatorios —realizar, obtener, recabar y facilitar actos de colaboración— especialmente castigados como favorecimiento de la comisión de actos terroristas y de los fines de un grupo terrorista —anticipación de la barrera de protección penal que se justifica en la importancia de los bienes jurídicos fundamentales que afecta el terrorismo y en la objetiva peligrosidad que las conductas de colaboración adquieren en la actividad terrorista, esto es, en la prevención de conductas gravemente dañosas para la comunidad—; c) es un delito residual o subsidiario, pues que se castigan los hechos siempre y cuando no se llegue a producir un resultado típico determinado —en tanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento—, pues de ser así —en virtud del principio de absorción— se castigará como coautoría o participación del delito efectivamente perpetrado; y d) el dolo del autor está integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida por los grupos terroristas; que, asimismo, el sujeto activo de este delito solo puede serlo aquella persona que no pertenece o no está integrada a una organización terrorista es decir por un **extraneus**; que como señala la doctrina penalista mayoritaria, una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de asociación terrorista, siendo de resaltar que los sujetos integrantes de aquella pueden realizar sin duda las actividades típicas de colaboración o favorecimiento, pero en tal caso no están sino haciendo patente su condición de afiliado”.*²⁹⁶

En esta línea jurisprudencial, la Corte Suprema también ha desarrollado características de los actos de colaboración terrorista:

“Los actos de colaboración [terrorista] típicamente relevantes, en primer lugar, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista, y, en segundo lugar, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas [...]; la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin: favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que, asimismo, es de acotar que cuando el tipo penal hace mención a 'cualquier acto de colaboración' o [...] actos de colaboración que a continuación detalla [...]

²⁹⁵ En el caso Lori Berenson Mejía, la corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Perú sentencia del 25 de noviembre de 2004 [fondo reparaciones y costas]

²⁹⁶ Consulta N°126-2004, Lima, Precedente Vinculante, del 20 de diciembre de 2004, Sala Penal Permanente en san Martín Castro, César, jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte suprema. Palestra, Lima 2006. p 126

*tienen un valor meramente ejemplificativo, es decir, no constituyen una enumeración taxativa”.*²⁹⁷

Respecto a las características típicas que permiten calificar un comportamiento como jurídico-penalmente relevante para el delito de colaboración terrorista, se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Que, por otro lado, el tipo penal identifica o precisa seis actos de colaboración, aun cuando en el primer párrafo se inclina por una definición amplia de su contenido general —así: 'cualquier tipo de bienes o medios [...] cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos [...]'—; que en la descripción de los actos de colaboración el legislador utiliza fórmulas abiertas para evitar lagunas de punibilidad —verbigracia: '[...] cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos terroristas o grupos terroristas [...] prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos (personas pertenecientes a grupos terroristas)'—; que, pese a ello, en aras del respeto al principio general de seguridad jurídica y al principio penal de *lex stricta*, es del caso puntualizar que la interpretación que ha de presidir dichas fórmulas típicas necesariamente será restrictiva y, por ende, corresponde asumir la vigencia de la cláusula implícita de equivalencia en cuya virtud las conductas de colaboración típicamente relevantes solo serán aquellas que importen una evidente gravedad e intrínseca idoneidad del acto realizado por el agente en función a la entidad de las actividades terroristas y a las finalidades de los grupos terroristas”.*²⁹⁸

En este delito, los riesgos relevantes según el contexto se perciben en las exigencias requeridas tanto por el tipo objetivo como el tipo subjetivo. Comprendiendo ello, la Corte Suprema ha expresado:

*“Es de precisar que el tipo penal previsto en el artículo 4° del Decreto Ley N° 25475, castiga supuestos de colaboración genéricas -más allá que, luego del primer párrafo, la norma penal identifique concretos supuestos de colaboración-, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista -como Sendero Luminoso-, en cuya virtud los agentes delictivos voluntariamente y a sabiendas de su finalidad ponen a disposición de la organización y de sus miembros determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura, servicios o depósitos de cualquier tipo, que la organización obtendrá más difícilmente -o, en determinados casos, les sería imposible obtendría- sin dicha ayuda externa -el tipo subjetivo, el dolo en este delito, implica tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo-; que en estos aportes externos, al margen de la adhesión ideológica a la organización terrorista no exigidos por el tipo penal, radica la esencia este delito, cuyo párrafo 1 castiga, alternativamente, tanto al que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios, cuanto al que realiza actos de colaboración -identificados en el párrafo siguiente-, en la medida en que -de cualquier modo- favorezcan la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que si bien es cierto, el conjunto de hechos objeto de imputación se tipificaron en un supuesto específico, incorporado en el literal b del artículo 4° del Decreto Ley N° 25475, que solo recoge los actos de cesión o utilización de alojamiento de elementos terroristas y los de depósito de bienes a favor de la organización terrorista”.*²⁹⁹

²⁹⁷ R.N. N°1062-2004. Lima. Precedente vinculante del 22 de diciembre de 2004, en San Martín Castro. César, jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte suprema. Palestra, Lima 2006. p 133

²⁹⁸ Precedente vinculante recaído en la consulta N°16-2006 Lima emitida por la Sala Penal Permanente el 20 de diciembre de 2004 en San Martín Castro. César, jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte suprema. Palestra, Lima 2006. p127

²⁹⁹ Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente RN 2005, del 31 de agosto de 2005

Como elemento subjetivo del injusto penal de colaboración terrorista, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado:

"Que el delito de colaboración terrorista [...] reprime al que se vincula de algún modo a la ejecución material de cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de los delitos de terrorismo o la realización de los fines de un grupo terrorista; que, sin perjuicio de reiterar lo expuesto en la ejecutoria suprema del veinte de diciembre de dos mil cuatro, es de agregar que los actos de colaboración típicamente relevantes, en primer lugar, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista, y, en segundo lugar, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas —no es punible el mero apoyo o respaldo moral, pues se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización—; que la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin: favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que, asimismo, es de acotar que cuando el tipo penal hace mención a 'cualquier acto de colaboración' o '[...] actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo' se entiende que los actos de colaboración, que a continuación detalla (cinco o seis, según las leyes), (jene un valor meramente ejemplificativo, es decir, no constituyen una enumeración taxativa".³⁰⁰

6.4 LA ASOCIACION TERRORISTA

El **Artículo 5° del Decreto Ley 25475** establece: Los que forman parte de una organización terrorista, por el sólo hecho de pertenecer a ella, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de 20 años e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia.

El delito de pertenencia a una organización terrorista es específico y agravado respecto al delito de agrupaciones ilícitas (art. 317° C.P.); específico porque sólo afecta a determinados tipos de organizaciones, las terroristas; y agravado por la pena asignada a este comportamiento (BRAMONT-ARIAS TORRES 1998: 568).

Sujeto activo puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo es la colectividad. El comportamiento consiste en formar parte, esto es, pertenecer a una organización terrorista. Es menester que la organización tenga como propósito el hecho de cometer actos de terrorismo. Si el fin fuera otro, aunque ilícito o inmoral, no se cumpliría el tipo analizado. No bastan los meros actos preparatorios del acuerdo común ni tampoco es suficiente el simple cambio de ideas o conversaciones acerca del fin; es preciso el propósito firme y deliberado de perpetrar actos de terrorismo. El delito se consuma con la formación de la organización, esto es, con su constitución o con el ingreso de quien no intervino en la fundación, y se prolonga hasta su disolución. Respecto del que es expulsado de su seno o la abandona, el delito se sigue consumando hasta que deje de pertenecer a ella, pues se trata de un delito permanente (BRAMONT-ARIAS TORRES 1998: 568-569).

³⁰⁰ Precedente vinculante recaído en la consulta N°1062-2004 Lima del 22 de diciembre de 2004 en San Martín Castro. César, jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte suprema. Palestra, Lima 2006. p133.

La Sala Penal Nacional en el expediente N° 340-93, Del 19 de abril de 2005 Fundamento décimo quinto señala que La noción de integrante extiende el ámbito de reproche penal hasta la mera adscripción o pertenencia pasiva a una organización terrorista como lo es Sendero Luminoso, debiendo entenderse que la participación en calidad de integrante puede también comprender ciertos comportamientos activos, como los de propaganda, asistencia a reuniones, producción, captación de adeptos, pudiendo apreciarse que la acusada Marleni Soledad Carranza Alegre, en su condición de afiliada, desarrollo una serie de tareas para el sector salud de Socorro Popular como la de captar nuevos adeptos, conseguir medicinas, locales para intervenciones quirúrgicas, dar charlas, etcétera, en aras de favorecer la actividad de la organización terrorista de Sendero Luminoso que desarrollo una sistemática criminal como una estrategia para obtener una determinada finalidad, por lo que se puede considerar afiliado a la organización tanto al "socio pasivo" como al "activo". No obstante, en el ámbito de la represión del terrorismo basta con ser "mero afiliado" o "socio pasivo", para que la conducta resulte punible. La planificación de acciones terroristas para la consecución de unos objetivos, son objetivos que pertenecen a todos los integrantes del grupo como tal y no de cada uno de sus miembros, ya que estamos frente a un grupo organizado caracterizado por elementos de jerarquía, permanencia, planificación de medios y objetivos. En conclusión la conducta que realizó la acusada lo hizo como miembro del Comité de Dirección de la célula de Salud del Departamento de Apoyo de Socorro Popular de la organización terrorista Sendero Luminoso, siendo conocida como "Isabel" hechos que se desarrollan a partir del año de mil novecientos ochentisiete, fecha en la que comienza a hablarles a sus colegas de la organización terrorista Sendero Luminoso, al mismo tiempo que los obligaba a la entrega de medicamentos, a una atención especial a los "presos políticos", como la realización de operaciones a miembros de Sendero Luminoso fuera de sus centros de trabajo, labor que se prolongó hasta el momento de su detención, dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y tres.

DISTINCIONES ENTRE EL DELITO DE COLABORACIÓN CON EL TERRORISMO Y AFILIACIÓN A ORGANIZACIONES TERRORISTAS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso García Asto y Ramírez Rojas, fundamento 199³⁰¹ observa que los delitos de colaboración con el terrorismo y afiliación a organizaciones terroristas son tipos penales que por sus características son excluyentes e incompatibles entre sí. En este mismo sentido, el 10 de marzo de 2003 el Primer Juzgado Especializado Penal en Delito de Terrorismo (supra párr. 97.32), al momento de dictar el auto de apertura de instrucción en la vía ordinaria por el delito de afiliación a organizaciones terroristas en el segundo proceso seguido en contra del señor Wilson García Asto, señaló que:

[...] en [el delito de] asociación terrorista... [s]e castiga la sola integrancia [sic] de una organización, con independencia de la realización o no de actividades[.] [...] En cambio el colaborador es una persona ajena a la organización [...]. La gran diferencia entre el integrante de una organización terrorista y un colaborador reside [en] que el primero es miembro de la organización realizando actos 'intranens', el segundo es cualquier persona que no pertenece a la organización, realiza actos 'extranens'.

En el fundamento 200, El Tribunal estima que calificar una conducta con ambos tipos

³⁰¹ Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 [excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas]

penales, colaboración con el terrorismo y afiliación a organizaciones terroristas establecidos en los artículos 4° y 5° del Decreto Ley N° 25475, respectivamente incompatible con el principio de legalidad establecido en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], por tratarse de tipos penales excluyentes e incompatibles entre sí.

En el fundamento 201. se indica que el artículo 4° del Decreto Ley N° 25475 describe numerosas y diferentes conductas penales que constituyen el delito de colaboración con el terrorismo. El tribunal nacional omitió especificar en su sentencia cuál o cuáles de esas conductas eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito.

6.5. INCITACION TERRORISTA

Artículo 6° del Decreto Ley 25475 establece:

Será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de doce ni mayor de veinte, el que mediante cualquier medio incitare a que se cometa cualquiera de los actos que comprende el delito de terrorismo.

Sujeto activo puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo es la colectividad.

El comportamiento consiste en incitar a que se cometa un acto terrorista. Incitar se entiende en el sentido de instigar o provoca. Esta incitación tiene que ser determinada, es decir, estar referida a un determinado acto de terrorismo, la simple propaganda de ideas o una manifestación indeterminada no constituyen delito. No se exige que la incitación sea pública, esto es, que llegue a un grupo indeterminado de personas, pero sí se requiere que la incitación esté encaminada a procurar la comisión de un acto terrorista. Se requiere el dolo, es decir, el conocimiento y voluntad de incitar a cometer un acto terrorista. La consumación tendrá lugar en el momento en que se hace la incitación, la tentativa será posible cuando se use algún medio escrito o impreso cuya circulación ya se haya iniciado pero aún no ha llegado a su destino (BRAMONT-ARIAS TORRES 1998: 570-571).

6.6. LA APOLOGIA AL TERRORISMO

El Artículo 7° del Decreto Ley 25475 regula:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.

La apología supone una alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia. La apología es la exaltación sugestiva, el elogio caluroso, es alabar con entusiasmo. En consecuencia, los tipos penales en referencia sancionan la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones terroristas tipificadas en el Decreto Ley N.° 25475 (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 03.01.2003).

Cabe precisar que la apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. La instigación se realiza con relación a un sujeto determinado y para la perpetración de un hecho concreto. En cambio, en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista. De lo

expuesto se colige que cuando la conducta consiste en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, ya sea a través del elogio o de cualquier otra forma directa o indirecta, es de aplicación el tipo penal de incitación previsto en el artículo 6° del Decreto Ley N° 25475 (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 03.01.2003).

Si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones, sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo. Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por esos delitos (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 03.01.2003).

En realidad, estos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 03.01.2003).

El delito de apología al terrorismo contemplado en el artículo 7° del Decreto Ley N° 25475 fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 010-2002-AI/TC en su fundamento jurídico 85:

“Si bien la Apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias, del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo. [...]. Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por esos delitos”.

Es pertinente recordar las precisiones que el Tribunal Constitución formuló a su declaración de inconstitucionalidad:

“Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, per se, inconstitucional, toda vez, que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad de los estudiantes, a la par de bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales. El Tribunal Constitucional, además, destaca el hecho de que la apología del delito está tipificada en el artículo 316° del Código Penal de 1991, que dispone:

“El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni

mayor de seis años'.

No obstante, como ya antes este Tribunal Constitucional ha sostenido, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las libertades de información y expresión son consustanciales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano. Sin embargo, aun en esos casos, la represión penal de esas manifestaciones u expresiones, deben realizarse con el escrupuloso respeto de los límites a los que el ius puniendi estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas”.

Efectivamente la apología es sancionada en el tercer párrafo del artículo 316° del Código Penal vigente, el mismo que fue adicionado por el Decreto Legislativo N° 924 del 20 de febrero de 2003.

6.7. OBSTRUCCION DE LA ACCION DE LA JUSTICIA

El **Artículo 8°** del Decreto Ley 25475 señala

El que por cualquier medio obstruya, dificulte o impida la acción de la justicia o las investigaciones en curso sobre delito de terrorismo, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El bien jurídico protegido principalmente es la recta administración de justicia. Sujeto activo puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo es la Administración de justicia. El comportamiento consiste en obstruir, dificultar o impedir, por cualquier medio, la acción de la justicia o las investigaciones en curso sobre delito de terrorismo. En cuanto a la tipicidad subjetiva, se requiere el dolo, es decir, el conocimiento y voluntad de que se obstruye o impide la acción de justicia (BRAMONT-ARIAS TORRES 1998: 575).

El decreto ley N° 25475, que amplió y reguló con excesiva flexibilidad las figuras de terrorismo, asociación, colaboración y apología; incrementó el mínimo de la pena a veinte años, introduciendo la cadena perpetua para diversos supuestos. Amplió las atribuciones policiales en la investigación prejudicial, con potestad de incomunicación y traslado del detenido, así como con autorización a las Fuerzas Armadas para realizar detenciones en ausencia de la Policía.

Una severa vulneración al derecho de defensa se produjo al limitar la actuación del abogado a poder patrocinar simultáneamente sólo a un encausado por terrorismo a nivel nacional. Se afectó la apreciación y discrecionalidad de jueces y fiscales, al prohibir el otorgamiento de cualquier beneficio procesal durante el juicio; se prohibió ofrecer como testigos a quienes habían participado en el acto de detención policial. El juicio podía realizarse en audiencias privadas, en lugares habilitados en establecimientos penales, ante magistrados “anónimos”.

Se prohibió todo beneficio penitenciario, con reclusión en centros de alta seguridad, aislamiento celular durante el primer año, detención en celdas unipersonales para los sentenciados y fuerte restricción al régimen de visitas.

La Constitución de 1993 convalidó algunas de las normas y medidas antiterroristas adoptadas durante el Gobierno de Alberto Fujimori.

Así, se extendió las competencias de la Jurisdicción Militar para poder incluir el juzgamiento de civiles en los casos de delitos de Traición a la Patria o de Terrorismo que señale la ley; sus fallos no pueden ser revisados o recurridos ante el Poder Judicial, salvo en caso de pena de muerte recurrible ante la Corte Suprema (Art. 173°).

Ello vulnera el derecho al juez natural y a la jurisdicción ordinaria. También se extendió la aplicación de la pena de muerte a los delitos de Traición a la Patria, en caso de guerra, y al de Terrorismo (Art. 140°) a diferencia de la Constitución de 1979, que sólo estipulaba la pena de muerte por Traición a la Patria en caso de guerra exterior (EGUIGUREN, 2001).

El régimen de Fujimori buscó en todo momento “legitimar” el conjunto de la legislación antiterrorista dictada, así como justificar su contenido violatorio de normas internacionales y constitucionales, con el argumento que no podía enfrentarse con eficacia al accionar subversivo y terrorista dentro de los marcos normativos propios del respeto a los derechos humanos; es más, se insinuaba que no haber seguido ese camino había sido la causa del fracaso e incapacidad de los gobiernos anteriores para acabar con el terrorismo.

Con el mensaje solapado de que el fin justifica los medios, y que de lo que se trataba era de eliminar el terrorismo con rapidez y severidad, primero se aprovechó la nueva Constitución de 1993 para “validar” la legislación inconstitucional dictada durante el régimen de facto y luego, ante la evidencia de que aun así ésta violaba pactos internacionales, se optó por intentar burlar o desconocer dichos compromisos (EGUIGUREN, 2001).

7. LAS LEGISLACIONES ANTITERRORISTAS EN EL PERU

7.1. La Legislación Antiterrorista en la Década de los 80.

I.- Gobierno de Fernando Belaunde Ferry (1980-1985):

El Decreto Legislativo N° 046 (10 de marzo de 1981).

Reguló la tipificación y sanción del delito de terrorismo. Por ser la primera norma de represión al terrorismo, tiene connotación y relevancia en la sociedad debido a que constituye en aquel tiempo, la medida de solución dentro de la política antiterrorista, pues tiene algunas características como la imposición de penas que eran drásticas para dicho periodo.

Ley 23414, publicada el 1 de junio de 1982, reguló la transferencia de competencia.

A pesar de la promulgación de estos dispositivos legales en materia antiterrorista, la secuela de las acciones delictivas terroristas iban acrecentándose de tal suerte que la convivencia pacífica en nuestro país se tornaba insostenible.

II.- Gobierno de Alan García (1985-1990):

Dentro del siguiente periodo (1985 a 1990) e inclusive hasta los primeros días de abril de 1992, el ordenamiento jurídico penal en esta materia sufre variaciones, dándose normas legales significativas, entre las más importantes:

La Ley N° 24651, 20 de marzo de 1987, dispositivo que deroga el Decreto Legislativo N° 046, tipifica e introduce en el Código Penal de 1924 el Art.288° una sección denominada “De los delitos de Terrorismo”, capta nuevas modalidades como la extorsión y el secuestro con fines terroristas y prohíbe todo tipo de libertades a terroristas, a la vez que promueve la imposición de penas más severas, otorga beneficios atenuantes y eximentes, así como deja sin efecto la figura de la apología.

La Ley N° 24700, del 24 de junio de 1987. Que estableció las normas de procedimiento para la investigación policial, la instrucción, y el juzgamiento de delitos cometidos con propósito terrorista. Se otorga facultades a los abogados. En la etapa de la investigación policial se dispone que el Fiscal Provincial asuma la dirección de la misma.

La Ley 24953 del 25 de noviembre de 1988. que modifica los incisos del Art.288° del Código Penal, establece la pena de internamiento para estos delitos, agrega una nueva modalidad como el secuestro de vehículos, naves, etc y recoge nuevamente la figura de la apología, entre otros aspectos.

La Ley N° 25031, del 2 de junio de 1989, por la cual se modificó los artículos 2, 3, 4 y 5 de la ley 24700. Devuelve a la policía nacional la Dirección de la investigación policial.

7.2. La Legislación Antiterrorista en la Década del 90.

Gobierno de Alberto Fujimori (1990-1995; 1995-2000 (julio); 2000 (julio); 2000 (noviembre):

Se promulga el nuevo Código Penal por Decreto Legislativo N° 635 del 03 de abril de 1991. Que incorporó en el Título XIV el capítulo Delito contra la Tranquilidad Pública ubicándolo en los **artículos 319° al 324°**, en el que reguló la tipificación y sanción del delito de terrorismo. Pese a ello, el terrorismo había alcanzado un nivel alto que los atentados y las muertes de autoridades, policiales, militares, empresarios y civiles en general ocurrían en forma cotidiana, de tal forma que los instrumentos implantados por el gobierno resultaban ineficaces.

En el mes de abril de 1992, el Gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, toma la decisión de declarar el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, estableciendo las bases correspondientes en el Decreto Ley N° 25418, en el cual se impone una nueva política de pacificación; para tal efecto, deja en suspenso la Constitución Política de 1979, en cuanto se oponga a la Reconstrucción Nacional del país. Una de las primeras medidas para la lucha frontal contra el terrorismo en el marco jurídico, fue expedir leyes penales especiales y drásticas, como en efecto resultó ser el **Decreto Ley N° 25475 del 5 de mayo de 1992**, conocida como la ley que reprime el delito de terrorismo, norma sustantiva penal con características especiales en tanto otorga facultades a la Policía Nacional y al Ministerio Público, así como a las autoridades judiciales, se impone la cadena perpetua, dispone la apertura de instrucción con detención y el nombramiento secreto de los Vocales. Es preciso anotar que la Ley 25475 (Ley Antiterrorista), no obstante, su carácter sustantivo, también estableció un procedimiento especial para la investigación policial y para el proceso

judicial, pues otorgó a la Policía Nacional, específicamente a la dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), el carácter sistémico para la investigación del delito de terrorismo a nivel nacional, sin ninguna restricción, así como otorgó facultades a la fuerza Armada, para que puedan detener y ponerlos de inmediato a disposición de la Policía más cercana; asimismo otorga a la policía la atribución de incomunicar al implicado en caso necesario, por el término de ley (10 días), comunicando al Ministerio Público y al Juez Penal: prohibió la procedencia de las acciones de garantía, la misma que fue posteriormente restituida mediante la Ley N° 26248 de 24 de noviembre de 1993; de igual forma, inicialmente se reguló el derecho de defensa, limitándose el patrocinio a no más de un encausado; posteriormente se deroga esta prohibición, de tal suerte que a la fecha el ejercicio del derecho de defensa se encuentra restituida y garantizada.

Esta norma jurídica es la que, retomando la concepción definitoria del delito de terrorismo establecida en la primigenia norma antiterrorista, Decreto Legislativo n° 046 de 1981, procede a tipificar el delito de terrorismo y señala sus modalidades: terrorismo agravado, actos de colaboración, asociación ilícita con fines terroristas, incitación apología y los actos de obstrucción a la investigación policial y proceso judicial.

Dentro de este contexto, se materializa el principio de la drasticidad de la ley “la ley es dura, pero es la ley”, al imponer drásticas sanciones como la cadena perpetua, la más alta dentro de las categorías de las penas y aplicable cuando el delincuente terrorista se encuentra incurso en la modalidad agravada de terrorismo.

El Decreto Ley N° 25916, del 2 de diciembre de 1992, por el cual se mantuvo la prohibición de beneficios penitenciarios y procesales para el delito de terrorismo.

La Ley N° 26447, del 21 de abril de 1995, por la cual se dispone el fin de los tribunales sin rostro.

El Decreto Supremo N° 01-95, del 6 de enero de 1995, por el cual se prohibió la presentación pública de los detenidos por terrorismo.

La Ley N° 26590, del 18 de abril de 1996, por la cual se agregó inciso al artículo 13 del decreto ley 25475.

La Ley N° 26537, del 13 de octubre de 1995, por la cual se establece un nuevo plazo de vigencia de los tribunales sin rostro.

La Ley N° 26671 del 11 de octubre de 1996 , por la cual se establece que a partir del 15 de octubre de 1997 el juzgamiento de los delitos de terrorismo, previsto en el Decreto Ley N° 25475 y el procedimiento recursal seguido ante los órganos jurisdiccionales pertinentes, se realizarán por los magistrados que corresponden conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes y a lo dispuesto en la presente ley, Indicando que los magistrados serán debidamente designados e identificados por el sistema de turnos, el que será determinado en su caso por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial y la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.

III.- Los Decretos Leyes N°25659, 25708, 25744, 25880, que regula la tipificación y procedimiento del delito de Traición a la Patria.

El DECRETO LEY N° 25659 del 7 de agosto de 1992 que regula el Delito de Traición a la Patria,

El mismo que establecía en el Artículo 1.- que constituye delito de traición a la Patria la comisión de los actos previstos en el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, cuando se emplean 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 declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 2.- Incurre en delito de traición a la Patria:

- a) El que pertenece al grupo dirigenal 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 suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita 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.

Artículo que también ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 3.- La pena aplicable al delito de traición a la Patria, tipificado en el presente Decreto Ley será la establecida en el inciso a) del Artículo 3 del Decreto Ley N° 25475.

Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 4.- A partir de la fecha de vigencia de dicho presente Decreto Ley, los delitos de traición a la Patria fueron de competencia del Fuero Privativo Militar, tanto en su investigación como en su juzgamiento

Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 5.- La Instrucción y el Juicio Oral para el delito tipificados en los Artículos 1 y 2 del presente Decreto Ley se sustanciarán de acuerdo al procedimiento establecido en el Artículo 13 del Decreto Ley N° 25475. Para estos casos los términos procesales fijados en dicho dispositivo se reducirán hasta en dos tercios.

Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 6.- En ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal proceden las Acciones de Garantía de los detenidos, implicados o procesados por delito de terrorismo, comprendidos en el Decreto Ley N° 25475, ni contra lo dispuesto en el presente Decreto Ley.

Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 26248, publicado el 25-11-93, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 6.- La Acción de Hábeas Corpus es procedente en los supuestos previstos en el Artículo 12 de la Ley N° 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de Terrorismo o Traición a la Patria (*), debiendo observarse las siguientes normas de procedimientos:

La frase "o Traición a la Patria" fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

1) El Juez Penal Especializado de Terrorismo es competente para conocer la Acción de Hábeas Corpus, en su defecto, es competente el Juez Penal ordinario.

2) La acción puede ser ejercida por el propio afectado o por cualquier otra persona en su nombre. En este último caso, el Juez especializado previamente debe proceder a la debida identificación del accionante.

3) Cuando varias Acciones de Garantía se hubieran interpuesto en favor del mismo ciudadano, será competente el Juez que conoció la primera.

4) No son admisibles las Acciones de Hábeas Corpus sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto.

5) Admitida la acción el Juez dispondrá la notificación inmediata al Procurador Público encargado de los asuntos de terrorismo y procederá conforme a lo dispuesto en las Leyes Nos. 23506 y 25398.

6) El Recurso de Apelación será de conocimiento de la Sala Penal Superior de Turno.

7) No cabe recusación ni excusa de los magistrados ni de los auxiliares de justicia, salvo los casos taxativos establecidos por la Ley".

Artículo 7.- Los procesos por delito de terrorismo que a la fecha de la publicación del presente Decreto Ley se encuentren en trámite ante el Poder Judicial continuarán sustanciándose en el Fuero Común, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley N° 25475,

hasta su culminación. (*)

Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

El DECRETO LEY N° 25708 del 2 de setiembre de 1992, que regula normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la Patria que establece en

Artículo 1. que en los delitos de traición a la Patria previstos en el Decreto Ley N° 25659, se aplicará el procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el Teatro de Operaciones. El Juez Instructor expedirá sentencia en el término máximo de diez (10) días naturales, pudiendo emplear supletoriamente en la sustanciación de los procesos las normas contenidas en el Artículo 13 del Decreto Ley N° 25475. (*)

(*) Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 2.- En los delitos de traición a la Patria sólo procede Recurso de Nulidad ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, cuando la pena impuesta sea la de cadena perpetua o privativa de libertad de treinta (30) o más años. Al momento de ser vista la causa por el Consejo Supremo de Justicia Militar en Recurso de Apelación, Revisión o Nulidad, el Auditor o su Adjunto integrará dicho Organismo Judicial como Vocal. (*)

(*) Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 3.- Los Ministros de Defensa y del Interior, a solicitud del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, proporcionarán las instalaciones militares, medios de transporte así como la seguridad que se requieran en el cumplimiento de las funciones del Fuero Privativo Militar. (*)

(*) Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

El DECRETO LEY N° 25744 de fecha 21 de setiembre de 1992 que regula las Normas que se aplicarán a la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como al cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la Patria previstos en el Decreto Ley N° 25659,

Establece en el Artículo 1.- que la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE), es el órgano sistémico encargado de prevenir, investigar, denunciar y combatir las actividades subversivas, de terrorismo, así como las de traición a la Patria previstas en el Decreto Ley N° 25659. Está a cargo de un Oficial General de la Policía Nacional del Perú PNP".

Artículo 2.- Durante la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como en el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la Patria a que se refiere el Decreto Ley N° 25659, se observará, en lo que fuere pertinente, lo establecido en los Artículos 12, 13, 17, 18, 19 y 20 y séptima disposición final y transitoria del Decreto Ley N° 25475, con las siguientes modificaciones:

"a) La Policía Nacional del Perú podrá efectuar la detención con carácter de preventiva de

los presuntos implicados, por un término mayor de quince (15) días, dando cuenta a la autoridad judicial de turno del Fuero Privativo Militar. A efectos de obtener mejores resultados en la investigación, el término antes referido podrá ser prorrogado por un período igual a solicitud debidamente justificada de la Policía Nacional del Perú".

"b) En la Instrucción y en el Juicio, no se podrá ofrecer como testigos a quienes, por razones de su función, hayan intervenido en la elaboración del atestado policial ni a los miembros de las Fuerzas Armadas a que se refiere el segundo párrafo del inciso a) del Artículo 2 del Decreto Ley N° 25475".

"c) Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, en ninguna de las etapas sea Investigación Policial, Instrucción o el Juicio. Están exceptuados de esta disposición los abogados defensores de Oficio". (*)

(*) Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 3.- Además de lo dispuesto en el Artículo 2 del presente Decreto Ley, son de aplicación para el delito de traición a la Patria, las siguientes restricciones:

a) Los procesados o condenados no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código Penal y el Código de Ejecución Penal.

b) Las penas privativas de libertad se cumplirán, obligatoriamente, en un centro de reclusión de máxima seguridad, con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención, y luego con trabajo obligatorio por el tiempo que dure su reclusión. En ningún caso los sentenciados podrán compartir celdas unipersonales y seguirán un régimen disciplinario especial que estará vigente hasta su excarcelación bajo responsabilidad del Director del Establecimiento.

c) Los procesados y sentenciados tienen derecho a un régimen de visitas regulado por el Sector Justicia mediante Resolución Ministerial, circunscrito única y exclusivamente a sus familiares directos. (*)

(*) Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 4.- Los bienes muebles, inmuebles, dinero y otras especies que fueran incautadas durante la investigación policial y/o judicial y que hayan sido utilizados para la comisión del delito de Traición a la Patria, serán puestos a disposición de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo, para los efectos precisados en la séptima disposición final y transitoria del Decreto Ley N° 25475. Los bienes incautados definitivamente por sentencia judicial condenatoria de sus propietarios pasarán a poder del Estado y serán afectados a los organismos públicos responsables de la defensa de la sociedad. (*)

(*) Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

El DECRETO LEY N° 25880 del 18 de noviembre de 1992. que consideran como autor de Delito de Traición a la Patria al que, valiéndose de su condición de docente influya en sus alumnos haciendo apología del terrorismo,

El mismo que reguló en el Artículo 1º.-Apología de terrorismo de docente.

El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva.

(*) Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

Artículo 2.-Fuero competente

Es de competencia del Fuero Privativo Militar el conocimiento de la comisión del delito de traición a la Patria previsto en el presente Decreto Ley, desde la etapa policial observándose, en lo que fuera pertinente, las disposiciones contenidas en los Decretos Leyes N°s. 25708 y 25744 respectivamente. (*)

(*) Artículo declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicada el 04-01-2003.

1.1. Resoluciones Administrativas de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial 510-CME-PJ de fecha 28 de octubre de 1997, 521-CME-PJ de fecha 19 de noviembre de 1997, 001-97-SPPCS-T-PJ de fecha 10 de diciembre de 1997.

A través de normas de menor jerarquía que la Constitución y las leyes precitadas, expedidas todas por la felizmente fenecida COMISIÓN EJECUTIVA DEL PODER JUDICIAL, se crearon órganos jurisdiccionales para determinados asuntos que se sometieron a decisión judicial en el área penal (delitos) y constitucional (habeas corpus y amparo), pero con una sui generis competencia “a nivel nacional”; encargando la designación tanto de los jueces de primer nivel como de apelación a una parte de los Vocales de la Corte Suprema de Justicia (HARO 2001: 8-9).

Es así que se sanciona por el Poder Legislativo, y se promulga por el Poder Ejecutivo, las leyes 26546 y 26623, por las que se crea la precitada COMISIÓN EJECUTIVA DEL PODER JUDICIAL y el CONSEJO DE COORDINACIÓN JUDICIAL, el 5 de noviembre de 1995 y el 18 de junio de 1996, respectivamente.

Tomando como base el contenido de estas normas, que suspenden muchos de los artículos que la Ley Orgánica del Poder Judicial había reservado para los órganos de gobierno y gestión de esta rama del Estado, se expidieron las denominadas “Resoluciones Administrativas” por las cuales se implementó todo un sistema de manejo corrupto del aparato judicial, el cual funcionó en una especie de doble vía: una de ellas sirvió para que el aparato político del Estado tenga el manejo de los grandes casos y áreas judiciales, y la otra para lograr la impunidad de los integrantes de la gavilla de delincuentes enquistados en los más encumbrados y cerrados círculos gubernamentales, incluyendo a las fuerzas armadas, en las oportunidades en que por alguna razón fueron procesados (HARO 2001: 9).

A continuación se presentan en orden cronológico una relación de las normas que quebraron –y algunas siguen quebrando– el orden constitucional peruano en materia de administración de justicia (HARO 2001: 9).

La mayoría de ellas ya no tienen vigencia, como consecuencia de la caída del régimen del ex Presidente Alberto Fujimori y el establecimiento de un gobierno

transitorio. Se denominan “Resoluciones Administrativas”, y son las siguientes (HARO 2001: 9-10):

Promulgación	Número	Título de la Norma
14/05/1996	97-CME-PJ	Crean la Corte Superior de Justicia especializada en delitos de tráfico ilícito de drogas
13/12/1996	286-CME-PJ	Normas complementarias para facilitar la actividad Jurisdiccional en materia de delitos de tráfico ilícito de drogas.
25/02/1997	328-CME-PJ	Dejan sin efecto Resoluciones y crean Salas Superiores y Juzgados Especializados en delitos de Tráfico Ilícito de Drogas
14/03/1997	340-CME-PJ	Dispone que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia conozca en última instancia de los procesos por delito de robo, secuestro, homicidio y extorsión
14/03/1997	339-CME-PJ	Dispone que la Primera Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia conozca en última instancia de los delitos tributarios y Aduaneros
28/10/1997	510-CME-PJ	Dispone que la Sala Penal Permanente de la corte Suprema sea el órgano rector en la conducción, supervisión y control del juzgamiento en los procesos penales por delito de Terrorismo señalados por la Ley 25475.
19/11/1997	521-CME-PJ	Dispone atribuciones de la Sala Penal Permanente para la supervisión y control de los delitos de Terrorismo, crea la Salas Superiores y Juzgados en delitos de terrorismo con competencia a nivel nacional
10/12/1997	001-97-JPPCS-TPJ	Creación de la Sala Penal Superior Corporativa con competencia a nivel nacional se integran las Primeras Salas de las Cortes Superior de Ancash, Arequipa, Callao, Cuzco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque y Puno.
05/06/1998	001-98-JPPCS-T-P	Incorporan a Magistrados de la Primera Sala Penal de Huanuco, Ayacucho, Piura y Cajamarca a la Sala Penal Superior Corporativa para casos de Terrorismo.
17/03/1998	596-CME-PJ	Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema conozcan en última Instancia procesos por

		delitos de terrorismo de la Ley 25475
22/09/1998	744-CME-PJ	Amplía facultades de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, y de las Salas Superiores y Juzgados Especializados
01/12/2000	005-2000-SP	Da por concluida las Funciones de las Salas Superiores y Juzgados Especializados en Tráfico Ilícito de Drogas y delitos Tributarios y aduaneros y otros
11/01/2001	009-2001-CT	Dispone que la Sala Corporativa Nacional de Bandas y Terrorismo Especial se integre a la Sala Superior Especializada en Delitos de Terrorismo
16/02/2001	003-2001-SP	La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia aprueba Resolución con la cual se ordena que la Sala Corporativa Nacional de Bandas y Terrorismo Especial se integre a la Sala Superior Especializada en Delitos de Terrorismo
22/02/2001	005-2001-SP	Establecen la Sala Nacional de Terrorismo y de Organizaciones Delictivas y Bandas
10/01/2003	003-2003-CE-PJ	Facultades de Supervisión y Control a nivel nacional del Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo

En primer lugar, se encarga a la COMISION EJECUTIVA DEL PODER JUDICIAL –de aquí en adelante, CEPJ- las funciones de “gobierno y gestión” de esta rama del Estado con el objeto de realizar la tan ansiada “...reforma integral de la administración de justicia.”. Por la segunda, se encarga a la precitada Comisión Ejecutiva que, en ejercicio de las atribuciones que la suspendida Ley Orgánica del Poder Judicial había señalado para el Consejo Ejecutivo, se creen nuevos Distritos Judiciales, Salas de Apelación y Juzgados diversos, cuando se requiera.

Debemos agregar que la CEPJ tuvo su vía de expresión legal en las denominadas “Resoluciones Administrativas”, que jerárquicamente son inferiores a las leyes ordinarias (HARO 2001: 12).

En este orden de ideas, es necesario recordar las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial (de aquí en adelante, LOPJ) y del Código de Procedimientos Penales (de aquí en adelante, CPP), todavía en vigencia, que inciden sobre la materia de este análisis.

Así tenemos que de manera general el artículo 7° de la LOPJ norma el otorgamiento al ciudadano del derecho a la “plena” tutela jurisdiccional dentro del marco de un “debido proceso”, agregando como un deber del Estado “facilitar el acceso a la administración de justicia” mediante la promoción y manutención de condiciones de estructura y funcionamiento que corresponda a ese fin (HARO 2001: 13).

El artículo 28 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la competencia

territorial a “nivel nacional” sólo para la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; de manera similar, pero con un ámbito geográfico de menor extensión, los artículos 36, 47 y 54 establecen el ámbito geográfico de competencia reservado tanto para las Salas de las Cortes Superiores y los juzgados especializados, y de Paz Letrados (HARO 2001: 13).

Por su parte, el artículo 11 del CPP señala los grados de los órganos que administran justicia en el área penal, que son: la Corte Suprema de la República, los Tribunales Correccionales (hoy, Salas Penales), Los Jueces Instructores (hoy, jueces penales), y los Jueces de Paz (Letrados o no).

Notemos que los Juzgados Especializados tienen competencia en una determinada circunscripción territorial llamada “Provincia”. Esto significa, por ejemplo, que una persona que comete delito en la Provincia de Chiclayo (Departamento de Lambayeque, Perú) será juzgada por magistrados que ejercen su función en y para dicha provincia, la que a su vez pertenece de un determinado Distrito Judicial (HARO 2001: 14).

Aquí conviene remarcar que el mandato contenido en el inciso 3 del artículo 139° de la CONSTITUCION POLITICA DE 1993 es extremadamente claro al establecer el derecho a un debido proceso legal, adicionando ciertas reglas por las cuales queda expresamente prohibido que una persona sea:

a. Desviada de la jurisdicción previamente determinada por la ley. Para este caso, no olvidemos que la misma Constitución establece la unidad de la función jurisdiccional y su ejercicio exclusivo por el PODER JUDICIAL, a excepción de la jurisdicción militar, por delitos de función, y la arbitral, para los casos en que así pacten las partes en conflicto. De aquí se colige que a quien le corresponde un juzgamiento por el fuero común no puede ser ajusticiado en ninguno otro por un mismo hecho (HARO 2001: 14).

b. Vinculada a un procedimiento diferente al que, antes de la comisión del hecho o acto por el cual se le juzgará, haya sido establecido también en la –y por la- ley.

c. Juzgada por tribunales que no sean los que de ordinario administran justicia; y menos aún por instancias extrañas al PODER JUDICIAL. Teniendo bien presente estas tres características que resguardan el derecho al debido proceso legal, empecemos entonces el análisis de las “resoluciones administrativas” que gravitaron en la fractura del orden constitucional establecido para gozar y proteger el derecho al “juez natural” (HARO 2001: 14).

c. **LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS 97- CME-PJ, 286-CME-PJ Y 328- CME-PJ**

La Resolución Administrativa 97-CME-PJ se convierte en la pionera en formalizar las infracciones que analizamos. Así, mediante ella se “crea” la Corte Superior de Justicia especializada en delitos de tráfico ilícito de drogas. El artículo 1 señala que la su competencia se ejercerá en “... todo el territorio nacional, a cuyo efecto entiéndase que el Distrito Judicial al que está asignada es único y de carácter nacional”.

Si comparamos las prescripciones citadas con la estructura de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, notaremos que aquella rompe todos los moldes garantistas de un debido proceso legal, a la vez que la misma prescripción se convierte en un contrasentido. Por un lado, instituye una Corte Superior –que, como sabemos, sólo tiene competencia a nivel departamental; y por otro lado, le asigna competencia a nivel nacional, cuando la LOPJ sólo le atribuye esa característica a la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (HARO 2001: 15).

Otros datos adicionales nos conducen a la misma conclusión sobre la ilegalidad de su existencia. Así, le fijan su sede en la ciudad de Lima, capital de la República del Perú, ciudad que tiene Corte Superior de Justicia con su propio ámbito geográfico de acción. Es decir, superpone, al menos en el nombre, a dos órganos de justicia.

La Resolución Administrativa 286-CME-PJ

Se le relaciona íntimamente, pues hace referencia a ella y dispone que los jueces que integran dicha Corte Superior tienen la calidad de “móviles”; es decir, que deben desplazarse desde su sede (Lima) a cualquier lugar del territorio nacional en sea necesaria su presencia al denunciarse la comisión de éste delito. La aplicación de esta prescripción tiene el inconveniente adicional que posibilita la designación de un juez que puede responder a las órdenes del grupo de corrupción. No olvidemos que en el Perú existen lugares, fuera de la capital de la República, en los que la producción y comercialización de drogas es un tema de todos los días; en cuyo caso, no sería nada difícil para los traficantes contactar con el poder corrupto en Lima, para que desde aquí envíen a un juez venal (HARO 2001: 15-16).

En febrero de 1997 se advierte, según parece, los errores cometidos, y se expide la Resolución Administrativa 328-CME-PJ, por la cual se deja sin efecto la número 97-CME-PJ. Pero continua el error de darle competencia “a nivel nacional” a un conjunto de “Salas Superiores y Juzgados Especializados en delitos de Tráfico Ilícito de Drogas”, que le quita la denominación de Corte Superior. Lo real es que la reunión de Salas y Juzgados forman una, pero en este caso fija como órgano rector a la Segunda Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema de Justicia (HARO 2001: 16).

Resulta importante para comprender el razonamiento corrupto de quienes idearon esta organización “desorganizada” para administrar justicia, extractar algunas partes de la parte considerativa. Así, se sostiene que: “..., es necesario integrar la parte jurisdiccional en todas sus instancias, por lo que se hace indispensable un replanteamiento de los órganos jurisdiccionales creados sobre la materia.” (...) es necesario que una Sala especializada, considerando además el carácter integral que todo el proceso penal conlleva desde la etapa inicial, juzgamiento y ejecutoria de la Corte Suprema, particularmente en los delitos de tráfico ilícito de drogas, tenga competencia a nivel nacional y que, por tal motivo, ésta debe estar bajo la supervisión de una de las Salas Penales de la Corte Suprema, como máxima instancia de los órganos jurisdiccionales”. Considera también que el tráfico ilícito de drogas, por estar relacionado con otros delitos, conlleva una “ (...) situación de la que no debe estar ajena la Corte Suprema de Justicia, como máximo Tribunal de la República, debiendo ésta también intervenir como Sala Especializada en tráfico ilícito de drogas como el ente rector en la conducción, supervisión y control del juzgamiento de estos delitos a efecto de uniformizar criterios y establecer jurisprudencias de observancia obligatoria en esta materia” (HARO 2001: 16).

Nótese que la ingerencia que se le otorga a determinada Sala de la Corte Suprema de Justicia está dirigida a que ésta ejerza control estricto sobre todo lo que se relaciona con este delito.

Si a esto le sumamos la autorización que se le otorga para que también designe a los jueces que se encargarán “a nivel nacional” de la investigación y el juzgamiento de estos casos, podemos colegir entonces que el grupo de corrupción tuvo también el control sobre la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, a quien le diseñaba las normas pertinentes para ello.

Entonces se crean las "Salas Superiores y juzgados especializados en TID que sean necesarios, a nivel nacional", los que dependerán "orgánica y funcionalmente" de la Segunda Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema. La sede se estableció en el Distrito Judicial de Lima, lo cual nuevamente se convierte en un contrasentido (HARO 2001: 16-17).

Prescribe también la Resolución Administrativa 328-CME-PJ que en los procesos en que los acusados se encuentren en la cárcel, los jueces se trasladarán a los establecimientos penitenciarios existentes en la República, a efectos de llevar adelante las diligencias.

Esto es una repetición de la característica de “móviles” otorgada a los magistrados por las dos resoluciones anteriores. Pero además, el artículo 10º establece que "todos" los procesos por tráfico ilícito de drogas desde la etapa de investigación y juzgamiento serán de conocimiento "exclusivo" de los magistrados a que se contrae la resolución que ahora comentamos (HARO 2001: 17).

d. LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS 339-CME-PJ, 340-CME-PJ, 521-CME-PJ Y 744-CME-PJ

Como si el modelo implantado por las resoluciones administrativas referidas al delito de tráfico ilícito de drogas hubiera sido un éxito en la defensa de los derechos constitucionales, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial tuvo la idea de extenderlo hacia otras figuras delictivas: robo, secuestro, homicidio y extorsión, en la primera; delitos tributarios y aduaneros, en la segunda; delito de terrorismo, en la tercera; y otros delitos más, en la cuarta; abarcando casi todo el catálogo penal peruano (HARO 2001: 17).

Pero al igual que su precursora, estas resoluciones cometieron el mismo error, al concederles competencia a nivel nacional a las “Salas Superiores y Juzgados Especializados” que creaban, siempre bajo la atenta supervisión de una de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (HARO 2001: 17).

En consecuencia, estas normas también proscribieron el derecho al “juez natural” estatuido por la CONSTITUCION POLITICA DE 1993, que en la práctica quedó inservible. Adicionalmente podemos consignar que estas resoluciones igualmente le dieron la característica de “móviles” a los jueces que integraban cada órgano jurisdiccional (HARO 2001: 17).

e. LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS 005-2000-SP-CS Y 009-2001-CTPJ

Como una consecuencia natural de la caída del régimen del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, la Sala Plena de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA expidió la Resolución Administrativa, por la cual se da por concluidas las funciones que desempeñaron las “Salas Superiores y Juzgados Especializados” en los delitos de tráfico ilícito de drogas y los de índole tributaria y aduanera; volviendo todo a su cauce normal en lo que a estas materias se refiere. Con posterioridad, el CONSEJO TRANSITORIO DEL PODER JUDICIAL expide la resolución administrativa 009-2001-CT-PJ, une a las “Salas Superiores y Juzgados Especializados” en los delitos de robo, secuestro, homicidio y extorsión, todos ellos cometidos por organizaciones delictivas, también denominadas “bandas”, con la de terrorismo (HARO 2001: 18).

Esta última resolución, al retomar el trabajo bajo la modalidad de “Salas Superiores y Juzgados Especializados”, continúa con la trasgresión al derecho constitucional al “juez natural”, pues aquellas siguen teniendo competencia “a nivel nacional”; pero existe un argumento cuyo contenido, por paradójico, resulta indispensable ser transcrito. Dice el considerando cuarto: “Que, la complejidad de los procesos por delitos cometidos por las organizaciones terroristas y delictivas, la amplitud del ámbito territorial en que se producen estos delitos, su actual trascendencia para el conjunto de la sociedad y la finalidad de las organizaciones terroristas de perturbar el sistema democrático, hace razonable e indispensable que el juzgamiento de los mismos se lleve a cabo por un órgano especializado como lo son la Sala Corporativa Nacional de Bandas y Terrorismo Especial y la Sala Nacional Especializada en Delitos de Terrorismo, siendo necesario que estos órganos jurisdiccionales continúen en sus funciones de manera integrada, atendiendo a su especialidad y a su estructura similar lo que ha permitido celeridad y eficiencia procesal” (HARO 2001: 18).

Felizmente, esta última disposición queda sin efecto, al disponer el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que los procesos de banda y organizaciones delictivas, sean remitidos a la Tercera Sala Penal con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, quedando únicamente dentro de toda esa secuela de Salas Corporativas, la Sala Nacional de Terrorismo, restituyéndose de esta manera la protección en los casos de delitos de bandas de contar con un juez legal, predeterminado por la ley.

d. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE DISPONEN EL FUNCIONAMIENTO DE LA SALA NACIONAL PARA CASOS DE TERRORISMO

RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 510-CME-PJ- del 28 de octubre de 1997 de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial.

Por Ley 26546 se crea la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, por un periodo de excepción, desempeñando las funciones de Gobierno y Gestión de dicho Poder del Estado.

Que conforme lo dispuso el artículo único de la Ley número 26671 a partir del 15 de octubre de 1997 el juzgamiento de los delitos de terrorismo así como el procedimiento recursal que de ellos puedan derivarse se realizarán por los magistrados que corresponden

conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes y a lo dispuesto en la presente ley.

En ese sentido, se dispone que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República sin perjuicio de las atribuciones administrativas otorgadas por la Resolución Administrativa N° 340-CME-PJ sea el órgano Rector, en la conducción, supervisión y control del juzgamiento en los procesos penales por delito de terrorismo señalado por la Ley 25475.

Asimismo se dispone que los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República, procedan a la distribución entre los juzgados y Salas Penales de su distrito judicial, según el estado en que se encuentren al 15 de octubre de 1997 de todos los procesos por delito de Terrorismo.

Hasta acá se veía un aparente respeto a las normas constitucionales vigentes.

e. RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 521-CME-PJ del 19 de noviembre de 1997 de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial.

Sin embargo, con la dación de la Resolución Administrativa N° 521-CME-PJ, bajo los fundamentos, de un encarecido proceso de Reforma y reorganización del Poder Judicial emprendido por la Comisión Ejecutiva, contempla la integración de los órganos jurisdiccionales en todas sus instancias para la represión de aquellos delitos que por su vinculación con otras figuras delictivas y la grave repercusión en la sociedad y el Estado, requieren de un tratamiento especializado al más alto nivel de la organización jurisdiccional del Poder Judicial como lo es la Corte Suprema de Justicia de la República.

Es así que bajo los propios fundamentos que publican las Resoluciones Administrativas 328-CME-PJ, 339CME-PJ y 340-CME-PJ que regulan la especialización por materia, se decide integrar a los órganos jurisdiccionales en todas sus instancias para la tramitación de los procesos por Delitos de Terrorismo señalados en la ley 25475 creándose las Salas Superiores y Juzgados Especializados en Delitos de Terrorismo con competencia a nivel nacional. Se crea la Mesa de Partes Unica y Centralizada de los Juzgados Especializados y Salas Especializadas en Delitos de Terrorismo con sede en la ciudad de Lima.

Además se dispuso que los juzgados y salas especializadas en delitos de Terrorismo creados se constituyan en los Establecimientos Penitenciarios existentes en la República, para efectos de llevar a cabo las diligencias propias del proceso penal en los que participe el encausado.

De esta manera se produjo la flagrante violación al debido proceso, puesto que se llevaron a cabo juzgamiento en los establecimientos penales, en periodos escandalosos, de uno a tres días, sin evaluar y llevar a acabo la actuación de pruebas existentes en el proceso, con sentencias estereotipadas ya elaboradas desde la sede en Lima.

f. RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 001-97 – JPPCS-T-PJ del 10 de diciembre de 1997 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

Que, así las cosas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República

resuelve, crear la Sala Penal Superior Corporativa con sede en Lima, con competencia a nivel nacional encargada del trámite y juzgamiento de los procesos por delito de terrorismo y conexos al mismo, cualquiera fuera su modalidad o gravedad.

Asimismo se dispone que los Presidentes de las Cortes Superiores de Ancash, Arequipa, Callao, Cuzco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima y Puno, informen la carga procesal por el delito antes mencionado, integrándose estas funcionalmente a la Sala Nacional de Terrorismo.

g. RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 001-98 JPPCS-T-PJ del 05 de junio de 1998

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República incorporan a Magistrados de la Primera Sala Penal de Huanuco, Ayacucho, Piura y Cajamarca a la Sala Penal Superior Corporativa para casos de Terrorismo, en función de lo prescrito por el artículo 17° y la Segunda disposición final y Transitoria del Decreto Ley N° 25475.

Conforme a las palabras del “sistema democrático” considero que por más argumentos técnicos que se tenga a favor del trabajo así organizado, no se realizaron los fines de un Estado de Derecho, ni menos bajo un sistema democrático, cuando se niega el derecho de toda persona a ser juzgada por el juez que naturalmente le corresponde.

h. RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 003-2003-CE-PJ de fecha 10 de enero del 2003 emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Ya dentro de un contexto democrático, luego de la sentencia del Tribunal constitucional de fecha 03 de enero del año 2003 por la que se declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25659, que tipificaba el delito de traición a la patria y regulaba el procedimiento especial seguido ante el fuero militar contra civiles, el Organismo de Gobierno del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto por el inciso 31) del artículo 82° de la Ley Orgánica del Poder Judicial adopta medidas para atender la carga procesal por delito de terrorismo consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Como punto a considerar, señala que los juzgados penales de Lima soportan una carga excesiva especialmente el 28° Juzgado Penal de Lima, que es el único dedicado al conocimiento de los procesos de los detenidos por terrorismo en el Establecimiento Miguel Castro Castro, por lo que la inminente remisión de más de 400 expedientes derivados del Fuero Militar harían colapsar dichos órganos jurisdiccionales.

De esta manera se crean juzgados penales especializados mientras dure la transitoriedad de la carga procesal por delito de Terrorismo. Asimismo por la naturaleza de los procesos por terrorismo que en algunos casos la comisión de los hechos se ha producido en diversas localidades, estos juzgados asumen competencia supraprovincial en Lima, Callao y Conoce Norte de Lima, conforme a la facultad conferida por el inciso 25) del artículo 82° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo se autoriza a los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de toda la República a designar a dedicación exclusiva un juzgado especializado en lo penal para conocer de los procesos por delito de Terrorismo, cuando el número de los procesos por

delitos de traición a la patria o terrorismo anulados o susceptibles de anulación sea mayor a diez expedientes. En los demás casos la instrucción de los procesos por delito de terrorismo estará a cargo del juzgado penal para procesos con reos en cárcel que designe cada Presidente de Corte Superior.

Del mismo modo, se autoriza a los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de designar a la Sala penal para procesos con reos en cárcel de su distrito judicial, sin son varios a la Primera para que se avoque al conocimiento de los procesos por delito de Terrorismo. Si el volumen de la carga procesal es significativa la designación será a dedicación exclusiva.

A continuación es opinable y controvertido lo dispuesto en el art5° de dicha resolución administrativa, la cual faculta al Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo para que ejerza atribuciones:

1. supervisión el debido control de los juzgados y Salas Penales que conocen de los procesos por delito de Terrorismo.
2. conformar los colegiados para la realización de los juzgamientos.
3. la programación de las audiencias a nivel nacional hechas por los Presidencias de Salas, deberán ser de conocimiento del Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo.
4. Autorizar a los juzgados y Salas Penales para la realización de diligencias fuera del ámbito territorial de su competencia, de manera excepcional y por razones de necesidad y/o urgencia, cuando no sea posible el traslado del procesado o un testigo que se encuentre en un establecimiento penitenciario.
5. Solicitar a los juzgados y Salas la remisión de copias de los autos de apertura de instrucción, acusación escrita, auto de enjuiciamiento y sentencias que se expidan en el curso de los procesos, así como la información que sea requerida por la Sala Nacional de Terrorismo para la estadística Judicial.
6. Designar y/o rotar al personal auxiliar jurisdiccional de la Sala Nacional de Terrorismo.
7. Emitir las Directivas y medidas que sean necesarias para un mejor funcionamiento de los órganos jurisdiccionales a su cargo y la pronta y eficaz administración de justicia, dando cuenta al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

¿Pero acaso, la finalidad del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de mantener la Sala Nacional de Terrorismo es que entre las atribuciones conferidas asuma competencia a nivel nacional?, o solo las facultades señalada en el art.5° de la Resolución Administrativa N°003-2003 son con fines de supervisión y control administrativo de las causas por delito de terrorismo?

Este punto es debatible, puesto que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado respecto a la inconstitucionalidad del art.17° del Decreto ley 25475, la vigencia de ese artículo deja puerta abierta que los Magistrados de la Sala Nacional de Terrorismo asuma competencia a nivel nacional para conocer del delito de terrorismo sin observar el lugar de la comisión del hecho delictuoso.

Sin embargo, ha quedado demostrado en la práctica que las facultades conferidas a la Sala Nacional de Terrorismo, son con fines administrativos de Supervisión y Control a nivel Nacional. Puesto que cuando la Sala resuelve realizar juzgamiento en el establecimiento penal donde está recluso el interno, en atención que no es posible su

traslado a un establecimiento penal de Lima, requiere solicitar autorización debidamente fundamentada al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el cual como órgano de Gobierno le faculta a llevar a cabo esos juzgamientos.

Otro punto opinable, es la facultad del Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo para autorizar a los juzgados y Salas Penales la realización de diligencias fuera del ámbito territorial de su competencia de manera excepcional y por razones de necesidad y/o urgencia, cuando no sea posible el traslado del procesado o un testigo que se encuentre en un establecimiento penitenciario. Pues debemos entender que esas facultades son con fines administrativos para descongestionar la carga procesal, pero su aplicación está condicionada que en el proceso no se deban merituar o actuarse pruebas, porque de ser así la autorización deberá ser denegada.

TITULO V

LA JURISDICCION MILITAR EN EL PERU

Sumilla: 1. alcances generales. 2. la jurisdicción militar y el juez natural. 3. antecedente histórico. 4. el delito de función. 4.1. concepto. El delito de función militar. 4.3. Opiniones para excluir de la jurisdicción a los policías. 4.4. reflexiones sobre el Código de Justicia Militar.

1. ALCANCES GENERALES

De Acuerdo con el art. 173° de la Constitución Política del Perú de 1993, los miembros de las FF.AA. y Policía Nacional deben ser sometidos al fuero respectivo (privativo militar) en caso de delitos de función.

En este contexto, la jurisdicción militar (diferenciada de la Judicial e independiente de ésta), sólo tiene habilitación constitucional para conocer los delitos de función imputados a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; y excepcionalmente, los de terrorismo y traición a la patria imputados a civiles.

La “jurisdiccionalidad” especial que le acuerda la Constitución la habilita constitucionalmente sólo para impartir “Justicia Militar”, la cual administra (a diferencia de la Jurisdicción propiamente dicha -entiéndase la Judicial-, que se ejerce a nombre del pueblo), a nombre de los Institutos Castrenses y por ende del Estado, como se colige del texto Constitucional. Una expresión de ello es que a sus operadores no les alcanza el deber-facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las normas a aplicarse en los procesos de su conocimiento, dada su condición de dependencia orgánica y funcional de los Institutos Armados.³⁰²

La inaptitud de la “jurisdicción militar” para administrar justicia penal no militar resulta consustancial a su propio origen y naturaleza, pues la “jurisdicción militar” constituye

³⁰² Brousset Salas, Ricardo. En revista de derecho y ciencia política. Volumen 56 [N°2] Lima 998. El debido proceso, la seguridad ciudadana y la jurisdicción militar en el Perú. P.345-346

propiamente un fuero especializado militar, al que si bien el segundo acápite del inciso 1 del artículo 139° de la Constitución le acuerda “jurisdicción”, establece el carácter independiente y distinto de esa jurisdicción con respecto a la jurisdicción Judicial, como independiente y distinta de ésta son también la “jurisdicción” Arbitral y la “jurisdicción” Electoral.³⁰³

¿Qué motiva al Estado a recurrir impropriamente para determinadas situaciones y coyunturalmente a la “Justicia Militar” para el juzgamiento de civiles? La respuesta no puede ser otra, que la misma finalidad que generó en la Roma Imperial la “cognitio extra ordinem” y el procesamiento especial por “tribunales Aulicos”, esto es, permitir la ingerencia extrínseca del poder político en las decisiones penales respecto a situaciones que se consideran de prioritario e inmediato control (no necesariamente por criterios político criminales puros) con la finalidad de tornar drástica la represión penal, recurriendo para ello no sólo a la sobrecriminalización de las conductas, sino básicamente a permitir su investigación y juzgamiento apartándose del sistema de garantías derechos preestablecidos y por ende del debido proceso, lo que implica la utilización distorsionada del proceso para fines de prevención especial, cuando su función material más importante es la protección de la persona y el establecimiento de limitaciones al Poder Estatal en cuanto a su facultad punitiva legítima.

Pero el apelar a la percepción que generalmente tiene la ciudadanía de la “Justicia Militar”, asociándola con actitudes de drasticidad, la restricción severa a los derechos del procesado (características estas, que en honor a la verdad, no necesariamente caracterizan su accionar dentro del ámbito de su “competencia” natural) y la sumariedad de los procesos, si bien inicialmente pueden generar una falsa sensación de “seguridad” en la ciudadanía frente al fenómeno criminal sometido a su “competencia”, terminan por generar en muchos casos en la ciudadanía, igual o más temor que la actividad criminal enfrentada por ella, dada la sensación de indefensión y la consecuente inminencia de la condena para cualquier ciudadano que enfrente una imputación de ese tipo. La conjugación de ambos efectos sociales, parece ser, desde la época del “sacro consistorium” romano, la finalidad de esta práctica.³⁰⁴

En ese sentido, la Corte interamericana de derechos humanos en el *Caso Durand y Ugarte (fundamento 116)*.³⁰⁵ Ha señalado 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. En este sentido se definía en la propia legislación peruana (artículo 282° de la Constitución Política de 1979).

Por ejemplo en el caso de los militares encargados de la debelación del ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los

³⁰³ Idem p.46

³⁰⁴ Brousset Salas, Ricardo. En revista de derecho y ciencia política. Volumen 56 [N°2] Lima 998. El debido proceso, la seguridad ciudadana y la jurisdicción militar en el Perú. P.345-346

³⁰⁵ Caso durand Ugarte. Sentencia sobre el fondo, sentencia del 16 de agosto de 2000

límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.

Al respecto, el Tribunal ha sostenido que, ante toda violación de derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos el deber de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener en sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares-, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.

En el caso Caso Cantoral Benavides la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fundamento 111) ³⁰⁶, hace notar que el Decreto Ley N° 25744, de 27 de septiembre de 1992, relativo a los procesos por traición a la patria, le otorgó a la Dincote competencia investigadora respecto a los correspondientes delitos y determinó que éstos fueran juzgados por tribunales militares aunque hubieran sido cometidos por civiles, siguiendo un proceso sumarísimo "en el teatro de operaciones", según lo dispuesto por el Código de Justicia Militar.

En el Fundamento 112, se indica que la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En ese sentido se regulaba la jurisdicción militar en la legislación peruana (artículo 282° de la Constitución de 1979). 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, como sucede en el caso, su pone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. Al respecto, la Corte ha dicho que "cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntima mente ligado al propio derecho de acceso a la justicia".

En un caso reciente, la Corte ha establecido que: 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.

2. LA JURISDICCIÓN MILITAR Y JUEZ NATURAL.

En el Caso Cantoral Benavides fundamento 114 ³⁰⁷, la CIDH considera que los tribunales militares

³⁰⁶ Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto de 2000

³⁰⁷ Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto de 2000

del Estado que han juzgado a la presunta víctima por el delito de traición a la patria no satisfacen los requerimientos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo .1 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]. La Corte considera que en un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a miembros de dichos grupos. En otra oportunidad, este Tribunal ha constado que de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo o 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.

En el caso Lori Berenson la CIDH en el fundamento 141³⁰⁸ señala 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. En ese sentido regulaba la jurisdicción militar el artículo 282 de la Constitución peruana de 1979, situación que fue modificada por el artículo 173 de la Constitución de 1993 (*supra* párr. 139). El traslado de competencias de la justicia común a la militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, como sucedió en el presente *caso*, supone excluir al juez natural del conocimiento de estas causas. La Corte ha dicho que "cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia".

En el fundamento 142, se indica que 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 solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

En el fundamento 143, se señala que el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. El Estado no debe crear "tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios".

Este Tribunal ha señalado, asimismo, que el debido proceso 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".**(fundamento 144)**

En virtud de lo anterior, la Corte entiende que los tribunales militares que juzgaron a la

³⁰⁸ Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2004 [Fondo reparaciones y costas]

presunta víctima por traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad (fundamento 146)

En el caso Cantoral Benavides. Fundamento 139³⁰⁹. se indica que esta determinación es congruente con el razonamiento de la Corte en los casos *Castillo Petruzzzi y otros*, *Cesti Hurtado*, y *Durandy Ugarte*. En los dos primeros, el Tribunal ha declarado que la justicia militar aplicada a Íes viola las normas de la Convención Americana sobre el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, y en el tercero se ha pronunciado acerca de los límites de la competencia natural de la justicia militar.

En el Caso Castillo Petruzzzi la CIDH ³¹⁰ha señalado que constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear "tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios".

En el fundamento 129 del caso Castillo Petruzzzi, se indica que el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]. 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.

Asimismo la CIDH ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, "lo cual 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".

En el mismo caso Castillo Petruzzzi fundamento 130, la CIDH³¹¹ señala 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.

Con todos estos antecedentes, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 010-2002-AI/TC de fecha 03 de enero del 2003 declara la inconstitucionalidad de los Decretos Leyes 25659, 25708 y 25744 que regulaban el delito de Traición a la Patria.

³⁰⁹ Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto de 2000

³¹⁰ Caso Castillo Petruzzzi y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999

³¹¹ Caso Castillo Petruzzzi y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999

3. ANTECEDENTE HISTORICO

Resulta ciertamente excepcional en la historia de la justicia militar, las siguientes normas que analizaremos, toda vez que su ánimo intentó reducir la distancia entre la justicia militar y el Poder Judicial, así como restringir su ámbito de competencia. En efecto, en 1906, durante el gobierno de José Pardo, se promulgaron la Ley N° 272 y la Ley N° 273, ambas del 27 de octubre. Estas normas tuvieron como finalidad colocar a la Corte Suprema en el vértice de la justicia militar, disponiendo que aquella resolviera los conflictos de competencia con la justicia ordinaria. Asimismo, se le asignó competencia para conocer de los recursos de nulidad contra resoluciones de la justicia militar. Por su parte la Ley N° 2442 del 3 de septiembre de 1917, limitó el ámbito de competencia personal de la justicia militar, exclusivamente a los militares y sólo por infracciones cometidas en actos de servicio previstas en el Código de Justicia Militar³¹².

Al grupo anterior de normas le siguió otro al que denominamos de contrarreforma, ya que estuvo destinado a desmontar las reformas mencionadas. Así, instalado el gobierno militar de Sánchez Cerro, surgieron una serie de protestas y revueltas en su contra, a las que, con una lógica autoritaria, se enfrentó entre otras medidas con la promulgación del Decreto Ley N° 6881 y el Decreto Ley N° 6948, del 26 de septiembre y 28 de noviembre de 1930, respectivamente. La primera de estas normas suspendió los efectos del artículo 156° de la Constitución de 1920, así como de las leyes 2442 y 5862, restableciendo las disposiciones que configuraban una justicia militar al margen del Poder Judicial y posibilitaban la ampliación de competencia personal a los civiles. El segundo decreto otorgó efectos retroactivos al primero³¹³.

Sin embargo, ello no le bastó a Sánchez Cerro, quien acentuando el carácter autoritario de su gobierno, promulgó el Decreto Ley N° 6929 de 13 de noviembre de 1930. A través de esta norma, se consideró como delito flagrante, en términos amplios, a cualquier atentado contra la seguridad del orden público, disponiendo que los presuntos autores sean juzgados por un Consejo de Guerra Especial cuyos miembros fueron nombrados en el propio decreto.³¹⁴

El Decreto Ley N° 6929 fue precursor de un tercer grupo de normas que destacan en este periodo por extender la competencia de la justicia militar al juzgamiento de civiles, con la finalidad de reprimir a los adversarios políticos de los gobiernos militares de turno. Así, durante el gobierno militar del general Oscar R. Benavides, se promulgó la denominada Ley de Defensa Social y Seguridad Interior de la República, Ley N° 8505 del 19 de febrero de 1937. En los considerandos de esta norma se señala expresamente que

³¹² Pereira Chumbe, Roberto. Evolución Legislativa de la Justicia Militar en el Perú. En la Reforma del Derecho Penal Militar- Anuario de Derecho Penal 2001- 2002, Santiago 2002, p 372

³¹³ Pereira Chumbe, Roberto. Evolución Legislativa de la Justicia Militar en el Perú. En la Reforma del Derecho Penal Militar- Anuario de Derecho Penal 2001- 2002, Santiago 2002, p 273

³¹⁴ Idem p.373

está destinada a la represión de los delitos político-sociales, para garantizar la tranquilidad política y social y la paz interna de la República. De este modo, el juzgamiento de conductas como la asociación bajo doctrinas internacionales o la difusión de informaciones falsas o tendenciosas destinadas a dañar el prestigio del país, fueron de competencia de la justicia militar.³¹⁵

Similar finalidad y esquema represivo fue reproducido en la denominada Ley de Seguridad Interior de la República, Decreto Ley N° 11049, promulgada el 1 de julio de 1949, durante el gobierno militar de Manuel Odría. Esta norma además de tipificar una serie de conductas vinculadas a la manifestación de ideas políticas contrarias al gobierno militar de turno y asignar competencia para conocer de los mismos a la justicia militar, atribuyó competencias jurisdiccionales a los prefectos.

En el ámbito procesal, se estableció que el plazo para la instrucción de las causas de competencia de las cortes marciales sería de 5 días, mientras que la defensa tendría 48 horas para presentar sus alegatos. Por su parte, en los delitos de competencia de los prefectos, estos tendrían 3 días para realizar una «sumaria información», luego de lo cual en un solo acto actuarían las pruebas y emitirían sentencia. Estas disposiciones fueron derogadas cinco años después durante el gobierno de Manuel Prado, a través de la Ley N° 12564, de 28 de julio de 1956, la misma que concedió amnistía e indulto a civiles y militares por los hechos tipificados como delitos político sociales en la Ley N° 11049.³¹⁶

Otra norma que amplió la competencia de la justicia militar al juzgamiento de civiles fue el Decreto Ley N° 22339 del 14 de noviembre de 1978. A través de esta norma se modificaron los artículos 101° y 103° del Código de Justicia Militar de 1963, con la finalidad de que la Justicia Militar fuese competente para conocer de los delitos de ultraje contra los institutos armados y policiales, aún en el caso de que los mismos hayan sido imputados a civiles³¹⁷.

También desde el inicio de la lucha antisubversiva, los militares constantemente exigieron que la justicia militar juzgara a los civiles por la comisión del delito de terrorismo, posición que era compartida por algunos gobernantes y políticos. Así, en 1989, el entonces Presidente Alan García se pronunció a favor de que los civiles acusados de terrorismo fueran juzgados por la justicia militar, postura que fue respaldada por su adversario político y entonces candidato a la Presidencia en las elecciones generales del año 1990, Mario Vargas Llosa³¹⁸.

Sin embargo, esta antigua demanda de los militares sólo pudo concretarse bajo el auspicio de Alberto Fujimori, luego del golpe de estado del 5 de abril de 1992. Así, con fecha 13 de agosto de 1992, se publicó el Decreto Ley N° 25659, a través del cual se calificó

³¹⁵ Idem, 373,374

³¹⁶ Idem 374.

³¹⁷ Idem 378

³¹⁸ Idem 382

como delito de “traición a la patria” supuestos agravados de los tipos penales de terrorismo previstos en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475. El artículo 4° del Decreto Ley N° 25659 estableció que tales delitos de «traición a la patria» serían investigados y juzgados por la justicia militar. Por su parte, a través del Decreto Ley N° 25880 publicado el 26 de noviembre de 1992, se amplió la incorrecta calificación de “traición a la patria” a la conducta de profesores o docentes que valiéndose de tales condiciones, influyan en sus alumnos haciendo apología del terrorismo³¹⁹.

Esta equivocada decisión político criminal fue convalidada a través del artículo 173° de la Constitución de 1993. Esta norma además de repetir el esquema de justicia militar perfilado en la Carta de 1979, amplió la competencia de aquella al juzgamiento de civiles que cometan los delitos de traición a la patria y de terrorismo que determine la ley. De este modo, se deja en manos del legislador la posibilidad de decidir cuando ampliar o no la competencia de la justicia militar.³²⁰

Bajo esta cobertura constitucional se dictó el Decreto Ley N° 26508 publicado el 21 de julio de 1995, que calificó como “traición a la patria” los actos de terrorismo cometidos por personas que ya se habían beneficiado con la legislación de arrepentimiento.³²¹

La aplicación de normas sustantivas y procesales no sólo motivó serios cuestionamientos por parte del movimiento de derechos humanos y sectores académicos del país y del exterior, sino que además generó una declaración de responsabilidad internacional al Estado peruano ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, por contravenir la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, el Estado peruano fue condenado por el mencionado órgano supranacional en los casos Loayza Tamayo y el ya citado Castillo Petruzzi, en los cuales se cuestionó la aplicación de las mencionadas normas³²²

De manera conjunta al restablecimiento de la democracia en el Perú, se inició el fenómeno de la violencia subversiva por parte de Sendero Luminoso–SL primero y el Movimiento revolucionario Túpac Amaru–MRTA después. Ello condujo al país a un proceso de violencia creciente y generalizada, lo que motivó que en el mes de diciembre de 1982, el entonces Presidente Fernando Belaúnde decidiera reemplazar a las Fuerzas Policiales por las Fuerzas Armadas en la lucha antisubversiva.³²³

Asimismo, los distintos gobiernos recurrieron a la declaratoria del estado de emergencia en varias zonas del país como medida permanente, otorgando el control de las mismas a los Comandos Político Militares. De este modo, los militares asumieron la conducción política y militar de la lucha antisubversiva, con la anuencia y complicidad de los gobiernos de Fernando Belaúnde, Alan García y Fujimori. En los dos primeros casos sin embargo, los militares sentían —y protestaban constantemente por ello— que no tenía el apoyo político

³¹⁹ Idem 382

³²⁰ Idem 382

³²¹ Idem 382

³²² Idem 383

³²³ Idem p.377

necesario para llevar a cabo todos sus planes antisubversivos. Durante el gobierno de Fujimori, los militares al formar parte del gobierno, tuvieron el respaldo explícito del mismo, fundamentalmente del propio Fujimori, que sin reparo alguno se adhirió a los planes antisubversivos elaborados por los militares que ahora sí se sentían con la libertad de ejecutarlos plenamente.³²⁴

La Constitución Política del Perú de 1979 les reconocía a los jueces militares competencia para conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, de los delitos de traición a la patria cometidos por civiles en caso de guerra exterior, así como de las infracciones a las normas del servicio militar obligatorio. Posteriormente, la Constitución de 1993 ampliaría discutiblemente el abanico competencial de esta especialización jurisdiccional con carácter evidentemente excepcional y restrictivo, para conocer además de los ya citados delitos de función en que incurra el personal militar y policial, y de las contravenciones a la normatividad del servicio militar obligatorio, de los delitos de terrorismo y de traición a la patria en caso de guerra sin más (suprimiendo así el término “exterior” consagrado en el texto constitucional de 1979 cometidos por civiles).³²⁵

A pesar de que es el texto constitucional hoy vigente el que incluye el supuesto de terrorismo dentro de la competencia de la justicia castrense, el traslado de las causas de civiles, que supuestamente habían incurrido en este delito, a este fuero sucedería antes de que esta Carta Magna entrara en vigencia.³²⁶

4. EL DELITO DE FUNCION

4.1 DELITO DE FUNCION. CONCEPTO

La primera parte del artículo 173° de la Constitución delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de la jurisdicción militar, al establecer que, en su seno, sólo han de ventilarse los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.³²⁷ Así, la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía. La justicia castrense no constituye un “fuero personal” conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un “fuero privativo” centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo (sentencia 017-2003 PI-TC).

³²⁴ Idem p.377

³²⁵ Donayre Montesinos Christian. Sobre la competencia de la justicia militar y la delimitación del delito castrense en la propuesta de reforma constitucional 2003, Revista Jurídica Cajamarca. Año IV número 12/julio- setiembre 2003

³²⁶ Idem

³²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional [N° 0017-2003-AI/TC](#)

Asimismo, constitucionalmente tampoco es lícito que se determine tal competencia a partir de la sola referencia al sujeto pasivo que resulta afectado por la conducta ilícita del sujeto activo, es decir, que el agraviado sea un militar, policía, o la propia institución. La Constitución proscribire, por ejemplo, que civiles que eventualmente puedan ocasionar agravios sobre bienes jurídicos de las instituciones castrenses o de la Policía Nacional, puedan ser sometidos a los tribunales militares. En ese sentido, en la STC N.º 0010-2001-AI/TC, se estableció que los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así estos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo, pues de la interpretación de la segunda parte del artículo 173º de la Norma Suprema sólo se desprende la posibilidad de que en su juzgamiento se apliquen las disposiciones del Código de Justicia Militar, siempre que la ley respectiva así lo determine, y, desde luego, que tales reglas procesales sean compatibles con las derechos constitucionales de orden procesal. (fundamento 130 Sent.017-2003-PI-TC)

Asimismo, la Norma Suprema también ha prohibido que en esa determinación de la competencia un elemento decisivo pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito. Por ende, “(...) No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales (...)” [Germán Bidart Campos, “El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina”, en José Palomino Manchego y José Carlos Remotti, *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Editorial Grigley, Lima 1997].

En ese sentido, la sentencia N° 017-2003 PI-TC define El delito de función como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.

Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad. Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Hugo Müller³²⁸, citando a Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, indica que el Código de Justicia Militar – Policial busca definir un poco lo que es el delito de función, dice que las disposiciones de este código se aplican a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional autores y/o partícipes de los tipos penales militares policial o de función militar policial, de acuerdo con los siguientes criterios.

Primero, que se trate de conductas que afecten a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional, relacionados con los fines constitucionales que cumplen dichas instituciones siendo este sujeto material de tutela penal militar policial. El título preliminar de este código en el artículo 5 señala la pena precisa la lesión o puesta en peligro de bienes

³²⁸ Hugo Muller. Derecho penal militar. Delitos de función. mullerabogados@hotmail.com Trujillo - PERU cita a VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. El Delito de Función. Gaceta del Tribunal Constitucional. N.º 2, abril-junio 2006

jurídicos vinculados con los fines de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional previstos en la Constitución y en la ley, por lo tanto, una interpretación de los dos artículos llevaría a la conclusión de que estamos hablando de bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, que afecten a bienes jurídicos que correspondan a ese ámbito de discusión.

Segundo, que el sujeto activo sea un militar o policía, miembro de la Fuerza Armada o la Policía Nacional que ha realizado la conducta cuando se encontraba en situación de actividad.

Tercero, que la conducta punible se perpetre en acto de servicio o con ocasión de él. Finalmente,

Cuarto, que la edad del sujeto activo sea superior a los 18 años. En términos bastante resumidos se puede decir que este artículo adopta las posiciones de manera imperfecta, pero adopta las posiciones que corresponden a la sentencia del Tribunal Constitucional referida también a las características del delito de función.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional (TC), al declarar la inconstitucionalidad de determinados artículos del Código de Justicia Militar Policial (CJMP), aprobado por Decreto Legislativo N.º 961, por estimar, entre otras consideraciones, que éstos vulneraban el artículo 173º de la Constitución, que establece que mediante el Código de Justicia Militar sólo se pueden conocer los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, estableció las características que deben contener los denominados delitos de función. Así lo señaló en la sentencia que declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad (Exp. [00012-2006-PI/TC](#)) formulada por el Colegio de Abogados de Lima.

El TC, teniendo en cuenta la jurisprudencia que ha venido expidiendo sobre esta materia, precisa que un **delito de función** es aquel que debe reunir 3 características:

- 1) que el sujeto activo debe ser un militar en actividad;
- 2) que el delito debe haberse cometido en acto de servicio o con ocasión de él; y
- 3) principalmente, que se afecten bienes jurídicos propios y particulares de las Fuerzas Armadas.

Puntualiza el TC, que en el caso de las Fuerzas Armadas, los bienes jurídicos propios y particulares de las Fuerzas Armadas son aquellos bienes jurídicos que sirven para la defensa militar del Estado Constitucional, comprendiéndose dentro de estos a la disciplina o el orden militar, necesarios para la defensa nacional, pero no, bienes jurídicos como la vida o la integridad física, entre otros, que son bienes comunes y por lo tanto susceptibles de ser protegidos por la legislación común.

En la sentencia recaída en el expediente [Nº 0017-2003-AI/TC](#) formulada por la Defensoría del Pueblo, el TC señala en uno de sus fundamentos que la primera parte del artículo 173º de la Constitución delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de la jurisdicción militar, al establecer que, en su seno, sólo han de ventilarse los delitos de función en los que incurren los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional.

El TC precisa que al haberse delimitado que el ámbito competencial de la jurisdicción militar es específicamente la comisión de un delito de función, la Norma Suprema también ha proscrito que en esa delimitación de competencia un elemento decisivo pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito. Por ende, no basta que el delito se

cometa en acto de servicio, o con ocasión de él o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a los bienes jurídicos de las fuerzas armadas como tales.

En ese sentido, la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine a partir de la mera condición de militar o policía. Siendo así, la justicia castrense, no constituye un fuero "personal", sino un fuero privativo competente para conocer las infracciones cometidas por estos sobre bienes jurídicos de las FF.AA. y PNP.

En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

Igualmente, en la sentencia del TC N° 017-2003 PI/TC se señala las características básicas de los delitos de función:

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de "función" o "militar", es preciso que:

i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B). En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito

es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C). En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

Igualmente la Corte Suprema emite una sentencia vinculante, en el caso Pomatanta Ambarrán, donde empieza a esbozar las dimensiones o las características de lo que es el delito de función, me refiero a la ejecutoria suprema vinculante publicada el 23 de noviembre del 2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Este pronunciamiento **define al delito de función** siguiendo algunos lineamientos para identificar lo que es el tipo penal militar,

- a) que se trate de bienes jurídicos que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, dice se trata del objeto material,
- b) que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad, círculo de autores, afirmese el círculo de autores, y
- c) que como circunstancia externa del hecho que define la situación en la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio.

4.2. EL DELITO DE FUNCIÓN MILITAR

es deber de la Justicia Militar someter a juicio a los militares que infrinjan en algún tipo de delito tipificado en Código de Justicia Militar, porque la finalidad de este cuerpo de leyes es sancionar al militar, por razón de las funciones que ejerce, misión que desempeña y jerarquía que ocupa en caso de haber infringido en algún delito tipificado en el Código de Justicia Militar. En este sentido, a decir MULLER SOLON³²⁹ los Delitos de Función están referidos a las conductas ilícitas tipificadas, descritas y penalizadas en el Código de Justicia Militar por hechos que corresponden y se dan exclusivamente en el ámbito militar, en las relaciones entre militares o en la guerra, por tanto no era de procedente - a nuestro entender - que por extensión analógica se siguiera comprendiendo dentro de la jurisdicción militar a los integrantes de la Policía Nacional del Perú como autores de los mismos tipos penales atribuibles a los militares; mas aún, cuando la organización policial había sido plenamente reconocida durante el proceso de la Reforma Policial como una organización de naturaleza civil, no militar y con una estructura, misión y funciones totalmente diferentes a las del ámbito militar. Los delitos de función atribuibles a los militares descritos correctamente en el Código de Justicia Militar, no deberían seguir siendo aplicados a los Policías, cuyas funciones son totalmente diferentes, y si para eso era necesario modificar el Art. 173° de la Constitución Política del Perú, pues tendría que hacerse.

Apunta MULLER SOLON el Primer Código de Justicia Militar promulgado por Ley del 20 de Diciembre de 1898 nace con una concepción de aplicación militar, en tiempos en que las fuerzas de policía denominadas Guardia Civil y Gendarmería creadas en 1872 por

³²⁹ [Enrique Hugo Muller Solón www.avizora.com](http://www.avizora.com). Fue un Tema de debate en la Comisión Encargada de elaborar el Nuevo Código de Justicia Militar – Policial aprobado por Decreto Legislativo N° 961 (Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de Enero del 2006)

Don Manuel Pardo y Lavalle eran parte del Ejército. Bajo ese paradigma y no obstante las sucesivas reformas policiales que determinaron la total exclusión de la organización policial del ámbito militar, no sucedió lo mismo con su sujeción a la justicia militar, en donde la falta de interés por el tema, ha venido permitiendo que a través de los años, se siga equiparando al Policía como Militar en la Justicia Militar (Art. 321° del Código de Justicia Militar de 1980. “Son militares para los efectos de este Código. 1. ...las Fuerzas Policiales...”), aplicándole la ley penal militar por extensión o por analogía, sin fundamento jurídico alguno, por cuanto los tipos penales que se encontraban establecidos en el derogado Código de Justicia Militar, inclusive en la nueva norma penal fueron hechos pensando en el infractor como Militar y no como Policía.

4.3. OPINIONES PARA EXCLUIR DE LA JURISDICCIÓN A LOS POLICÍAS.

continúa Muller Solón diciendo, que Si se llega a la conclusión que los denominados DELITOS DE FUNCIÓN, son de aplicación única y exclusivamente al personal de las Fuerzas Armadas, en razón que un Policía por su condición de no militar, no puede incurrir en una conducta atribuible a un militar en el ejercicio de sus funciones; entonces estamos en condiciones de opinar por la exclusión de la Policía Nacional de los alcances del Fuero Militar. Al respecto, existen importantes pronunciamientos que hasta la fecha no han sido tomados en cuenta ni han sido objeto de debate.

A. Comisión Especial de Reestructuración de la Policía Nacional del Perú constituida por RS N° 0965-2001-IN del 03OCT2001, propusieron en su informe final de Febrero 2002, un conjunto de reformas constitucionales, entre las que se encontraba excluir a la Policía Nacional del Fuero Privativo Militar, con la finalidad de afirmar la naturaleza civil de la organización policial. Señala el Informe que “...teniendo en cuenta el tipo de función que debe desempeñar la Policía, así como la naturaleza que subyace en dichas funciones – proteger los derechos y libertades de las personas- no encuentran coherente que sus miembros deban estar sometidos a un régimen de justicia diseñado para instituciones cuya finalidad es la de defender la soberanía y el territorio nacional y que, por tanto, se orienta a sancionar conductas que vayan contra la consecución de esos objetivos... Si bien es cierto indispensable mantener una sólida disciplina al interior de la PNP que garantice el óptimo funcionamiento de la organización, las conductas funcionales en que puedan incurrir sus miembros están contempladas en el Código Penal y, por lo tanto, deben ser juzgados como el resto de los ciudadanos...”.

B. Comisión para la Reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas, presidida por el Dr. Roberto Dañino Zapata, Presidente del Consejo de Ministros en ese entonces, e integrada entre otros por el General de División EP (r) Francisco Morales Bermúdez, el Ing. David Waisman Rjavinsthi en su condición de Ministro de Defensa y el Dr. Martín Belaúnde Moreyra, Decano del Colegio de Abogados de Lima, indicaron en su Informe del 04ENE2002; que era necesario excluir a la Policía Nacional del Perú del ámbito de la Justicia Militar. “... La justicia militar debe integrarse al Poder Judicial. La existencia de un fuero especial para los militares implica la posibilidad de brindarles un trato distinto al resto de peruanos, lo que resulta contrario a los principios democráticos. En este mismo orden de ideas es necesario excluir a la Policía Nacional de la justicia militar...”. (El 09 de Marzo 2002, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Suprema N° 038-DE/SG que aprobó el citado Informe).

C. Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial N° 04 – La Justicia Militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma (Marzo 2002), también plantea la exclusión de los miembros de la Policía Nacional del Perú del juzgamiento por parte de la Justicia castrense.

D. Comisión de la Verdad y Reconciliación, recomendó en su Informe Final la exclusión de la competencia de la justicia castrense a los miembros de la Policía Nacional del Perú. En todo caso, el Nuevo Código de Justicia Militar Policial, debería contener un Capítulo única y exclusivamente para ser aplicado a los integrantes de la Policía Nacional del Perú.

E. Dr. Felipe Villavicencio Terreros, en su condición de representante del propio Ministerio de Defensa, ante la Comisión encargada de elaborar el Nuevo Código de Justicia Militar Policial representante del Ministerio de Defensa, al comentar sus experiencias en la citada Comisión (El Delito de Función Militar. Felipe Villavicencio Terreros. Gaceta del Tribunal Constitucional. N.º 2, abril-junio 2006); dice que “una cuestión que salta a la vista, es esa propuesta de diferenciar entre infracción de deber militar o infracción de deber policial...es decir porque juntar tanto a militares y a policías.... Yo comprendo que muchos policías piensen que no tendrían porque estar en el otro sistema, muchas de sus infracciones ya están cubiertas por este sistema disciplinario, en los tres niveles, infracciones leves, infracciones graves e infracciones muy graves, para los que tengan curiosidad pueden ver el catálogo de infracciones y van a tener muchas dificultades para diferenciar cuándo es un delito y cuando es una infracción administrativa”; dice Villavicencio Terreros.

Agrega este distinguido jurista “Es muy difícil, en la medida en que muchas veces se cruzan los conceptos, de tal manera de que es interesante, importante profundizar en ese aspecto de buscar una diferencia en esta materia, no deja de tener razón entonces esta observación de la Defensoría del Pueblo en la propuesta de diferenciar entre infracciones de deber militar e infracciones de deber policial, es más, en cierto momento la policía insistía de que ellos debían tener un capítulo aparte y no estar dentro de todas las fórmulas típicas correspondientes”.

De hecho durante los debates se ha planteado este tema, que es central – dice Villavicencio Terreros, refiriéndose a los planteamientos de la representación del Sector Interior -, es decir porque juntar tanto a militares y a policías, sabemos por las estadísticas que existen en esta materia que el número de policías involucrados es altísimo no?, muy alto, es decir prácticamente el juzgamiento es a policías, muy alto,... bueno el asunto es que sin duda se puede diferenciar entre infracción de deber militar o infracción de deber policial, aquí con alguna experiencia en algún momento ejercí el cargo de Defensor del Policía hay evidentemente diferencias, en realidad, incluso el modelo administrativo disciplinario que tiene la policía es un modelo bastante novedoso, precisamente a consecuencia de otra sentencia del Tribunal Constitucional que obligó, que dispuso que el Poder Ejecutivo cambiara el sistema reglamentario disciplinario de la Policía”.

Finalmente, agrega Villavicencio Terreros en este comentario ” ...y si estamos pensando en una Policía que se aproxime más a la ciudadanía, obviamente la propuesta es desmilitarizante. Por lo tanto la idea de hacer un esquema de esta naturaleza es todavía una cuestión incierta, no es precisamente la tendencia dominante en este momento, no es precisamente la tendencia dominante, pero se puede considerar como una propuesta de futuro ... la necesidad de distinguir entre infracciones de deber militar e infracciones de deber policial y diferenciarlas en toda la dimensión, no sólo en lo que corresponde a sanciones sino también al nivel administrativo que evidentemente esta más desarrollado en

este momento a nivel policial”.

a manera de colofón es del caso señalar conforme sostiene Muller Solon³³⁰, que la Policía Nacional del Perú, no debe estar inmersa dentro de los alcances del Código de Justicia Militar – “Policial”, el mismo que penaliza conductas que para la Policía son infracciones de carácter administrativo - disciplinario. La Policía Nacional a diferencia de las Fuerzas Armadas si tiene un Sistema Nacional Administrativo – Disciplinario (Tribunales Administrativos Disciplinarios) encargados de velar por la disciplina policial y de aplicar las sanciones correspondientes. En todo caso, debiera existir un Capítulo separado en el “Código de Justicia Militar Policial” donde de manera específica se haga mención de aquellas conductas ilícitas que de conformidad con lo determinado por el Tribunal Constitucional, pudiera significar Delito de Función Policial.

4.4. REFLEXIONES SOBRE EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

I. DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR LA DEFENSORIA DEL PUEBLO CONTRA ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA LEY DEL MINISTERIO DE DEFENSA, LEY ORGÁNICA Y CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR.

Comenta Enrique Hugo Muller Solòn, que La Defensoria del Pueblo, presentó dos demandas de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, contra una serie de normas de la Justicia Militar. La primera de ellas con fecha 16 de septiembre de 2003, en que interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 4º, 5º, incisos b), c), d), e) y h); y 8º, 10º y 11º de la Ley N.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749, que regulan el papel de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción, que entre otras normas cuestionaba la disposición de someter exclusivamente a los miembros de las FFAA y de la PNP que prestaban servicios en zonas declaradas en emergencia, únicamente a la Justicia Militar por los denominados “delitos de función”. Expediente N° 0017-2003—AI/TC; la segunda demanda se formuló el 10 de diciembre del 2003 y estuvo dirigida a impugnar diversas disposiciones del Decreto Ley N° 23201 – Ley Orgánica de Justicia Militar – LOJM, del Decreto Ley N° 23214, Código de Justicia Militar – CJM y una disposición de la ley N° 27860 del Ministerio de Defensa (Exp. N° 0023-2003-AI/TC).

A través de ambas demandas se impugnó la constitucionalidad: - De los criterios tradicionalmente utilizados para dotar de contenido al delito de función militar al que se refiere el artículo 173º de la Constitución y que constituye el factor de atribución de competencia de la justicia castrense. A tales efectos la Defensoria cuestionó el Art. 10º de la Ley N° 24150, que definía el Delito de Función de acuerdo a los criterios del lugar de comisión del delito y fuero personal. Se cuestionó además el artículo II del Título Preliminar de la LOJM, según el cual la finalidad de los tribunales miliares era proteger la moral, el orden y la disciplina castrense y policial. Del mismo modo, se demandó la inconstitucionalidad del Art. N° 269º del CJM, que penalizaba las prácticas homosexuales, aún si tenían lugar fuera de los ambientes militares.

³³⁰ Enrique Hugo Muller Solòn, Delegado Defensor del Policía en la Oficina Regional Norte – Trujillo – MININTER – PERU.

- De la configuración orgánica de la Justicia Militar, a partir de considerar exigible en dicho ámbito las garantías del principio de unidad de la función jurisdiccional y en tal sentido, de las exigencias de independencia, exclusividad e inamovilidad. De este modo se demandó la inconstitucionalidad de diversas normas que configuraban a la justicia castrense dependiente del Poder Ejecutivo, sometían a la Justicia Militar al régimen jurídico castrense y aquellas que establecían dependencia y jerarquías entre los órganos de justicia y sus integrantes.

También se planteó la inconstitucionalidad del Ministerio Público Militar, ya que no se correspondía con el Ministerio Público constitucionalmente configurado, único órgano al que la carta le reconoce las funciones requirientes y de persecución del delito. El denominado Ministerio Público era un apéndice de los tribunales castrenses y por ende carecía de independencia y autonomía en contra con lo que establece la Constitución, además de no tener el monopolio de la acción penal

- De las normas cuestionadas, además de lo señalado, también se impugnaron otras por afectar un conjunto de derechos fundamentales como la dignidad de la persona, el derecho de acceder a jueces imparciales e independientes, el derecho de defensa y el derecho a la igualdad, esto último dado que no existe ninguna razón para someter a los militares a un sistema de justicia de esta naturaleza

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA FUNDADA EN PARTE LAS DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

El Tribunal Constitucional (TC) acogió las dos demandas planteadas por la Defensoría del Pueblo, a través de sus sentencias publicadas en el Diario Oficial El Peruano el 24 de agosto del 2004 (Expediente N° 0017-2003— AI/TC) y el 30 de octubre de 2004 (Expediente N° 0023-2003-AI/TC).

En términos generales con respecto al Expediente N° 0017-2003—AI/TC el Tribunal Constitucional (TC) dicta los criterios jurídicos con los cuales debe configurarse el Delito de Función. Pero con respecto al expediente N° 0023-2003-AI/TC, la Sentencia del TC declaró inconstitucionales una serie de artículos de la Ley del Ministerio de Defensa y del Código de Justicia Militar así como de su Ley Orgánica por contravenir los preceptos constitucionales y a la vez, exhorta al Poder Legislativo para que dicte en un plazo no mayor de 12 meses, la legislación que corresponda y, de acuerdo con la sentencia, este tiempo sería contado a partir de la publicación de la misma en el diario oficial El Peruano, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta, que es dejarla sin efecto, se harían efectivos.

Según la sentencia recaída en el expediente N° 0023-2003-AI/TC, entre las normas declaradas inconstitucionales están: el artículo II del Título Preliminar del Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, en el extremo que dispone: "Los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la ley.

El TC señaló que la "moralidad" no puede ser objeto de tutela penal, pues el referente valorativo del Derecho Penal deber ser la Constitución. Del mismo modo, la "disciplina" y

el "orden" en principio, guardan la misma incongruencia por tratarse de términos de contenido abstracto. El Tribunal también encontró que era inconstitucional el artículo N° 269 del Código de Justicia Militar el mismo que está referido a: "El militar que practicare actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armados si fuera oficial, y con prisión si fuera individuo de tropa", considerando que la norma era inconstitucional por afectar el principio de igualdad, al haberse previsto que los actos sexuales contra natura, realizados en sede militar, sean consideradas como faltas disciplinarias y/o delitos, se trate de un oficial o miembro de la tropa, y no se haya previsto en iguales términos - en rigor, como un supuesto de falta disciplinaria -, la práctica, en general, de cualquier relación sexual en sede militar, no destinada a estos fines.

Por otro lado, a partir de dotar de contenidos a los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como al principio de inamovilidad de los jueces, el TC se pronunció por la inconstitucionalidad de:

- a) El nombramiento de los jueces militares por el Poder Ejecutivo. Incluso si ello ocurre de manera indirecta, por afectar los principios de independencia e imparcialidad.
- b) La integración de la justicia castrense por militares en actividad, así como el sometimiento de dichos funcionarios al régimen jurídico castrense y por ende a los principios de jerarquía, subordinación y obediencia. Ello lesiona la imparcialidad e independencia concluyó el TC.
- c) La existencia de subordinación entre los órganos de la justicia castrense y entre los integrantes de dichos órganos, por afectar el principio de independencia.
- d) El régimen de permanencia e inamovilidad temporal de los jueces militares en el cargo. Ello a juicio del TC vulnera la garantía de inamovilidad.
- e) La posibilidad de encomendar la defensa de oficio a militares sin formación jurídica y la consideración de la defensa de oficio como acto de servicio. Ello vulnera el derecho de defensa técnica de acuerdo al TC.
- f) El Ministerio Público Militar, toda vez que no se corresponde con el órgano constitucionalmente previsto para realizar las funciones requirentes y persecutorias propias del Ministerio Público.

De acuerdo al artículo 204° de la Constitución, así como al artículo 35° de la Ley N° 26435 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, vigente al momento de la publicación de la Sentencia del TC, los fallos de este órgano recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, vinculan a todos los poderes públicos, es decir despliegan sus efectos en el tiempo, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial. Sin embargo, en el caso de esta Sentencia, el TC decidió modular sus efectos en el tiempo, dado que se trataba de materia orgánica y procesal.

Es así que el TC decidió la *vacatio sententiae* de los efectos de su fallo, por el tiempo de 12 meses, periodo que debía computarse desde su publicación en el diario oficial, es decir, desde el 30 de octubre de 2004. Sin embargo, el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y su delegado solicitaron al Tribunal la aclaración de diversos puntos de la sentencia (Exp. N° 0023-2003-AI/TC). La aclaración de dicha sentencia fue publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de enero de 2005, entendiendo el TC que el plazo de 12 meses de *vacatio sententiae* antes mencionados, debía computarse desde esa nueva fecha. Es decir que la nueva Ley de Justicia Militar debería

estar expedida al 07 de Enero del 2006.

III. LEY N° 28665, DE ORGANIZACIÓN, FUNCIONES Y COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN MATERIA PENAL MILITAR POLICIAL

Efectivamente, dando cumplimiento a la Sentencia del TC, en el mes de Marzo 2005 se conformó un Grupo de Trabajo al que se le encargó elaborar los predictámenes de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar. Este grupo de trabajo estuvo conformado inicialmente por un representante del Tribunal Constitucional, un representante de la Corte Suprema de Justicia de la República, un representante del Ministerio Público, un representante del Ministerio de Defensa, un representante del Ministerio del Interior, dos representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar y dos representantes del Centro de Altos Estudios Nacionales – CAEN; posteriormente se invitó a un representante de la Defensoría del Pueblo.

El 07 de Enero del 2006, se publica en el Diario Oficial El Peruano, la Ley N° 28665 – Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, con lo cual supuestamente se daba cumplimiento al mandato del TC y se reformaba orgánicamente a la Justicia Militar. Sin embargo, casi de inmediato se hicieron conocer de manera pública los primeros análisis críticos con respecto a esta nueva Ley de Justicia Militar. Así se argumentó que la referida ley no era otra cosa que un maquillaje legislativo para sacarle la vuelta a la interpretación constitucional que plasmó el TC en las referidas sentencias del 2004 y, permitir así, que la justicia militar permanezca casi igual y, sobre todo, con un largo "periodo de gracia" de 4 años en el que permanecería casi intocada por efecto mismo de la citada Ley.

IV. DECRETO LEGISLATIVO N° 961 – NUEVO CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL.

De la misma manera y cumpliendo con la Sentencia del TC, el Congreso de la República por Ley N° 28636, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar mediante Decreto Legislativo, en un plazo de treinta y cinco (35) días hábiles el Código de Justicia Militar Policial.

El 11 de Enero del 2006, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 961 mediante el cual se aprueba el Código de Justicia Militar Policial, el mismo que consta de cuatro Libros, quinientos veintiséis artículos, dos Disposiciones Complementarias, cinco Disposiciones Finales y dos Disposiciones Transitorias.

Sobre el Nuevo Código de Justicia Militar Policial, la Resolución Defensorial N° 0018-2006/DP del 11 de Abril del 2006, en su acápite Sexto, dejó expresado que el concepto constitucional del delito de función y su desarrollo desde el Derecho Penal era desconocido por el Decreto Legislativo N° 961, que aprueba el Código de Justicia Militar Policial. En efecto, dice la citada Resolución, de la calificación del delito de función como un delito de infracción de deber y de la diferenciación de fines y roles asignados por la Constitución a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional se desprende, como lógica consecuencia, que debe diferenciarse necesariamente entre delitos de función militar y delitos de función policial, toda vez que los ámbitos de deberes extra penales o administrativos infringidos son distintos por mandato constitucional. Sin embargo, el Código de Justicia Militar elimina esta distinta configuración funcional de deberes que se

deriva de la Constitución, al considerar a militares y policías como sujetos activos de delitos en los cuales los deberes infringidos no competen a los segundos, ya que tienen relación con la garantía de la independencia, soberanía e integridad territorial. Así, es el caso del delito de posesión no autorizada de información tipificado en el artículo 79°, el delito de capitulación indebida tipificado en el artículo 118° o el delito de daños a operaciones por culpa tipificado en el artículo 136° del Código de Justicia Militar.

La citada resolución defensorial, también especifica que se vulnera el concepto constitucional del delito de función cuando el Código de Justicia Militar Policial (CJMP) tipifica como tales a conductas que en estricto configuran delitos comunes, ya que pueden ser cometidos por particulares, lo que se demuestra por el hecho que injustos con igual o similar contenido se encuentran tipificados en el Código Penal. Así, se identifican, por ejemplo, los supuestos típicos contemplados en artículo 66° del CJMP calificados como delitos de traición a la patria. Muchas de estas conductas están también tipificadas entre el artículo 325° al 334° del Código Penal, que también los denomina como delitos de traición a la patria. Por su parte, los delitos de rebelión, sedición y motín tipificados entre el artículo 68° al 77° del CJMP se encuentran contemplados con igual denominación en los artículos 346° a 353° del Código Penal. Otro tanto sucede con los delitos de ultraje a los símbolos patrios tipificados entre los artículos 81° y 82° del Código de Justicia Militar, mientras que figuras similares se encuentran tipificadas en los artículos 344° y 345° del Código Penal.

Lo cierto es, que tanto la Ley N° 28665 como el DL N° 961 – Código de Justicia Militar Policial, tan pronto se hicieron de conocimiento público mediante su publicación en el Diario Oficial El Peruano, fueron objeto de una serie de críticas y cuestionamientos con respecto a su constitucionalidad, derivando nuevamente en sendas demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

V. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR LA FISCAL DE LA NACION Y COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA CONTRA ALGUNOS ARTICULOS DE LA LEY N° 28665.

Con fecha 24 de Enero 2006, el Ministerio Público a través de la Fiscal de la Nación, solicita ante el Tribunal Constitucional se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de los artículos de la Ley N° 28665, por considerar que vulneran los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de autonomía del Ministerio Público, de independencia e imparcialidad, así como el derecho de igualdad ante la ley.

En la citada demanda, la Fiscal de la Nación cuestiona diversas disposiciones de la Ley N° 28665. En primer lugar, aquellas que “trasgreden los principios constitucionales de unidad y autonomía” del Poder Judicial y del Ministerio Público, al crearse de manera inorgánica una Sala Suprema Penal Militar Policial y Fiscales Supremos Penales Militar Policial; también se cuestiona el hecho que los magistrados siguen siendo militares en actividad que forman parte del “Cuerpo Judicial” y “Cuerpo Fiscal” penal militar policial, dependientes de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Fiscal Supremo Penal Militar Policial respectivamente, con lo cual se vulneran los principios de independencia, imparcialidad y objetividad en la actividad jurisdiccional.

La Fiscalía de la Nación rechaza aquellos artículos de la Ley que considera constituyen una “vulneración al principio de igualdad y no discriminación”. Entre ellos, el que dispone que

sólo los Vocales Supremos del cuerpo judicial militar policial desempeñaran la presidencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial, excluyendo a los dos Vocales Supremos de la Jurisdicción Ordinaria que también integran esta Sala.

El 17 de Febrero 2006, la Decana del Colegio de Abogados de Lima también solicita al Tribunal Constitucional, se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley N° 28665, por considerar que trasgreden los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de independencia e imparcialidad, de autonomía del Ministerio Público, de independencia del Consejo Nacional de la Magistratura, así como el derecho a la igualdad ante la ley.

VI. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAIDA EN LA DEMANDA PRESENTADA POR LA FISCAL DE LA NACION Y EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA CONTRA ALGUNOS ARTICULOS DE LA LEY N° 28665.

El 29 de Mayo del 2006, en una sentencia de más de 70 páginas, recaída en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC, el TC declaró fundada en parte la demanda formulada por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley N° 28665, por considerar que vulneraba los principios constitucionales de unidad e independencia de la función jurisdiccional en el caso del Poder Judicial, la autonomía del Ministerio Público y las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), así como el derecho a la igualdad ante la ley.

Asimismo, el TC precisa en su Sentencia que la Constitución ha establecido que la única materia que puede conocer la jurisdicción militar se encuentra limitada al conocimiento de los procesos penales en los que se verifique la comisión de delitos de la función militar. Considera que el legislador se encuentra prohibido de otorgar a esta jurisdicción la competencia para conocer cualquier otro tipo de materias, incluida procesos como los constitucionales cuya tramitación ha sido confiada a la jurisdicción constitucional.

Con respecto a la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima, el 13 de Junio del 2006, el TC dictó sentencia recaída en el Expediente N° 0006-2006-PI/TC, expulsando del ordenamiento jurídico diversos párrafos y frases contenidos en 15 artículos de la Ley N° 28665, en 4 de sus disposiciones transitorias y en 4 de sus disposiciones modificatorias y derogatorias. Entre ellos, los referidos al “Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial”, la función del Fiscal Supremo Penal Militar Policial de “defender la competencia de la justicia castrense en las contiendas que se promuevan”, la atribución del pleno del Consejo Superior Penal Militar Policial de formular propuestas de candidatos aptos para formar parte de dicho colegiado; la asignación a la Sala Suprema Penal Militar Policial del conocimiento de los delitos perpetrados por los jueces y fiscales que actúan ante la justicia militar; las atribuciones de la Oficina de Control de la Magistratura de la justicia castrense y de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público; y, la suspensión hasta por cuatro años de la facultad del Consejo Nacional de la Magistratura de nombramiento de jueces i fiscales militares.

VII. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA EN CONTRA DE ALGUNOS ARTICULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 961 – CODIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL.

El 08 de Mayo 2006, el Colegio de Abogados de Lima, plantea ante el TC una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 66 al 68, 70 al 76, 78 al 82, 90 al 93, 95 al 103, 106 al 111, 115 al 117, 119, 121 al 130, 132, 134 al 149 del Decreto Legislativo N° 961 publicado el 11 de Enero de 2006 en el Diario Oficial El Peruano (Exp. N° 0012-2006-AI/TC).

El 09 de Agosto del 2006, en Audiencia Pública, la Defensoría del Pueblo sustentó su posición ante el TC con respecto a la demanda planteada por el Colegio de Abogados de Lima.

Tanto para la Defensoría del Pueblo como para el Colegio de Abogados de Lima, el Nuevo Código de Justicia Militar Policial no respeta el concepto constitucional de Delito de Función, al sancionar como delito castrense conductas que pueden ser cometidas por civiles y no solo por militares y policías. Al mismo tiempo asume la tipificación de conductas calificadas como contrarias al Derecho Internacional Humanitario que, en sentido estricto, no protege intereses militares o policiales, sino bienes jurídicos comunes como la vida, la integridad o la salud. A su vez, contiene una serie de delitos que en rigor solo deben merecer sanciones disciplinarias por su escasa gravedad, con lo cual desnaturaliza al Derecho Penal que en el Estado constitucional sólo se debe utilizar para las infracciones graves. Es así como el pleno del Tribunal Constitucional dejó al voto la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima (CAL) y la Defensoría del Pueblo contra el Código de Justicia Militar Policial aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 961.

CAPITULO III

INVESTIGACION REALIZADA SOBRE LA VULNERACION DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCESOS DE TERRORISMO

SUMILLA: 1. el problema investigado. 2. la hipótesis de la investigación realizada 3. Problema: ¿Por qué en el Perú la legislación antiterrorista y los procesos por delito de terrorismo transgredieron el principio del debido proceso? HIPÓTESIS 1. variable independiente. Indicadores. 1. la agudización del fenómeno terrorista. 2. la naturaleza jurisdiccional anómala. Problema: ¿Cuáles son los principios del debido proceso que fueron vulnerados en los procesos por delito de terrorismo?. Hipótesis 2. Variable dependiente: Indicadores (7) 2.1 principio juez natural, 2.2. principio imparcialidad. 2.3. principio de independencia. 2.4. Derecho de defensa. 2.5. Derecho a la presunción de inocencia. 2.6. motivación de resoluciones judiciales. 2.7. non bis in idem. Problema: Qué factores contribuyeron para que se dicte una nueva legislación antiterrorista. Hipótesis 3. Variable dependiente. Indicadores (9). 1. Caso castillo Petruzzi CIDDHH, 2. caso Lori Berenson CIDDH, 3. CASO Cantoral Benavides CIDDHH, 4. Caso García Asto CIDDHHH. 5. caso Loayza Tamayo. 6. Sentencia TC 010.-2002-AI-TC, 7. STC 2468-04 HC/TC, 8. STC 2555-2004-HC/TC.9. STC 3563-2004-HC/TC. 10. STC 1029-2000 HC/TC

1. EL PROBLEMA INVESTIGADO

La presente investigación es de tipo causal explicativo y aplicativo, y tiene como finalidad buscar la verdad por el cual en el Perú la legislación antiterrorista y los procesos de terrorismo transgredieron el principio del debido proceso, así como determinar qué Principios del debido proceso fueron vulnerados en los procesos por delito de terrorismo; del mismo modo conocer los factores que contribuyeron para que se dicte una nueva legislación antiterrorista.

Todo esto, me conduce a establecer, en primer lugar, la importancia del principio del debido proceso en el tiempo y en el desarrollo de todo proceso, delimitando el trabajo al campo del derecho procesal penal, a fin de incorporar un correctivo en la legislación peruana que garantice un proceso justo y equitativo, acorde a los Tratados Internacionales en Derechos Humanos suscritos y ratificados por el Perú; segundo, determinar en qué medida el Estado Peruano, podía restringir los derechos fundamentales que protege el debido proceso, frente al conflicto armado interno con la subversión que atravesó en la década de 1980 al 1990.

1. LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

Con la finalidad de descubrir los motivos expuestos en el planteamiento del problema, he formulado dos hipótesis centrales, que corresponden a la respuesta tentativa de mi formulación del problema:

PROBLEMA: ¿POR QUE EN EL PERU LA LEGISLACION ANTITERRORISTA Y LOS PROCESOS POR DELITO DE TERRORISMO TRANSGREDIERON EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO?

HIPOTESIS 1

“En el Perú la Legislación Antiterrorista y los procesos por delito de Terrorismo transgredieron el principio del debido proceso, probablemente a causa de **la agudización del fenómeno del terrorismo** que consistieron en actos de aniquilamiento, sabotaje, distribución de propaganda, atentados, reclutamiento de menores, que puso en peligro la subsistencia del Estado Peruano y determinó que éste reaccionara desde distintos niveles tales como políticos, militar, jurídico, etc; y, desde el punto de vista jurídico, puso en vigencia **la legislación penal y procesal penal de emergencia** que incluía algunas prescripciones incompatibles con el debido proceso”.

A esta hipótesis le corresponde la **VARIABLE INDEPENDIENTE, la misma que contiene dos indicadores:**

1. LA AGUDIZACIÓN DEL FENÓMENO TERRORISTA

Expresado con el avance de la subversión del campo a la ciudad, en base a actos de aniquilamiento, sabotaje, distribución de propaganda, atentados, reclutamiento, que probablemente puso en peligro la subsistencia del Estado Peruano.

Estos datos han sido debidamente comprobados en expedientes por delito de terrorismo registrados en la Sala Penal Nacional ex Sala Nacional de Terrorismo, los mismos que constituyen el indicador de esta variable, tales como:

1.1. Atentados Terroristas

Para encontrar este indicador, procedí a analizar los siguientes expedientes:

1. Exp.Nº 600-2003 . atentado terrorista
2. Exp.Nº 512-2003 . atentado terrorista
3. Exp.Nº 443-2003 . atentado terrorista
4. Exp.Nº 018-2004 . atentado terrorista
5. Exp.Nº 567-2003 . atentado terrorista

En el **Expediente N°600-03**, verifiqué que entre los años 1991 a 1993 se cometió el atentado terrorista en la Provincia de Huaura; en el año 1991 derribaron la torre de alta tensión del electroducto Lima Trujillo – ubicada a la altura del kilómetro 6,700 de la carretera Huaura Sayán con carga explosiva; el 09 de noviembre de 1992 colocaron artefactos explosivos en el domicilio del Miguel Diaz La Rosa, alcalde de Huacho causando diversos daños materiales; asimismo en el hotel Garden ubicado en la Av.28 de Julio N°836 Huacho; hechos imputados al Comité Regional de Huallaga – Fuerza Local o Red Territorial de la agrupación subversiva Sendero Luminoso;

El Expediente N°512-03 contiene el hecho delictivo ocurrido el 29 de mayo de 1992, atentado con artefactos explosivos contra las instalaciones de la comisaría de Villa en el distrito de Chorrillos, utilizando quesos rusos, hecho imputado al comité Regional Metropolitano de Lima; El 22 de julio de 1992 atentado contra las instalaciones de los colegios General Emilio Soyer Caveró y Solís Ochoa en el distrito de Chorrillos habiendo sido su objetivo las instalaciones del Centro de Altos Estudios Militares (CAEM); El 26 de diciembre de 1992 atentaron contra las instalaciones de la embajada de Costa Rica y el consulado de Austria ubicado en el distrito de San Isidro utilizando un auto Volkswagen cargado de dos balones de gas propano y dinamita

En el **Expediente N°443-03** (Atestado 039 Diter- DINCOTE) se advierte que ocurrió el Atentado con coche bomba contra el hotel casino Maria Angola, hecho imputado al Comité Regional Metropolitano de la OT SL; Atentado terrorista ocurrido el 01 julio de 1995 en el domicilio del Congresista Victor Joy Way donde se hizo estallar un vehículo que contenía explosivos

En el **Expediente. N°18-04** se verificó el atentado terrorista ocurrido el 24 mayo 1996 con coche bomba en el frontis del hotel María Angola ubicado en la Av La Paz N°610 en Miraflores hecho atribuido a los Integrantes del Comité Zonal del Norte que formaba parte del Comité Regional Metropolitano de la OT. SL

En el Exp. 567-2003 se encuentra registrado los atentados terroristas en el año 1993, en la sede del edificio CAPECO y contra la sede del Hotel Miraflores.

1.2. Aniquilamientos selectivos

Para encontrar este indicador analicé los siguientes expedientes:

1. Exp.N°600-03. Aniquilamiento selectivo
2. Exp.N°512-03. Aniquilamiento selectivo
3. Exp.N°567-2003 Aniquilamiento selectivo

En el mismo **expediente 600-03** obran hechos probados de aniquilamiento selectivo, como el ocurrido en agravio del Regidor de la Municipalidad de Huaura, a quien asesinaron el 10 de agosto del año 1991, con arma de fuego, en un local comunitario ubicado a la altura del Kilómetro 155 Huaura, cuando celebraba un matrimonio Civil.

El 16 de diciembre de 1991 interceptaron el vehículo JEEP N° 621749 que se encontraba en la carreta comprendida entre el distrito de Huaura y la Ex hacienda Chacaca y dispararon mortalmente al efectivo policial Julián Rafael Olivera Angeles y a sus acompañantes.

Esta variable se relaciona con la variable dependiente correspondiente a la vulneración del principio del Ne Bis In Idem, puesto que el **Expediente 600-03**, fue tramitado por el Juez Militar Especial, el que emitió sentencia el 22 de mayo de 1996, imponiendo condena de cadena perpetua, entre otras. Asimismo, el Tribunal Militar declaró absueltos por delito de Traición a la patria a algunos de los implicados y luego se inhibió a favor de fuero común, por encontrarse responsabilidad por delito de Terrorismo. Esta decisión constituye una evidente infracción contra el Principio del Ne Bis in Idem, porque al declarar absueltos del delito de traición a la patria se pronunció sobre el fondo de los hechos, por lo que no cabe inhibición para que se le investigue por delito de terrorismo

Del mismo modo, se advierte que se violaron varios principios que integran el debido proceso: como es el principio del Juez Natural o Predeterminado por la Ley, la independencia, imparcialidad.

Expediente 512-03 El 05 de noviembre de 1992 asesinato del Coronel PNP Manuel Tumba Ortega en circunstancias que éste salía de su domicilio ubicado en la Av. República de Panamá N°4844 en el distrito de Surquillo; el 20 de enero de 1993

aniquilamiento del candidato de Cambio 90 a la Alcaldía de Villa El Salvador Alejandro Humberto Pantigoso Bell y Guillermina León Pérez en circunstancias que se encontraban en su dormitorio

En el Exp. 567-2003 se describe el asesinato del capitán PNP Jaier Valdivia Manrique ocurrido el 26 de abril de 1993 frente al inmueble de la Alameda José De la Riva Agüero N°241 Urbanización los Precursores Surco.

En el mismo Exp.N°567-2003 se verifica el atentado contra la vida del Teniente Alcalde de Villa El Salvador Cesar Augusto Soplín en el sector 2 grupo 8, resultando herido un miembro de su seguridad Juan Alberto Sánchez Durand ocurrido el 26 de julio de 1993

1.3. Reclutamiento de adolescentes

En el expediente 17-04 se advierte que la persona de Francisco Cotrina Rodriguez fue reclutado por el PCP-SL cuando tenía 15 años de edad, desde el año 1984 hasta fines de 1993, en circunstancias que integrantes de Sendero Luminoso en el año 1984 incursionaron en la población Monzón, recibió charlas y adoctrinamiento ideológico, instrucción militar, manejo y uso de armas de guerra, en enero de 1986 fue elevado a nivel de mando militar hasta noviembre de 1993 fecha en que se presentó como solicitante a la ley de arrepentimiento.

1.4. Algunas acciones primitivas contra los delincuentes y funcionarios estables considerados corruptos (ajusticiamientos).

Esta variable pude comprobar en el **Exp.N°17-04**, seguido contra Francisco Cotrina Rodríguez (Atestado 032-SECOTE-PNP-LP de fecha 06 de agosto de 1995), quien acogido a la Ley de Arrepentimiento, manifestó que la Organización Sendero Luminoso, en el año 1984 incursionó en la población Monzón, río Huallaga Aucayacu, ajusticiando a dos personas por ser rateros y soplones, en el cual él tuvo el cargo de combatiente.

1.5. Confiscación de vehículo

En el **Exp.N°18-04**, se advierte que el 15 octubre 1994 se produjo la confiscación de vehículo marca Daewoo en San Martín de Porres, atribuidos a integrantes de Sendero Luminoso, inyectaron al chofer el medicamento Ketalar vehículo que posteriormente sería usado para una confiscación de dinero por los integrantes del destacamento especial de la zona este de un camión de cerveza cristal por la zona de Motupe en Canto Grande; con fecha 01 de noviembre de 1994 confiscaron el vehículo marca Toyota en los Olivos, en el que igualmente se administró Ketalar al chofer, posteriormente el vehículo fue utilizado en la confiscación de dinero en un concesionario de la fábrica Donofrio

1.6. Informe de la Comisión de la Verdad. Capítulo 4 Dimensión Jurídica de los hechos.

Para confirmar mi primera hipótesis, en esencia la variable independiente – agudización del fenómeno terrorista – he recurrido a la revisión del texto del informe de la Comisión de la Verdad y reconciliación, específicamente en el Capítulo 4- Dimensión Jurídica de los hechos, en el que se precisa, que Sendero Luminoso para destruir el poder local, y construir

bases de apoyo, optó por una política de **aniquilamientos selectivos**, como una forma de lucha, indesligable de otras tácticas utilizadas en conflictos internos como **sabotajes**, emboscadas contra unidades militares aisladas o pequeñas. Del mismo modo optó por construir en aquellos lugares donde lograba sustituir a las autoridades locales, unidades armadas, para lo cual no vaciló en recurrir al **reclutamiento forzoso**, incluso de menores de edad.

De otro lado, se indica que el PCP-Sendero Luminoso, era un aparato organizado de poder. Sus militantes se integraban en diversos niveles organizativos a partir de la estructura de partido, Ejército Guerrillero Popular y masa. Su organización territorial privilegió la ubicación de Comités Regionales, Zonales y Locales (además del Metropolitano), con una estructura de mando claramente establecida. Los crímenes atribuidos a Sendero fueron ejecutados como consecuencia de una ideología que condicionó de manera casi absoluta la estrategia. El objetivo de destruir el «viejo Estado» justificó los asesinatos, matanzas y atentados terroristas.

1.7. Opinión de Experto en la lucha antiterrorista:

Del mismo modo, efectué una entrevista al General PNP Jesús Vargas Ramos, quien trabajó en la DICONTE en el año 1992, y fue el encargado de elaborar el atestado N°270-DINCOTE de fecha 02 de diciembre de 1992, el mismo que guarda relación con el expediente N°445-03, en el que aparece un informe que fuera redactado conjuntamente con el Mayor PNP José Bustamante Espinoza y el Comandante PNP Juan Corrales Sandoval, mediante el que explica como se iniciaron las acciones terroristas de Sendero Luminoso, “Entre los años 1963 a 1979 una facción del partido comunista del Perú en la que era militante Manuel Abimael Guzmán Reynoso, desarrolló la denominada reconstrucción partidaria, con la finalidad de obtener una ideología y estructura político militar con la intención de iniciar en el Perú la Lucha Armada a fin de procurar la conquista del poder de manera violenta y radical e instaurar un estado socialista en tránsito y proyección hacia el Comunismo siguiendo la concepción maoísta de la guerra popular, del campo a la ciudad, surge así el auto denominado Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso luego de conformar una estructura basada en los tres instrumentos de la revolución que son: Partido, Ejército y Frente y contando con una base ideológica llamada Marxismo, leninismo pensamiento Mao Tse Tung pensamiento Gonzalo el 19 de abril de 1980 declaró la guerra al Estado Peruano el accionar terrorista desde su inicio ha ejecutado diversos planes: Plan de Inicio, plan de desplegar la guerra de guerrillas, plan de conquistar bases de apoyo, plan de desarrollar bases de apoyo, gran plan de desarrollar bases de apoyo en función de la conquista del Poder las acciones delictivas de la OT SL iniciadas el 17 de mayo de 1980 se ha venido ejecutando mediante las denominadas Cuatro formas de lucha : **combates guerrilleros, aniquilamientos selectivos, sabotajes y agitación propaganda armada** a nivel nacional “.

2. La naturaleza jurisdiccional anómala

El segundo indicador de la variable independiente, viene a ser la respuesta del Estado Peruano frente al accionar terrorista, poniendo en vigencia una legislación penal de emergencia, que resquebrajó y vulneró el derecho fundamental que tiene toda persona a un debido proceso cuando está frente a un proceso penal.

En este contexto, el fuero privativo militar fue habilitado por Decreto Ley para juzgar a

civiles por el delito de Terrorismo; designándose jueces con identidad secreta para el juzgamiento de procesados por delito de Terrorismo.

El presente indicador ha sido verificado en los siguientes instrumentos:

2.1. Art. 173° de la Constitución Política de 1993.

La Constitución del Perú de 1979 reconocía a los jueces militares competencia para conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de las fuerzas armadas y policiales, de los delitos de traición a la patria cometidos por civiles en caso de guerra exterior, posteriormente la Constitución de 1993 en su Art. 173° amplió esta competencia restrictiva para conocer de los delitos de terrorismo y traición a la patria en caso de guerra suprimiendo el término exterior. De este modo, se dejó en manos del legislador la posibilidad de decidir cuando ampliar o no la competencia de la justicia militar.

2.2. Los Decretos Leyes N°25659, 25708, 25744, 25880 y 26671 que regulan y tipifican el delito de Traición a la Patria así como el juzgamiento por el tribunal militar

El **Decreto Ley N° 25659** del 12 de agosto de 1992, que tipificó el delito terrorismo en su modalidad agravada como delito de Traición a la Patria, esta norma jurídica, drástica por excelencia, estaba dirigida exclusivamente a combatir al delincuente terrorista que tenga la calidad de dirigente, líder, cabecilla, jefe u otro equivalente, la comisión del delito de terrorismo en concierto o banda, grupos armados, pelotones de aniquilamiento, al que utilice coche bomba o similares, utilice explosivos, armas de guerra, etc. para causar la muerte de las personas, así como el almacenamiento o posesión ilegal de explosivos, nitrato de aluminio o sus elementos. Además, este decreto ley somete el proceso de los involucrados en este delito al Fuero Privativo Militar, innovación que posteriormente es regulada

Mediante el **Decreto Ley 25744**, se establecieron plazos procesales especiales, de tal manera que el proceso judicial militar resultó ser eficaz y más rápido que los procesos judiciales en el Fuero Común pero con una flagrante violación de los derechos constitucionales.

El Decreto Ley N° 25708, del 10 de setiembre de 1992, estableció las normas de procedimientos para el delito de traición a la patria.

El Decreto Ley N° 25728, del 18 de setiembre de 1992, se facultó a los órganos jurisdiccionales a condenar en ausencia.

El Decreto Ley N° 25744, del 27 de setiembre de 1992, en el que se establecieron normas aplicables durante la investigación policial del delito de traición a la patria.

El Decreto Ley N° 25880, del 26 de noviembre de 1992, por el cual se tipificó la apología de los profesores con sus alumnos como delito de traición a la patria.

La Ley N° 26508, del 21 de julio de 1995, por la cual se tipifica como traición a la patria los actos de terrorismo de los arrepentidos.

Estas leyes citadas, afectaron las garantías del debido proceso y el pleno ejercicio de la defensa dada las limitaciones impuestas a los abogados y lo reducido de los plazos asignados a los procesos. En estos procesos se aplicó el procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de las operaciones, se concedió al juez militar un plazo máximo de diez días naturales para desarrollar las investigaciones y emitir sentencia.

Si bien los hechos que se cometieron a la competencia de los tribunales militares fueron calificados como traición a la patria, estos constituían figuras agravadas del delito de terrorismo, las mismas que ya estaban contempladas y sancionadas en el D. Ley. 25475

2.3. Decreto Ley N° 25475 que regula y tipifica el delito de Terrorismo y juzgamiento de los delitos de terrorismo

Este Decreto Ley en su texto original, del 5 de mayo de 1992, entre una de sus disposiciones contempló el nombramiento secreto de los vocales siendo posteriormente derogado por ley 26477 del 21 de abril de 1995, en ese mismo texto original se estableció tanto el carácter sustantivo como el procedimiento especial del delito de terrorismo, prohibió la procedencia de las acciones de garantía, la misma que luego fue restituida mediante ley 26248 del 24 de noviembre de 1993, inicialmente se reguló el derecho de defensa limitándose el patrocinio a no más de un encausado, posteriormente esta prohibición se derogó.

Asimismo, en la parte sustantiva, tipificó el delito de terrorismo de manera vaga e imprecisa, que vulneró el principio de taxatividad y legalidad de la ley penal, razón por la cual el Tribunal Constitucional, en la sentencia N°010-2002 caso Tineo Silva, precisó sus alcances, teniendo en cuenta sus tres modalidades de acción: atemorizar a la población, actos contra bienes o servicios, y examen de los medios típicos.

2.4. Las Resoluciones Administrativas de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, en los casos de Terrorismo

Mediante ley 26546 del 05 de noviembre de 1995 se crea la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. A través de normas de menor jerarquía que la constitución y las leyes precitadas, denominadas “Resoluciones Administrativas”, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial creó órganos jurisdiccionales con competencia a nivel nacional para determinados delitos sobre todo complejos como el de terrorismo, siendo estas las siguientes:

- La Resolución Administrativa de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial 510-CME-PJ de fecha 28 de octubre de 1997.

Dispone que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sea el órgano rector en la conducción, supervisión, y control del juzgamiento en los procesos penales por delito de Terrorismo señalados en el Decreto Ley 25475.

- La Resolución Administrativa 521-CME-PJ de fecha 19 de noviembre de 1997.

Se crea las Salas Superiores y juzgados en delitos de terrorismo con competencia a nivel nacional.

- La Resolución Administrativa N° 001-97-SPPCS-T-PJ de fecha 10 de diciembre

de 1997.

Creación de la Sala Penal Superior Corporativa con competencia a nivel nacional se integran las primeras Salas de las Cortes Superiores de Ancash, Arequipa Callao, Cuzco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, y Puno.

Estas normas de menor jerarquía vulneraron el principio del debido proceso, porque la creación de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial realizó las funciones de gobierno y gestión del Poder Judicial, dejando en suspenso muchos de los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial con la finalidad de que el aparato estatal tenga manejo político e injerencia en el Poder Judicial, como en los procesos de terrorismo, creando las Salas Especiales integradas por Jueces sin rostro. Al crearse Salas Superiores con competencia a nivel nacional, se vulneró el principio del Juez Natural porque solo la Corte Suprema tiene competencia a nivel nacional, serenando que los tribunales con sede en Lima se trasladaran al lugar donde estaba recluso el reo, practicándose juicios rápidos muchas veces llevando las sentencias ya elaboradas, lo que restringió el derecho de defensa de los justiciables, obviando practicar la prueba necesaria para llegar a la verdad material del delito, lo que vulneró el derecho a la presunción de inocencia.

PROBLEMA: ¿CUALES SON LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO QUE FUERON VULNERADOS EN LOS PROCESOS POR DELITO DE TERRORISMO?

HIPOTESIS 2

La siguiente hipótesis contiene el siguiente supuesto: “La legislación penal y procesal penal de emergencia por delito de Terrorismo, incluyó algunas prescripciones incompatibles con los principios del debido proceso, que probablemente vulneraron los principios de imparcialidad, independencia, juez predeterminado por la ley, derecho de defensa, presunción de inocencia,

La hipótesis 2, contiene una **VARIABLE DEPENDIENTE**, y éstas a su vez se encuentran integradas por **7 indicadores**:

1. Los procesos de terrorismo tramitados en el fuero militar y en el fuero común probablemente infringieron siguientes principios del Debido Proceso como:
 - 1.1. El principio del Juez Natural,
 - 1.2. El principio de imparcialidad,
 - 1.3. El principio de independencia,
 - 1.4. El principio del ejercicio del derecho de defensa,
 - 1.5. El principio de presunción de inocencia,
 - 1.6. El principio de la motivación de resoluciones judiciales
 - 1.7. el principio del Ne bis in idem

Estos indicadores se encuentran corroborados con los siguientes instrumentos:

2.5. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

INSTRUMENTOS:

Expedientes penales tramitados en el fuero militar por delito de Terrorismo desde el año 1992 al 1999

Me constituí a la Sala Penal Nacional, donde recabé información, relacionada con el número de expedientes que el fuero militar remitió al fueron común. En éstos verifiqué que tanto la instrucción como el juzgamiento lo realizaron los Jueces Militares quienes se identificaban con códigos secretos. **El universo muestral fue de 306 expedientes que corresponde a la totalidad de expedientes procedentes del fuero militar que se declaró la nulidad.**

Los Procesos seleccionados para la investigación que constituyen mi tamaño de muestra, en los que levante fichas documentales, son los siguientes, haga la acotación que considero que no es necesario colocar todos los número de expedientes porque hay un resultado PROBABILISTICO, quiere decir que el resultado de la investigación será el mismo, cual es, la nulidad de los procesos penales en aplicación del Decreto Legislativo N°922; Expedientes N° 512-2003, 445-2003, 600-2003,17-2004, 565-2003, 443-2003, 499-2003, 23-2004, 471-2003, 531-2003, 486-2003, 524-2004, 57-2004, 445-2003, 527-2003, 521-2003, 570-2003, 447-2003, 670-2003, 706-2004,729-2003, 034-94.TP-ZPE de los que me permito analizar los que a continuación aparecen:

1. **Exp. N° 527-2003.** contra Próspero Mesías Limay Silva Delito Traición a la patria. Decreto Ley N° 25659. El juez que investigó y sentenció en primera instancia fue el Juez Instructor militar Especial FAP identificado con clave NOL 1220. En segunda instancia conoció el Tribunal Militar Especial FAP integrado por un oficial identificado con clave ZYA-1002.
3. **Exp. N° 521-2003.** contra Jacinto Antonio Huayanay Gonzales y otros, por el delito traición a la patria. Decreto Ley 25659. el juez que lo investigó judicialmente y lo sentenció estuvo identificado con clave NLO- 1211
4. **Exp. N° 512- 2003.** contra Gerardo Salinas Galarza y otros. Delito Traición a la Patria. Art.3 del D.Ley 25659. el juez que investigó y sentenció fue del Juzgado Especial de la Marina identificado con clave 10003000.
5. **Exp. N° 600- 2003,** contra Hildebrando Saavedra. Delito Traición a la Patria. el juez que investigó y sentenció fue del Juzgado Militar Especial Ejército peruano. En segunda instancia El tribunal Supremo Militar Especial.
6. **Exp. N° 570-2003** seguido contra Juan Alberto Casaverde de Jesús. Delito traición a la patria. Fue juzgado y sentenciado por el Juzgado de Instrucción Permanente de la Marina. En segunda instancia por el consejo de guerra permanente de la zona judicial de la Marina.
7. **Exp. N° 447-2003** seguido contra Ricardo Gómez Paquiyanqui. Fue Juzgado y sentenciado por el Juzgado Militar Especial de la Fuerza Aérea; en segunda instancia por el Consejo de Guerra Permanente de la zona Judicial de la Fuerza Aerea
8. **Exp. N° 670-2003.** seguido contra Valentina Rodríguez Motta y otros. Delito traición a la patria Art.1 inciso a y Art.2 incisos a y b del Decreto Ley 25708. juzgado y

sentenciado por el Juez Instructor del a Marina identificado con clave BT 1000300 en segunda instancia el consejo de Guerra Especial de la zona judicial de la Marina. Hecho ocurrido el 19 junio de 1992

9. **Exp. N° 796-2004** la Sala Penal de la Corte suprema señala que la existencia tanto de la Sala Nacional de Terrorismo así como la de los Juzgados Especializados Penales en delitos de Terrorismo, no es una violación de principio de determinación legal del Juez, por cuanto, estos son órganos jurisdiccionales creados válidamente por las disposiciones orgánicas del Poder Judicial, y lo que se ha producido desde aplicación de principio especialidad material (sic); en consecuencia: declararon no haber nulidad de resolución que declara infundada la declinatoria de jurisdicción promovida por procesado en la instrucción que se le sigue por el delito de Terrorismo.
10. **Exp 729-2003.** seguido contra Marcela Ximena Gonzales Astudillo por el delito de traición a la patria y absuelta posteriormente por sentencia del 6 de octubre de 1993 el juzgado militar especial de la FSP resolvió declarar fundada la contienda de competencia promovida por la defensa de la recurrente por considerar que no existen indicios de que esta hubiera cometido el delito de traición a la patria debía ser juzgada en el fuero ordinario por el delito de terrorismo toda vez que carecía de competencia para sancionarla por la comisión de este delito.
11. **Exp 034-94.TP-ZPE** seguido contra Ricardo Condori Alvarez fue condenado por el delito de Traición a la Patria a 30 años de PPL por el juzgado Permanente del Ejército Peruano.

En estos procesos, los hechos delictivos ocurrieron entre 1992 a 1997 fueron tipificados como traición a la patria, y analizados los mismos conviene afirmar que existe un resultado probabilístico en éstos, todos han seguido un trámite sumarísimo ante el juzgado de instrucción permanente de la Marina, Fuerza Aérea o militar, a cargo de un oficial de armas, y en segunda instancia, los procesos fueron elevados en apelación al Consejo de Guerra Permanente de la zona judicial y en última instancia al Consejo Supremo de Justicia Militar.

Este hecho constituye, vulneración del principio del juez natural, ya que si bien la exclusividad de la función jurisdiccional a cargo de los jueces del Poder Judicial, tiene su excepción, puesto que se admite que el Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, las Comunidades Campesinas, la justicia arbitral y militar, administren justicia en la materia que les compete, sin embargo, en el caso del Tribunal Militar, sólo puede conocer de los delitos de función imputados a miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales. En cuanto a los delitos de traición a la patria, la Constitución de 1979 reconocía los jueces militares conocer delitos de traición a la patria cometidos por civiles en caso de guerra exterior, así como de las infracciones a las normas del servicio militar obligatorio, en cambio la constitución de 1993 amplía el abanico competencial y restrictivo, quedando el conocimiento de los casos por delito de traición a la patria en caso de guerra eliminando el término “exterior” lo que permitió que se dictara el paquete de decretos leyes como el 25659 que diseñaba el juzgamiento de civiles por delito de traición a la patria, encomendándose a jueces militares sin rostro con clave secreta.

1.2. VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD,

Tomando como unidad de análisis, los expedientes examinados en el indicador “juez

natural”, Expedientes N° 512-2003, 445-2003, 600-2003,17-2004, 565-2003, 443-2003, 499-2003, 23-2004, 471-2003, 531-2003, 486-2003, 524-2004, 57-2004, 445-2003, 527-2003, 521-2003, 570-2003, 447-2003, 670-2003, 706-2004,729-2003, 034-94.TP-ZPE resulta que los jueces militares administran justicia a nombre de los institutos castrenses y por ende del Estado, dada su condición de dependencia orgánica y funcional a los Institutos Armados.

1.3. **VULNERACION DEL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA,**

Del mismo modo, tomo como unidad de análisis los expedientes examinados anteriormente Expedientes N° 512-2003, 445-2003, 600-2003,17-2004, 565-2003, 443-2003, 499-2003, 23-2004, 471-2003, 531-2003, 486-2003, 524-2004, 57-2004, 445-2003, 527-2003, 521-2003, 570-2003, 447-2003, 670-2003, 706-2004,729-2003, 034-94.TP-ZPE. La justicia militar no tiene independencia institucional, puesto que jerárquica y administrativamente dependen del Poder Ejecutivo,

1.4. **VULNERACION DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

Del mismo modo, tomo como unidad de análisis los expedientes examinados anteriormente Expedientes N° 512-2003, 445-2003, 600-2003,17-2004, 565-2003, 443-2003, 499-2003, 23-2004, 471-2003, 531-2003, 486-2003, 524-2004, 57-2004, 445-2003, 527-2003, 521-2003, 570-2003, 447-2003, 670-2003, 706-2004,729-2003, 034-94.TP-ZPE, Exp. N° 567-2003.

EXP.N°567-2003. El encausado Jose Luis Capcha Huapaya fue condenado en el fuero militar a 30 años de PPL, por una serie de delitos, siendo uno de los hechos, haber participado en el mes de mayo de 1993 en el incendio del ómnibus de transporte público de la línea 9, sin embargo no existió ninguna prueba de cargo en su contra, quiere decir que no se individualizó su responsabilidad por cada hecho probado. De esta manera se vulneró el principio de la presunción de inocencia, por lo que por ese hecho debió absolverse de la acusación fiscal. Error que también cometió la Sala Penal Nacional en la sentencia de fecha 04 de noviembre de 2005 en el que no advirtió que no existían pruebas en su contra por ese delito y lo condenó en forma conjunta por todos los hechos que se le imputaban. Omisión que si se percató la Corte Suprema mediante Ejecutoria Suprema de fecha 15 de noviembre del 2006 en el que lo absuelve de la acusación fiscal por ese delito.

1.5 VULNERACION DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

Exp.N°443-2003, El indicador de la variable independiente de la agudización del fenómeno terrorista, específicamente del Atentado Terrorista encontrado en el se relaciona con la variable dependiente, **vulneración del derecho de defensa,** toda vez que el proceso fue investigado por el fuero militar el 07 de julio 1998, se dictó sentencia el 10 agosto 1998 y el 02 de diciembre de 1998 el Consejo Supremo de justicia militar emitió pronunciamiento, se advierte que se llevó a cabo en un proceso sumarísimo, donde se restringió el derecho de defensa del procesado.

Exp. N° 670-2003. seguido contra Valentina Rodríguez Motta y otros por delito de traición a la patria. Se abrió instrucción el 22 julio 1993 por el Juez Instructor Militar de la Marina. Fue sentenciada el 27 de julio del mismo año por el mismo juez. El 23 de agosto de 1993 el Consejo de Guerra Especial de la Zona Judicial de La Marina confirmó la sentencia impuesta de cadena perpetua. Se advierte que la encausada no tuvo el tiempo necesario

para preparar su defensa a través de su abogado defensor.

Otro caso de la vulneración del derecho de defensa, en el caso de la Reformatio In Peius, se observa en el **Exp.N°567-2003**.

- El procesado Elmer Acosta Bances fue sentenciado a 30 años de pena privativa de la libertad en el Juzgado Militar, el Tribunal Militar confirmó la penal y el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró Haber Nulidad y aumentó la pena a Cadena Perpetua. Lo cual afecta el derecho de defensa del procesado.
- Lo mismo ocurre con el sentenciado Roberto Palomino Quispe el Juzgado Militar lo condenó a 20 años, fue confirmado por el Tribunal Militar y el Consejo Supremo declaró haber nulidad y le impuso 25 años PPL
- En el caso del procesado Martín Vásquez Castellanos el juzgado militar lo sentencia a 20 años PPL, el tribunal Militar revoca la sentencia y lo absuelve, y el Consejo Supremo de Justicia Militar declara haber nulidad y lo condena a 15 años PPL.
- En similar situación está el procesado Alberto Cajo Pisconte fue absuelto por el Juzgado Militar por el delito de Traición a la Patria, el tribunal militar confirmó la absolución y remitió al fuero común por delito de Terrorismo y el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró Haber Nulidad y lo condenó a 25 años de PPL. Acá se observa la vulneración del derecho de defensa y del principio del NE BIS IN IDEM

(ver cuadro comparativo del Exp.567-2003)

- Exp. **N°670-2003** seguido contra Teodora Valentina Rodríguez Motta y Arquímedes Torres Ramirez. Este ultimo, fue sentenciado en primera instancia a 10 años de pena privativa de la libertad como autor del delito de traición a la patria, y en segunda instancia, revocaron la pena impuesta y le aumentaron a 20 años de pena privativa de la libertad

- Exp. N° **073-98** seguido contra Rutaldo Elmer Alejo Saavedra por el delito de terrorismo tipo base pero se le condenó por el delito de colaboración del delito de terrorismo, lo que vulnera el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia porque su defensa no estuvo basada en el análisis de la segunda imputación

1.7. **VULNERACION DEL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM**

Para encontrar este indicador analicé los siguientes expedientes

1. Exp.N°445-2003. vulneración del principio de ne bis in idem
2. Exp.N°567-2003. vulneración del principio de ne bis in idem
3. Exp.N°600-2003. vulneración del principio de ne bis in idem
4. Exp 034-94.TP-ZPE

En el **Exp.N°445-03**, el procesado Alex Isidro Vásquez fue sentenciado por el Tribunal Especial Militar con fecha 22 de diciembre de 1992 a cadena perpetua por el delito de Traición a la Patria, siendo confirmada la citada sentencia mediante resolución de vista de fecha 16 de marzo de 1993, la misma que por Ejecutoria del Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar de fecha 29 de junio de 1993, Exp.N°012-92/JME-EP declararon haber nulidad en el extremo que condena a Alex Isidro Vásquez como autor del delito de Traición a la Patria en agravio del Estado modificándola y revocándola absolviendo al mencionada Alex Ernesto Isidro Vásquez por delito de traición a la patria sobre la base de los mismos hechos que son materia de este juzgamiento recaídos en el Exp acumulado N°563-93. Por resolución de fecha 28 de abril del año 2005 la sala Penal Nacional declaró fundada la excepción de cosa juzgada deducida por Alex Ernesto Isidro

Vásquez en el proceso que se le sigue por delito de Terrorismo en agravio del Estado. En este proceso se observa claramente la vulneración del principio del NE BIS IN IDEM,

Me remito nuevamente a lo ocurrido en el **Exp. 567-2003** con el procesado Alberto Cajo Pisconte fue absuelto por el Juzgado Militar por el delito de Traición a la Patria, el tribunal militar confirmó la absolución y remitió al fuero común por delito de Terrorismo

El Expediente 600-03, fue tramitado por el Juez Militar Especial, el que emitió sentencia el 22 de mayo de 1996, imponiendo condena de cadena perpetua, entre otras. Asimismo, el Tribunal Militar declaró absueltos por delito de Traición a la patria a algunos de los implicados y luego se inhibió a favor de fuero común, por encontrarse responsabilidad por delito de Terrorismo. Esta decisión constituye una evidente infracción contra el Principio del Ne Bis in Idem, porque al declarar absueltos del delito de traición a la patria se pronunció sobre el fondo de los hechos, por lo que no cabe inhibición para que se le investigue por delito de terrorismo

Exp 729-2003. seguido contra Marcela Ximena Gonzales Astudillo por el delito de traición a la patria y absuelta posteriormente por sentencia del 6 de octubre de 1993 el juzgado militar especial de la FSP resolvió declarar fundada la contienda de competencia promovida por la defensa de la recurrente por considerar que no existen indicios de que esta hubiera cometido el delito de traición a la patria debía ser juzgada en el fuero ordinario por el delito de terrorismo toda vez que carecía de competencia para sancionarla por la comisión de este delito. Esta decisión constituye una evidente infracción contra el Principio del Ne Bis in Idem, porque al declarar absueltos del delito de traición a la patria se pronunció sobre el fondo de los hechos, por lo que no cabe inhibición para que se le investigue por delito de terrorismo

Exp 034-94.TP-ZPE seguido contra Ricardo Condori Alvarez fue condenado por el delito de Traición a la Patria a 30 años de PPL por el juzgado Permanente del Ejército Peruano. en el exp 34-94 se encontraba procesada por el delito de terrorismo y tenía la calidad de reo ausente, luego el 15 de enero de 1999 la Sala Penal Nacional declaró sobreseido este ultimo proceso en aplicación de la ley 26697 que se daba cuando el agente se encontraba cumpliendo condena efectiva impuesta por el fuero militar por delito de terrorismo o traición a la patria con más de 25 años de PPL y a su vez tenga otro proceso penal en giro o de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la aplicada. Que al haber anulado el sobreseimiento la Sala Penal nacional no vulnera el principio de ne bis in idem porque se trata de una sobreseimiento coyuntural, ope legis con carácter contingente.

En ese sentido, la Sentencia de fecha 17 de setiembre de 1997. Caso Loayza Tamayo establece en el Fundamento 76. “la Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución” sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla. Y en el Fundamento 77. De lo anterior la Corte Concluye que al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por lo que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado Peruano violó el artículo 8.4. de la Convención Americana.

VULNERACION DEL PRINCIPIO NEN BIS IN IDEM

EXPEDIENTE 567-2003

ACUSADOS	JUZGADO MILITAR SENT.14-03-94	TRIBUNAL MILITAR RES.05-01-95	CONSEJO SUPREMO RES.06-04-95	JUZGADO MILITAR SENT.08-05-98	TRIBUNAL MILITAR RES.19-06-98	CONSEJO SUPREMO RES.19-08-98	SENTENCIA SALA PENAL NACIONAL FECHA 05-11-2005
AUDAZ HUATAQUISPE VASQUEZ	30 AÑOS	CONFIRMO 30 AÑOS	HN 25 AÑOS				
ELMES ACOSTA BANCES	30 AÑOS	CONFIRMO 30 AÑOS	HN CADENA PERPETUA				30 AÑOS
JOSE LUIS CAPCHA HUAPAYA	30 AÑOS	CONFIRMO 30 AÑOS	NHN 30 AÑOS				25 AÑOS
DIOMEDES COSME PEÑA BACA	20 AÑOS	CONFIRMO 20 AÑOS	NHN 20 AÑOS				INIMPUTABLE
MARTIN VASQUEZ CASTALLANOS	20 AÑOS	REVOCARON ABSUELTO	HN 15 AÑOS				SE ENCUENTRA AL AMPARO DE LA 2DA DISPOSICION COMPLEMENTARIA DEL D.LEG. 922
ROBERTO PALOMINO QUISPE	20 AÑOS	CONFIRMO 20 AÑOS	HN 25 AÑOS				20 AÑOS
HUGO MOYA FLORES	20 AÑOS	CONFIRMO 20 AÑOS	NHN 20 AÑOS				20 AÑOS
SONIA HUERTAS ALCALA	20 AÑOS	AUMENTO A 25 AÑOS	NHN 25 AÑOS				CONMUTADA
ALBERTO CAJO PISCONTE	ABSUELTO	CONFIRMARON REMITIERON FUERO COMUN POR TERRORISMO	HN 25 AÑOS				ABSUELTO
ALEXIS CAÑOTE FAJARDO	AUSENTE			CADENA PERPETUA	CONFIRMARON CADENA PERPETUA	NHN CADENA PERPETUA	30 AÑOS
JACKSON VILCA HERRERA	AUSENTE			CADENA PERPETUA	CONFIRMARON CADENA PERPETUA	NHN CADENA PERPETUA	12 AÑOS
FABIAN FLORES ARONE	AUSENTE			30 AÑOS	REFORMARON A 20 AÑOS	HN INHIBICION	

COMENTARIO: EN EL PRESENTE PROCESO SE PUEDE OBSERVAR QUE SE VULNERO EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM DEL PROCESADO ALBERTO CAJO PORQUE LO ABSOLVIERON DEL DELITO DE TRAICION A LA PATRIIA CONFIRMARON LA ABSOLUCION Y LUEGO LO REMITIERON AL FUERON COMUN PARA QUE LO PROCESEN POR DELITO DE TERRORISMO Y EN EN CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR DECLARARON HN Y LO CONDENARON A 25 AÑOS POR TRAICION A LA PATRIA, LA SALA PENAL NACIONAL MANTUVO LA ABSOLUCION POR HABERSE VULNERADO EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM

11.1. Expedientes penales por delito de Terrorismo tramitados por jueces penales con identidad secreta desde el año 1992 al 1997

Me constituí a la mesa de partes de la Sala Penal Nacional, donde constaté -acudiendo a la información estadística que me proporcionaron - que desde el año 1992 a 1997 fueron tramitados 433 expedientes por Jueces del Poder Judicial con clave secreta, los mismos que posteriormente fueron declarados nulos en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°926.

Mi universo muestral para este tipo de procesos, fueron el acopio y análisis de los expedientes

- Exp. N° 76-2004
- exp. N° 04-93
- Exp. N°2312-2003
- Exp. N° 102-1994,
- Exp. N° 40-2004,
- Exp. N° 177-1993,
- Exp. N° 365-1993,
- Exp. N° 435- 1994,
- Exp. N° 779-1995

Exp. N° 76-2004, seguido contra Walter Sayas Baca. Juzgado por el Art.2 del Decreto Ley 25475 por el delito de terrorismo, fue sentenciado a 25 años de pena privativa de la libertad el 13 de enero de 1994 por Magistrados con clave secreta y por ejecutoria suprema de fecha 30 de mayo de 1995 se declaró no haber nulidad en la sentencia, también firmada por jueces con identificación secreta.

EXP. N° 04-1993

El objeto del D, Leg. N° 926 es regular la anulación de sentencias, juicios orales y de ser el caso declarar la insubsistencia de acusaciones fiscales en procesos seguidos por el delito de terrorismo en los que se aplicó la prohibición de la recusación prevista en el artículo 13 inciso h) del D. L. N° 25475. La dación de la citada norma obedece a la regularización o subsanación de los procesos por terrorismo en los que intervinieron Magistrados con identidad secreta, por ser inconstitucionales, ya que se vulneraron las garantías del debido proceso, pues al desconocer los encausados quienes iban a juzgarlos, les imposibilitaba saber si dichos magistrados incurrían en alguna causal por la que sus decisiones no tendrían la imparcialidad exigida en un debido proceso; por lo tanto, la acusación fiscal y que fuera expedida por un fiscal no identificado, se encuentra comprendida en forma expresa dentro de los alcances de nulidad precisados en el D. Leg. N° 926, deviniendo en nulos todos los actos procesales que han sobrevenido a dicha resolución.

EXP. N° 2312-2003

Que siendo así, la dación de la citada norma obedece a la regularización o subsanación de los procesos por terrorismo en los que intervinieron Magistrados con identidad secreta, por ser inconstitucionales, ya que se vulneraron las garantías del debido proceso, pues al desconocer los encausados quienes iban a juzgarlos, les imposibilitaba saber si dichos magistrados incurrían en alguna causal por la que sus decisiones no tendrían la imparcialidad exigida en un debido proceso; por lo tanto, la acusación fiscal que corre a fojas seiscientos diecisiete y que fuera expedida por un fiscal no identificado, se encuentra

comprendida en forma expresa dentro de los alcances de nulidad precisados en el decreto Legislativo tantas veces citado, deviniendo en nulos todos los actos procesales que han sobrevenido a dicha resolución, debiendo hacerse extensiva a los procesados Carmen Lucy Huánuco Fuentes, Luis Zavaleta Concepción, Carlos Percy Atahua Huaraca, Gertrudis Silvia Breuer Pilco, Elizabeth Clara Gonzáles Otoyá Santisteban, Luis Alberto Ramírez Araujo o Ramírez Aranda y Edgar Efraín Lozano Lozano, quienes tienen la misma situación jurídica.

La característica general de todos estos procesos es que fueron tramitados por jueces del Poder Judicial identificados con códigos secretos, el mismo que fue usado a partir del juzgamiento de estos procesados, por lo que vulneraron el derecho a un Juez natural, imparcialidad, independiente, y al derecho de defensa.

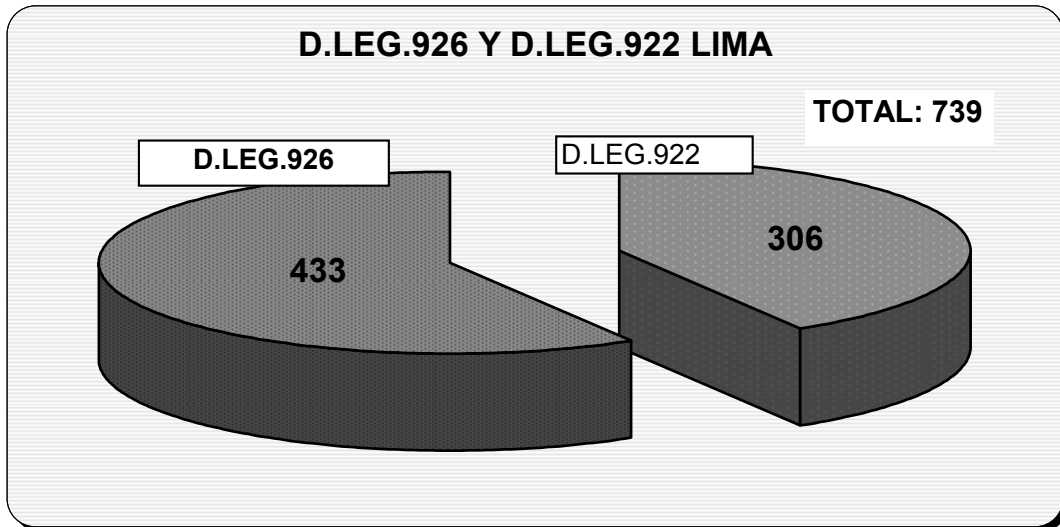
Cuadro Estadístico de los procesos que fueron declarados Nulos en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N°922 y N°926

**NUMERO DE PROCESOS DECLARADOS NULOS SALA PENAL NACIONAL
ENERO 2003 - ENERO 2005**

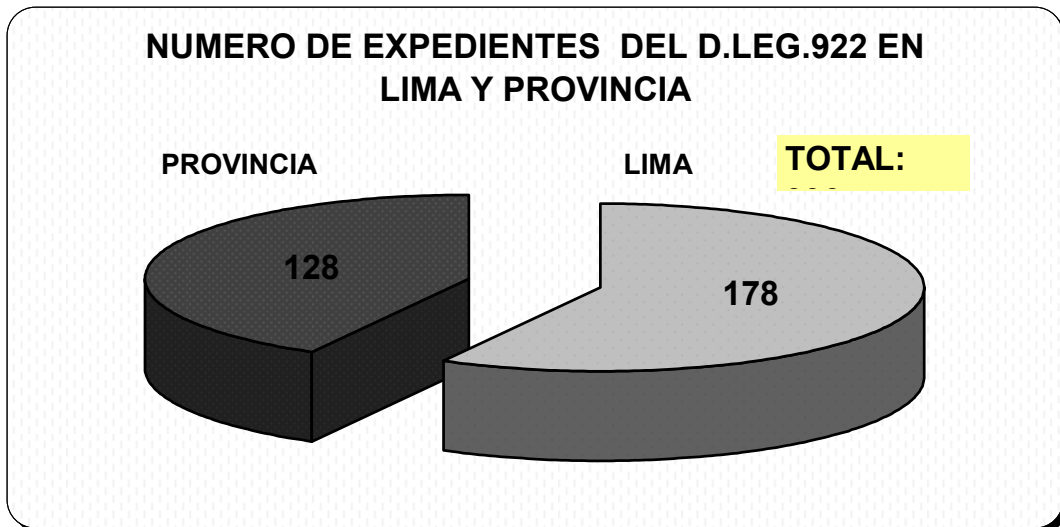
TIPO DE PROCESO	LIMA	REMITIDOS A PROVINCIA D.LEG.922	TOTAL
NULIDAD D.LEG.926	433		433
NULIDAD D.LEG.922	178	128	306
TOTAL	611		739

TOTAL DECLARADOS NULOS D.LEG.922 Y 926 SALA NACIONAL DE TERRORISMO	739
---	------------

**GRAFICO COMPARATIVO: NULIDADES D.LEG.926 Y D.LEG.922
SALA NACIONAL DE TERRORISMO
ENERO 2003 - DICIEMBRE 2004**



**GRAFICO COMPARATIVO: NUMERO DE EXPEDIENTES D.LEG.922
LIMA Y PROVINCIA
ENERO 2003 - DICIEMBRE 2004**



PROBLEMA: QUE FACTORES CONTRIBUYERON PARA QUE SE DICTE UNA NUEVA LEGISLACION ANTITERRORISTA

HIPOTESIS 3

Los factores que posiblemente contribuyeron para que se dicte una nueva legislación antiterrorista, determinando que se declaren nulos los procesos llevados a cabo por tribunales militares y Jueces del Poder Judicial con clave secreta, fueron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano”.

A esta hipótesis le corresponde la **VARIABLE DEPENDIENTE**, la misma que tiene 9 indicadores:

1. *caso Castillo Petrucci*. CIDH
2. *Caso LORI BERENSON MEJÍA*. CIDH
3. *Caso Cantoral Benavides*. CIDH
4. *Caso García Asto y Ramírez Rojas* CIDH
5. *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia del 17 de setiembre de 1997
6. *Sentencia de Inconstitucionalidad Exp.010-2002 AI/TC caso Tineo Silva*
7. *STC N°2468-2004-HC/TC, Caso Rosalinda Emma Rojas Miguel del 4 de octubre de 2004*
8. *STCN°2555-2004-HC/TC, Caso Ricardo Emilio Gómez Paquiyauri; 4 de octubre de 2004;*
9. *STC N° 3563-2004-HC/TC, Caso Armando Antezana Palomino; 28 de diciembre de 2004;*
10. *STCN°1029-2000-HC/TC Caso Rutaldo Elmer Alejo Saavedra de 118 enero de 2001*

Este indicador se verifica con los siguientes instrumentos:

1. El derecho a un juez independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley

El **Art.8.1 de la CADDHH** señala *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

La CIDDHH en el caso Castillo Petrucci consideró que el Código de Justicia Militar del Perú limitaba el juzgamiento militar de civiles por los delitos de traición a la patria a situaciones de guerra externa. Esta norma fue modificada en 1992, a través de un decreto-ley, al extender la posibilidad de juzgamiento de civiles por tribunales militares, en todo tiempo, en los casos de traición a la patria. En este caso, se estableció la competencia investigadora de la DINCOTE y un proceso sumarísimo “en el teatro de operaciones”, de acuerdo a lo estipulado por el Código de Justicia Militar. La Corte advirtió 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. En este sentido se definía en la propia legislación peruana (artículo 282 de la Constitución Política de 1979). 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 efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente

aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Que Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. 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. El Tribunal señaló que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, “lo cual 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; la Corte entendió que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal. Además, 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. Por esas consideraciones, la Corte declaró que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención sobre los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

JUECES SIN ROSTRO NO PERMITE VALORAR SU IDONEIDAD.

La CIDDH en el Caso LORI BERENSON MEJÍA. *Sentencia del 25 de noviembre de 2004* Determinó que además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria hubieran sido "sin rostro", determinó la imposibilidad de que el procesado conociera la identidad del juzgador y, por ende, valorara su idoneidad. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces

LOS DERECHOS A LA DEFENSA "EFICAZ" Y A UN JUEZ "IMPARCIAL" SON EXIGENCIAS DERIVADAS DEL DEBIDO PROCESO.

En el caso Cantoral Benavides (fundamento 127) la CIDDH señala que está probado en

la presente causa que en el desarrollo de las actuaciones realizadas por los jueces del fuero común se presentaron las siguientes situaciones: a) se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre el señor Cantoral Benavides y su defensor; b) el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la Dincote que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado inculpativo; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso; y c) los jueces encargados de llevar los procesos por terrorismo tenían la condición de funcionarios de identidad reservada, o "sin rostro" por lo que fue imposible para Cantoral Benavides y su abogado conocer si se configuraban en relación con ellos causales de recusación y ejercer al respecto una adecuada defensa.

LA DETENCIÓN ES ARBITRARIA CUANDO NO LO ORDENA UN JUEZ COMPETENTE E IMPARCIAL.

En el mismo caso Cantoral Benavides la Corte se pronuncia en el sentido de que el proceso adelantado contra el señor Luis Alberto Cantoral Benavides por la justicia penal militar violó lo dispuesto por el artículo 8°. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], referente al enjuiciamiento por juez competente, independiente e imparcial (*infra* párr. 115). En consecuencia, el hecho de que Cantoral Benavides hubiera sido puesto a disposición de un juez penal militar, no satisfizo las exigencias del artículo 7°.5 de la Convención. Asimismo, la continuación de la privación de su libertad por órdenes de los jueces militares constituyó una detención arbitraria, en el sentido del artículo 7°.3 de la Convención.

LA JUSTICIA MILITAR APLICADA A CIVILES VIOLA EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL E INFRINGE LOS LÍMITES DE SU COMPETENCIA NATURAL.

En esta misma sentencia (*supra* párr. 114) se ha pronunciado la Corte en el sentido de que la aplicación de la justicia penal militar a civiles infringe las disposiciones relativas al juez competente, independiente e imparcial (artículo 8°.1 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]). Eso es suficiente para determinar que las diligencias realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades del fuero privativo militar en relación con Luis Alberto Cantoral Benavides, no configuran el tipo de proceso que correspondería a los presupuestos del artículo 8°.4 de la Convención.

Esta determinación es congruente con el razonamiento de la Corte en los casos *Castillo Petruzzi y otros*, *Cesti Hurtado*, y *Durandy Ugarte*. En los dos primeros, este Tribunal ha declarado que la justicia militar aplicada a éstos viola las normas de la Convención Americana sobre el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, y en el tercero se ha pronunciado acerca de los límites de la competencia natural de la justicia militar.

TRIBUNALES SIN ROSTRO NO PERMITEN CONOCER LA IDENTIDAD DEL JUZGADOR Y VALORAR SU IDONEIDAD.

En el caso García Asto, la CIDDDHH ha tenido como probado que el señor Wilson García Asto fue juzgado por tribunales "sin rostro" (*supra* párrs. 97.27 y 98.28). lo cual determinó la imposibilidad de que éste conociera la identidad del juzgador y, por ende, pudiera valorar su idoneidad, conocer si se configuraban causales de recusación y ejercer una adecuada defensa ante un tribunal independiente e imparcial. Además, su juicio no fue hecho público. En este sentido la Corte observa que todo procesado tiene derecho a la publicidad de su proceso.

En este caso, la Corte observa que la sentencia de 15 de enero de 2003 de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima reconoció que el procedimiento al que fue sometido el señor Wilson García Asto violó principios fundamentales como el debido proceso, el de juez natural, el derecho de conocer si el juzgador resultaba competente y el derecho a no ser juzgado por jueces sin rostro, así como declaró nulo el primer proceso penal seguido en su contra en el fuero común por el delito de terrorismo en agravio del Estado (*supra* párr. 97.31).

JUEZ PREDETERMINADO Y SALAS PENALES ESPECIALIZADAS EN TERRORISMO.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 2468-2004-HC/TC, Caso Rosalinda Emma Rojas Migue del 4 de octubre de 2004 [fundamentos jurídicos 12 y 13 señaló que el derecho al juez predeterminado por ley ya ha sido materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal. Así, en las sentencias recaídas en los expedientes N°s 290-2002-HC/TC [Eduardo Martín Calmell del Solar], 1013-2003-HC/TC [Héctor Ricardo Faisal Fracalossi] y 1076-2003-HC/TC [Luis Bedoya de Vivanco], se ha señalado que el derecho a la jurisdicción predeterminada por ley implica, en primer lugar, que la competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de ley orgánica, lo cual supone: 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 cuando el artículo 82°, inciso 28, de la misma Ley Orgánica de Poder Judicial autoriza a crear y suprimir "Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia". Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la creación de juzgados y salas penales especializados en delitos de terrorismo no vulnera la reserva de ley derivada del derecho a la jurisdicción predeterminada por ley.

Respecto de la alegada creación de los órganos jurisdiccionales con posterioridad a la comisión de los hechos que se le imputan, este Tribunal ha señalado en las ya citadas resoluciones [Exp. N°s 290-2002-HC/TC, 1013-2003-HC/TC y 1076-2003-HC/TC] que el derecho al juez predeterminado por ley comporta también "la predeterminación (y no solo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia [...]; 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. Y, por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución [...], lo que implica que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que lo haya investido de jurisdicción y competencia

con anterioridad al inicio de la actuación judicial. Con ello se garantiza la independencia e imparcialidad del juez, que es el interés directo que se protege mediante este derecho constitucional".

Como resulta evidente, el Segundo Juzgado Penal Especializado en Terrorismo, órgano jurisdiccional ante el cual se sigue instrucción contra la recurrente, y la Sala Nacional de Terrorismo son órganos jurisdiccionales investidos de competencia en materia penal mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial, desde mucho antes del inicio del proceso penal contra la recurrente. Por tanto, el Tribunal Constitucional tampoco considera que se ha vulnerado: en el presente caso el derecho al juez predeterminado por ley.

JUEZ NATURAL EN TERRORISMO.

El tribunal constitucional en la sentencia N° 2555-2004-HC/TC, Caso Ricardo Emilio Gómez Paquiyauri del 4 de octubre de 2004, [fundamentos jurídicos 5, 6 y 7] precisa que en el segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, consagra el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho derecho es una manifestación del derecho al "debido proceso legal", o lo que, con más propiedad, se denomina también "tutela procesal efectiva"; en reiterada jurisprudencia, se ha declarado que el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresado en términos dirigidos a evitar que se juzgue a un individuo por "órganos jurisdiccionales de excepción" o por "comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

En ese sentido, exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. De esa manera se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de asuntos que deban ser ventilados ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido.

Al respecto, conforme a lo expuesto en el Expediente N° 1330-2002-HC, el Tribunal Constitucional tampoco considera que se haya violado el derecho al juez natural como consecuencia de que el Segundo Juzgado Especializado en Terrorismo haya juzgado al accionante, ni tampoco que éste haya sido creado por resolución administrativa; en realidad, no es dicha resolución administrativa la que crea el juzgado penal emplazado, sino que éste, el Juzgado Especializado de la Corte Superior, como órgano se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. A lo único que se limita la resolución administrativa es a señalar determinadas subespecialidades de algunos juzgados previamente creado por ley. De ello se colige que el Segundo Juzgado Especializado en Terrorismo emplazado es competente para conocer del proceso seguido contra el actor; de modo que, en el caso, no se ha violado el derecho a la jurisdicción preestablecida por la ley ni el derecho a un juez competente, imparcial e independiente.

2. DERECHO DE RECURRIR DEL FALLO ANTE JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR

El Art.8.2.H de la CADDHH señala: toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las

siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

En el **caso Castillo Petruzzi**, la Corte observó que de conformidad con la legislación aplicable a los delitos de traición a la patria, se ha establecido la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y recurso de nulidad contra la de segunda instancia. Aparte de estos recursos, existe el extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada, fundado en la presentación de prueba superviniente, siempre y cuando no se trate de una persona condenada por traición a la patria en calidad de líder, cabecilla o jefe, o como parte del grupo dirigenal de una organización armada. En el caso en estudio, los recursos de apelación y nulidad fueron ejercidos por los abogados de los señores Castillo Petruzzi, Mellado Saavedra y Pincheira Sáez, mientras que el recurso extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada fue interpuesto por la abogada del señor Astorga Valdez. Finalmente, existía un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia contra las resoluciones de la jurisdicción militar relativas a civiles. Este recurso, consagrado en la Constitución Política de 1979, vigente al momento de la detención y aplicable en el procesamiento de las víctimas, fue modificada por la Constitución Política promulgada el 29 de diciembre de 1993, que señalaba que el mencionado recurso sólo cabía en los casos de traición a la patria cuando se impusiera la pena de muerte. Al presentar los abogados de los señores Castillo Petruzzi y Astorga Valdez los recursos de casación, éstos fueron rechazados en aplicación de la norma constitucional vigente. La Corte advirtió que, según declaró anteriormente los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece. Por todo lo expuesto, la Corte declaró que el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención.

3. DERECHO DE DEFENSA

1.1. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

La Convención Americana de Derechos Humanos en el Artículo 8.2B y 8.2C señala: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda*

persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas, comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”.

La CIDDDH en el caso Castillo Petruzzi, observó que el artículo 717 del Código de Justicia Militar, norma aplicable a los casos de traición a la patria, establecía que una vez producida la acusación fiscal se pondrán los autos en conocimiento de la defensa por espacio de doce horas. En el presente caso, la acusación fiscal fue presentada el 2 de enero de 1994 y los abogados pudieron consultar el expediente el 6 de los mismos mes y año por un lapso muy reducido. La sentencia se dictó al día siguiente. De acuerdo con la legislación aplicable, la defensa no pudo interrogar a los agentes de la DINCOTE que participaron en la fase de investigación. El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación. La condena del señor Astorga Valdez pone aún más en evidencia la escasa posibilidad de ejercer una defensa efectiva del inculpado. En dicho caso, el inculpado fue condenado en última instancia con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir. La Corte estimó que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.

1.2. El derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

La Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8.2 D señala

“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”;

La Corte Interamericana en el caso Castillo Petruzzi consideró, tal y como ha quedado demostrado, que de conformidad con la legislación vigente en el Perú, las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la DINCOTE, cuando se les nombró un defensor de oficio. Por otra parte, cuando los detenidos tuvieron la asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio limitada. La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, *per se*, una violación del artículo 8.2.d de la Convención. Sin embargo, en casos en que, como en el presente, ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la Corte ha declarado que

hay violación del artículo 8.2.d de la Convención. Por todo lo expuesto, la Corte declaró que el Estado violó el artículo 8.2.d de la Convención.

3.3. RESTRICCIONES AL DERECHO DE DEFENSA EN EL FUERO MILITAR.

En el caso LORI BERENSON MEJIA La CIDDDHH señaló que La restricción a la labor de la defensa de la presunta víctima y la escasa posibilidad de presentar pruebas de descargo durante el proceso seguido en el fuero militar han quedado demostradas en este caso (supra párr. 88.27). Efectivamente, la presunta víctima no tuvo conocimiento oportuno y completo de los cargos que se le hacían; se obstaculizó la comunicación libre y privada entre la señora Lori Berenson y su defensor; los jueces encargados de llevar los procesos por traición a la patria tenían la condición de funcionarios de identidad reservada o "sin rostro", por lo que fue imposible para la señora Lori Berenson y su abogado conocer si se configuraban causales de recusación poder ejercer una adecuada defensa; y el abogado de la presunta víctima sólo tuvo acceso al expediente el día anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de la defensa fueron meramente formales. No se puede sostener que la presunta víctima contara con una defensa adecuada.

3.4. EL DERECHO DE DEFENSA: relativo a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y el de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (ART. 8.2.F CADDHH)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi consideró que la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, tal como ha sido consignado, 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. Tal como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su Defensa. La Corte entendió que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En la Sentencia de la CIDDDHH en el Caso García Asto y Ramírez Rojas del 25 de noviembre de 2005

El Tribunal ha señalado que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. El artículo 13.c del Decreto Ley N° 25475 establecía que "[e]n la [i]nstrucción y en el [j]uicio no se podrá ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razones de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial". Por lo anterior, el señor Wilson García Asto no pudo interrogar a los policías que intervinieron en la elaboración de los atestados policiales que sirvieron de base para fundamentar los cargos en su contra.

La Corte considera, como lo ha hecho anteriormente y tomando en cuenta el reconocimiento de hechos anteriores a septiembre de 2000 por parte del Estado, que el artículo 13.c del Decreto Ley N° 25475 aplicado a este caso, impidió ejercer el derecho a interrogar a los testigos en cuyas declaraciones se sustenta la acusación contra la presunta víctima. Por lo anterior, el Estado violó el artículo 8.2.f de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson García Asto.

3.5. **El TC en el Exp.1029-2000 HC/TC caso Rutaldo Elmer Alejo** Saavedra señala que se vulneró el Principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, porque el accionante fue acusado como autor del delito de terrorismo no se le ha debido condenar como autor del delito de colaboración con el terrorismo, pues resulta ilógico suponer que su defensa no estuvo basada en el análisis de la segunda imputación sino específicamente en la primera de ellas, siendo por otra parte irrelevante a estos efectos si el tipo penal de colaboración resulta o no más benigno que el de terrorismo en general, pues lo que se evalúa no es la gravedad del tipo penal, sino las opciones reales de defensa que tiene el procesado frente a la imputación que se le formula.

4. PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD DEL PROCESO PENAL.

El Art. 8.5 de la CADDHH señala que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

La Corte Interamericana consideró probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.5 de la Convención.

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO SÓLO SE RESTRINGE POR "RAZONES NECESARIAS" PARA PRESERVAR LOS INTERESES DE LA JUSTICIA.

En el caso Cantoral Benavides se probó que varias audiencias que se realizaron en el proceso ante el fuero común, fueron llevadas a cabo en el interior de establecimientos carcelarios (*supra* párr. 63.p). Lo anterior es suficiente para constatar que el proceso adelantado por el fuero común contra Luis Alberto Cantoral Benavides, no reunió las condiciones de publicidad que exige el artículo 8°.5 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]. El Estado no presentó informaciones ni argumentos que demostraran que se debían restringir las condiciones de publicidad del proceso por ser "necesario para preservar los intereses de la justicia", como lo prevé el artículo 8°.5 de la Convención. La Corte considera que, dadas las características particulares de Luis Alberto Cantoral Benavides, el proceso que se le siguió podía desarrollarse públicamente sin afectar la buena marcha de la justicia.

7. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EXIGE PRUEBA SUFICIENTE PARA SER ENERVADA. El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8°.2 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla

En el caso Urcesino Ramírez Rojas la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. En el presente caso, dicha garantía judicial no fue respetada por el Estado. La sentencia de primera instancia de 30 de septiembre de 1994 en contra del señor Urcesino Ramírez Rojas desestimó los argumentos y las pruebas presentados por éste, al señalar que "las mismas [...] resulta[ban] insubsistentes por cuanto ello[, refiriéndose a su inocencia,] no ha[bía] sido aparejado [sic] con ninguna otra prueba que derrostrara] su inculpabilidad" (*supra* párr. 97.83). Al presumir la culpabilidad del señor Urcesino Ramírez Rojas, requiriendo a su vez que sea el propio señor Urcesino Ramírez Rojas el que demuestre su inculpabilidad, el Estado violó el derecho de presunción de inocencia consagrado en el artículo 8.2 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], en conexión con el artículo 1.1 de la misma.

8. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

EXISTIRÁ *NON BIS IN IDEM* SI EL FUERO ORDINARIO PRETENDE PROCESAR POR LOS MISMOS HECHOS RESPECTO A LOS CUALES EL FUERO MILITAR "ABSOLVIÓ" EN LUGAR DE DECLARARSE INCOMPETENTE.

En el caso loayza Tamayo la corte determinó que en cuanto a la denuncia de la Comisión sobre violación en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo de la garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento, la Corte observa que el principio de *non bis in ídem* está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención en los siguientes términos:

El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo "delito"), la Convención Americana utiliza la expresión "los mismos hechos", que es un término más amplio en beneficio de la víctima.

En el caso presente, la Corte observó que la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria que está

estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de una lectura comparativa del artículo 2º, incisos a, b y c del Decreto Ley N° 25659 (delito de traición a la patria) y de los artículos 2º y 4º del Decreto Ley N° 25475 (delito de terrorismo).

Ambos decretos leyes se refieren a conductas no estrictamente de limitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la "propia Policía (Dincote)" Por lo tanto, los citados decretos leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.

El Juzgado Especial de Marina, en sentencia de fecha 5 de marzo de 1993, que quedó firme después de haberse ejercido contra la misma los recursos respectivos, absolvió a la señora María Elena Loayza Tamayo del delito de traición a la patria y agregó que apareciendo de autos evidencias e indicios razonables que hacen presumir la responsabilidad... por delito de Terrorismo, ilícito penal tipificado en el Decreto Ley número 25475, procede remitir copia certificada de todos los actuados policiales y judiciales al Fiscal Provincial de Turno... a fin de que conozcan los de la materia y proceda conforme a sus atribuciones legales.

La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra "absolución", sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.

NO SE AFECTA EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM, CUANDO EL FUERO MILITAR SIN PRONUNCIARSE SOBRE EL FONDO DECLINA SU COMPETENCIA.

En el caso Lori Berenson Mejía la CIDDHH determinó que el proceso ante el fuero militar seguido contra la señora Lori Berenson acabó con una resolución firme expedida por el Consejo Supremo de Justicia Militar, sin pronunciarse sobre el fondo, declino la competencia a favor del fuero ordinario. En consecuencia, no habiéndose producido un pronunciamiento sobre en el fuero militar, no excite el supuesto de hecho imprescindible para declarar que se ha afectado el principio *non bis in ídem*.

En el caso García Asto la CIDDDHH determinó que "El tipo penal de terrorismo del artículo 319° del Código Penal vigente en 1991 y el descrito en el artículo 2° del Decreto [Ley N°] 25475 de 1992, al definir dicha conducta orientan la interpretación sobre los otros dispositivos penales que tipifican las diferentes modalidades de conducta [...]. Una interpretación judicial aislada de cada norma para subsumir indeterminadamente la conducta del procesado y sentenciado no sólo viola el principio del *non bis in ídem* sino que tiene graves consecuencias en el desarrollo del debido proceso y el derecho a la libertad";

9. PRINCIPIO DEL PLAZO RAZONABLE

LA DETENCIÓN ES ILEGAL, CUANDO NO SE RESPETA EL PRINCIPIO DE NECESIDAD QUE OPERA INCLUSO EN SITUACIONES EXCEPCIONALES DE EMERGENCIA.

En el caso Cantoral Benavides, la CIDDDHH ha señalado que: [Si] la suspensión de garantías no debe exceder [...] la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente. En el marco de la lucha contra el terrorismo, el Estado expidió los Decretos Leyes N° 25475, de 5 de mayo de 1992, referente al delito de terrorismo, y N° 25744 de 27 de septiembre de 1992, relativo al delito de traición a la patria. El primero de ellos dispuso, en su artículo 12°.c, que una persona presuntamente implicada en el delito de terrorismo podía ser mantenida en detención preventiva por un plazo no mayor de 15 días naturales, con cargo de dar cuenta dentro de 24 horas al Ministerio Público y al juez penal. De acuerdo con el artículo 2°.a del Decreto Ley N° 25744, el mencionado término de 15 días podía ser prorrogado por un periodo igual sin que la persona fuera puesta a disposición de autoridad judicial. En todo caso esta Corte ha señalado que este tipo de disposiciones contradicen lo dispuesto por la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] en el sentido de que [t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales". Que está probado que Luis Alberto Cantoral Benavides fue mantenido durante muchos días en un estado de ignorancia sobre los motivos de su detención y los cargos que se le imputaban (*supra* párr. 63. a. y e.)

8 AÑOS DE DURACIÓN DE UN PROCESO VIOLA EL DERECHO DE SER OÍDO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE.

En el caso Ramírez Rojas la CIDDDHH señala que el plazo razonable en el primer proceso seguido en contra del señor Urcesino Ramírez Rojas, este Tribunal observa que transcurrieron más de 38 meses desde que la presunta víctima fuera detenida (*supra* párr. 97.70) hasta que fuera condenada en primera instancia (*supra* párr. 97.83), más de 48 meses desde la detención hasta la confirmación de la sentencia en segunda instancia (*supra* párr. 97.85) y más de 8 años en total desde la detención hasta la desestimación del recurso de revisión interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia (*supra* párr. 97.86). A raíz del reconocimiento de estos hechos realizado por el Estado, el Tribunal considera que dicha demora constituyó *per se* una violación del derecho del señor Urcesino Ramírez Rojas a ser oída dentro un plazo razonable consagrado en el artículo 8.1 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos].

Sentencia N° 10-2002-AI/TC del Tribunal Constitucional de fecha 04 de enero del año 2003

El 4 de enero de 2003 se publicó la sentencia del Tribunal Constitucional por la cual se declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos de los decretos leyes que conformaron el marco normativo antiterrorista promulgado desde mayo de 1992. Esta sentencia constituye un punto de quiebre de una legislación que no corresponde ni estaba acorde a los principios esenciales de un estado de derecho.

El Tribunal Constitucional Peruano para evitar un vacío legislativo dictó una sentencia interpretativa y exhortativa en materia penal. Y es que si hubiera declarado inconstitucionales en su totalidad los decretos leyes sobre terrorismo y traición a la patria no hubiera existido norma especial que aplicar a los nuevos procesos judiciales que se vienen llevando a cabo. Por eso, optó por dictar una sentencia distinta que le permitiera una mayor flexibilidad pero que requería la intervención tanto del órgano legislativo como del Ministerio Público y del Poder Judicial (ABAD, 2003).

Desde esta perspectiva, el TC examinó la validez constitucional de los cuestionados decretos leyes, para finalmente resolver: DECLARAR FUNDADA, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: se declaró inconstitucionales el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475 así como la frase “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego” y “En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación” del artículo 20° del Decreto Ley N° 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12° del mismo Decreto Ley 25475. Asimismo, fueron declarados inconstitucionales los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 7° del Decreto Ley N° 25659. También la frase “o traición a la patria” del artículo 6° del mismo Decreto Ley N° 25659 y los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Ley N° 25708; los artículos 1 y 2° del Decreto Ley N°25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2°, 3°, y 4° del Decreto Ley N° 25744. ASIMISMO, exhortó al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos Nos 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2°, 3°, incisos b) y c); y 4°, 5° y 9° del Decreto Ley N° 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N° 205 de esta sentencia. Finalmente, a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los fundamentos 229 y 230 de esta sentencia.

A continuación pasaré a realizar un breve resumen de los fundamentos que motivaron al Tribunal Constitucional para declarar la nulidad de las leyes que vulneraron los principios del derecho procesal penal y penal.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Empecemos con la declaración de inconstitucionalidad del delito de traición a la patria y del juzgamiento de civiles por militares.

El Tribunal Constitucional señaló que la creación del delito de traición a la patria y el

otorgamiento de competencia a los tribunales militares para juzgar civiles por este delito ha sido uno de los aspectos más cuestionados desde que se promulgó el decreto ley 25659. Dicho decreto calificó como traición a la patria algunas figuras agravadas del delito de terrorismo, tales como la utilización de coches bomba, el almacenamiento o posesión ilegal de armas, la pertenencia al grupo dirigenial, la pertenencia a los pelotones de aniquilamiento y el suministro de información para favorecer la colocación de coches bomba

En opinión 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”. En mérito de dichas razones el Tribunal estima que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° del decreto ley 25659 y por conexión, debe extender los efectos a los artículos 3°, 4°, 5° y 7° del mismo decreto. Por idéntica razón son inconstitucionales los artículos 2°, 3° y 4° del decreto ley 25744.

Como consecuencia de ello el Tribunal Constitucional declara que el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325° del Código Penal mantiene su plena eficacia puesto que no había sido derogado sino que se encontraba en suspenso

Sobre la Inconstitucionalidad del delito de traición a la patria

Es importante explicar que es inconstitucional el delito de traición a la patria, porque no regula ningún ilícito nuevo. Se trata de los agravantes del delito de terrorismo, ya previstos en el D.L. N° 25475. Así, ante un mismo ilícito cometido pueden existir dos tipos penales aplicables: terrorismo o traición a la patria. Ello vulnera el principio de legalidad penal y de razonabilidad. El tribunal ha establecido que los delitos de traición a la patria previstos en el D.L. 25659 quedan asimilados en los artículos del D.L. 25475 (EL PERUANO, 2003).

Esta decisión del tribunal Constitucional es relevante, puesto que las recomendaciones de los organismos del sistema interamericano han estado dirigidas especialmente a cuestionar la vaga definición de este delito y además solicitar su modificación.

Inconstitucionalidad del artículo 7° del Decreto Ley 25475 y del artículo 1° del Decreto Ley 25880, que regulan el delito de apología del terrorismo.

Estas disposiciones que regulan el delito de apología del terrorismo son inconstitucionales por las siguientes razones: **Primero**, porque tipifican el delito de manera genérica e imprecisa, lo que supone una afectación del principio de legalidad penal. **Segundo**, porque ello, a su vez, supone una afectación de las libertades de información y expresión. **Tercero**, porque existiendo ya el artículo 316° del Código Penal que regula el delito de apología del terrorismo de manera mucho más específica y clara, estas normas suponían una sobrecriminalización innecesaria. Por eso, es pertinente tomar en cuenta los requisitos establecidos por el TC, a la luz de los cuales debe ser interpretado el delito de apología previsto en el artículo 316° del CP (EL PERUANO, 2003).

Para la sentencia, la represión penal de manifestaciones o expresiones debe realizarse con un respeto escrupuloso de los límites del poder punitivo del Estado, con la finalidad de que estos no terminen impidiendo el ejercicio de derechos o libertades constitucionales de los

ciudadanos. Por ello el TC considera que el Art. 7° del Decreto ley 25475 es inconstitucional.

EL JUEZ PRETERMINADO POR LA LEY

Sobre el juzgamiento de civiles por militares. El Tribunal hace suyo los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidos en las sentencias de los casos Castillo Petruzzi y Cantoral Benavides y señala que “la autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al Juez natural”. Para el TC si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado “en el sentido que se ha venido efectuando”, esta no es la única interpretación, ya que una interpretación literal supone que dicho artículo “no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria y terrorismo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”.

El juzgamiento de civiles por tribunales militares es atentatorio del derecho al juez natural. Los civiles, siempre y en todos los casos, deberán ser juzgados por tribunales civiles, pues a la jurisdicción militar únicamente compete el procesamiento de los propios militares y siempre que se trate de delitos de función. Por ello, el TC ha considerado que ni aun el artículo 173° de la Constitución de 1993 autoriza tal posibilidad (EL PERUANO, 2003).

Por tales fundamentos el TC considera inconstitucionales el artículo 4° del decreto ley 25659 y el artículo 2° del decreto ley 25880298 y, por conexión, también los artículos 2° y 3° del decreto ley 25708299. Esta declaración de inconstitucionalidad pone punto final a la competencia de los tribunales castrenses para juzgar civiles y además constituye una pauta fundamental para el proceso de reforma de la justicia militar.

Sobre los Tribunales sin rostro

Sobre este tema, el TC ha previsto que existe sustracción de la materia, pues la Ley 26671 derogó tácitamente toda aquella legislación que proscribía la posibilidad de identificar a los jueces encargados de procesar a terroristas (EL PERUANO, 2003).

Si bien la creación de estos tribunales especiales fue justificada por el peligro para los magistrados encargados de juzgar a los terroristas para el Relator Especial de la ONU aunque existiera una necesidad real de aplicar medidas para proteger la integridad física de los jueces y los auxiliares de justicia, esas medidas deberían ser compatibles con las demás obligaciones internacionales del gobierno, y además no deberían menoscabar el derecho del acusado a las garantías procesales debidas.

Aún cuando el Tribunal alega la derogación de facto de la norma para no pronunciarse o no desarrollar un análisis de constitucionalidad sobre los tribunales sin rostro, no ingresa a un tema esencial, cuales es que las consecuencias legales de la actuación de esos tribunales especiales permanecen hasta la fecha y por lo tanto ello sí hacía necesaria una declaración expresa sobre este asunto. Sin embargo, ello ha quedado subsanado, con la dación del Decreto Legislativo N° 926 que dispone la anulación del juzgamiento, sentencias dictadas por Tribunales sin rostro, disponiendo un nuevo juzgamiento.

El Derecho de defensa

En materia de derecho de defensa, el artículo 2° de la Ley 26447 derogó tácitamente toda aquella disposición que negara la posibilidad a los inculpados por el delito de terrorismo de contar con asistencia de abogado desde el mismo momento en que se produce la detención (EL PERUANO, 2003).

El Derecho de prueba

El artículo 13° inciso c), asimismo, no supone una imposibilidad generalizada de interrogar a testigos, sino sólo a aquellos miembros policiales que elaboraron el atestado policial. Por otra parte, el atestado policial no tiene calidad de prueba plena, por lo que siempre debe ser corroborado con otros tipos o medios de pruebas. Por tanto, la limitación del derecho de ofrecer como testigos a aquellos que elaboraron el atestado policial es una medida razonable, pues debe ser ponderada con la defensa del derecho a la vida y a la integridad física del personal policial. Los medios probatorios actuados en los procesos llevados a cabo ante la jurisdicción militar no resultan viciados per se, sino sólo en la medida en que hayan sido obtenidos con violación de algún derecho fundamental (EL PERUANO, 2003).

Sobre el derecho a no ser incomunicado

No es inconstitucional la incomunicación del detenido, siempre que constituya una medida razonable y objetiva para el esclarecimiento del delito, de forma tal que no se perturbe la investigación de los hechos y por el plazo máximo que la ley establezca. Esta medida, además, deberá respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por otra parte, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental, la incomunicación debe ser dictada, necesariamente, por el juez penal. Por ello, el TC considera que el inciso d) del artículo 12° del Decreto Ley 25475 es inconstitucional. Es pertinente, asimismo, señalar que el artículo 2° de la Ley 26447 garantiza la participación del abogado defensor desde el momento en que se produce la detención, “aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido” (EL PERUANO, 2003).

Sobre la cadena perpetua

La inconstitucionalidad de la cadena perpetua ha sido establecida en la sentencia del TC por ser una pena de carácter intemporal, pues si bien tiene un comienzo, sin embargo carece de un final, y en esa medida afecta el principio reeducador, rehabilitador y resocializador del régimen penitenciario.

La cadena perpetua, de igual modo, afecta el contenido esencial del derecho constitucional a la libertad, pues si bien es permitido limitar, dadas determinadas circunstancias, en ningún caso se puede anular definitivamente. La cadena perpetua, igualmente, es atentatoria de la dignidad del hombre, pues al imposibilitarle su resocialización, finalmente se termina por negarle su personalidad, lo que lo convierte en un objeto de la política criminal del Estado.

No obstante, el TC ha considerado que, a pesar de la inconstitucionalidad de la cadena perpetua, ello no acarrea necesariamente su invalidez, toda vez que tal inconstitucionalidad podría remediarse si el legislador dispusiera de los mecanismos para que dejara de ser pena intemporal, por ejemplo a través de la instauración de beneficios penitenciarios. En todo caso, el tribunal ha previsto que si en un plazo razonable el Legislativo no atendiera esta exhortación, los jueces estarán obligados a revisar las sentencias de cadena perpetua cumplidos 30 años de iniciada su ejecución (EL PERUANO, 2003).

Sobre la Proporcionalidad de las penas

Es necesario explicar que algunas de las penas contenidas en el D.L. 25475 carecen de topes máximos. Ello puede generar una desproporcionada discrecionalidad en el juez en el momento de determinar la pena imponible. Empero, la inconstitucionalidad que reviste la omisión advertida no acarrea la invalidez de las disposiciones en la medida en que el Congreso dentro de un plazo razonable cumpla con establecer dichos topes máximos (EL PERUANO, 2003).

Sobre los Beneficios penitenciarios

En esta materia, el tribunal ha establecido que a los sentenciados por terrorismo no les está negado per se todo beneficio penitenciario, sino sólo aquellos previstos en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal (artículo 29° del D.L. 25475), por lo que corresponde al legislador la posibilidad de crear otros beneficios penitenciarios aplicables a sus casos, de acuerdo con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados (EL PERUANO, 2003).

VARIABLE CONSECUENTE

Las consecuencias del fallo de las sentencias antes citadas, en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano exhortó al Congreso de la República para que dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente, motivo por el cual el Congreso de la República delegó facultad al Poder Ejecutivo para que en un plazo de treinta días hábiles mediante Decretos Legislativos reemplace la legislación correspondiente

Este indicador se encuentra en los siguientes Instrumentos:

3.1. Ley.N°27913 del Congreso de la República de fecha 09 de enero del 2003.

Que delega facultades legislativas en el Poder Ejecutivo por el plazo de treinta días hábiles para que mediante decretos legislativos reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 010-2002-AI/TC), establecer los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3 incisos b) y c), 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25475, y finalmente a regular la forma y modo cómo se tramitarán las peticiones de nuevos procesos y los procesos mismos a que se refiere la antes citada sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre derecho penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionados con terrorismo.

3.2. Decreto Legislativo N°921 de fecha 18 de enero del 2003.

Establece el Régimen Jurídico de la Cadena Perpetua en la legislación nacional y el límite máximo de la Pena para los delitos previstos en los artículos 2 (tipo base), 3, incisos “b” y “c”, (tipo agravado) 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25475

Establece 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. Asimismo señala que las penas temporales máximas para delitos de terrorismo. en los artículos 2, 3, incisos “b” y “c”, 4 y 5 del Decreto Ley N° 25475 será cinco años mayor a la pena mínima establecida en los mismos. Del mismo modo establece la Reincidencia, con la pena máxima establecida para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del Decreto Ley N° 25475 será cadena perpetua.

Del mismo modo señala el procedimiento para efectuar la revisión de la cadena perpetua

3.3. Decreto Legislativo N°922 de fecha 12 de febrero del 2003

Establece los términos de los procedimientos para la declaración de nulidad de los procesos por traición a la patria ante la justicia militar, así como las normas aplicables a los nuevos procesos que se iniciaran ante el fuero común.

Debemos señalar que ha existido consenso para que los casos juzgados ante los tribunales militares sean nuevamente instruidos y juzgados por el Poder Judicial, situación que no solo debe comprender los casos de traición a la patria, sino también a los procesos judiciales desarrollados ante los tribunales sin rostro, del Poder Judicial.

En cuanto al procedimiento para declarar la nulidad, la norma establece que el Consejo Supremo de Justicia Militar debe remitir todos los expedientes a la Sala Nacional de Terrorismo y será ésta instancia jurisdiccional la que de oficio declare la nulidad de tales procesos.

Luego de la declaración de nulidad la Sala Nacional Antiterrorista debe proceder a remitir tales expedientes a las fiscalías provinciales antiterroristas. La Fiscalía tiene un plazo perentorio para emitir una resolución, la que puede disponer que se formule denuncia penal por el delito de Terrorismo o disponer no ha lugar a formular denuncia.

Si la fiscalía formula denuncia penal contra la persona investigada e corresponderá al juez penal antiterrorista emitir una resolución en la que abre instrucción por el delito de Terrorismo o declara que no hay lugar para abrir instrucción.

Un aspecto ciertamente criticable de la norma es la incorporación de un mecanismo de consulta al superior cuando el fiscal provincial declara que no hay mérito para formular denuncia o el juez penal resuelve que no hay lugar para abrir instrucción. En ambas circunstancias la persona investigada deberá ser puesta en libertad, ya que no existe ningún cargo o imputación en su contra.

La denominada consulta al superior consiste en que cuando se presente alguna de estas decisiones por parte del fiscal o del juez, la persona investigada no podrá ser excarcelada mientras aquella resolución de primera instancia no sea confirmada por el fiscal superior antiterrorista o por la Sala Penal Especial antiterrorista de acuerdo con cada situación concreta.

Mientras se resuelva la consulta la persona investigada deberá permanecer privada de su libertad, aún cuando en términos concretos no exista imputación alguna en su contra.

Esta propuesta, termina repitiendo uno de los esquemas del decreto ley 25475, que dispone que cuando el juez decreta la liberación incondicional del procesado la excarcelación solo se podrá materializar después de la aprobación de la instancia superior, es decir, de la Sala Penal.

Las Reglas para los nuevos procesos

Pese al esfuerzo del TC de subsanar los cuestionamientos a los decretos leyes antiterroristas, la norma del Ejecutivo no supera el esquema característico de una legislación de excepción.

Lo afirmado se ve reflejado a partir del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 922, cuyos numerales 8 y 9 establecer restricciones y facultades disciplinarias a la Sala Penal que vulneran el principio de publicidad y lesionan el derecho a la defensa que tiene todo justiciable.

Así este artículo impide la publicidad en la actuación de pruebas específicas, disposición que no toma en cuanto que la publicidad de los debates es la posibilidad de asistencia física de la sociedad en general a la ejecución y práctica de la prueba, que esta es una garantía de justicia y de libertad y una tutela contra la calumnia, la ilegalidad y la parcialidad.

Otra grave ilegalidad es la contenida en el artículo 12, 9 a) y c) del decreto legislativo que prevé la posibilidad de realizar la audiencia y dar lectura a la sentencia sin la presencia del acusado, disposición que en su momento fue incorporada por la legislación antiterrorista y derogada por su inconstitucionalidad, hoy bajo el modo de atribuciones disciplinarias esta figura es reincorporada al ordenamiento legal. Al respecto el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos señala que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a garantías mínimas entre las que se encuentran el hallarse presente en el proceso.

Otra observación que debo realizar a esta ley, es lo dispuesto en la Tercera disposición complementaria.- de la competencia para iniciar el proceso penal. El cual se refiere que dictado el auto de apertura de instrucción el juez penal podrá de oficio transferir competencia cuando las circunstancias de la instrucción lo amerite.

En ese sentido, debemos tener en cuenta, que los juzgados antiterrorista, tienen competencia supraprovincial para conocer los procesos ocurridos en la provincia de Callao, Cono Norte y Lima, por disposición del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en la Resolución Administrativa N° 003-2003. por tanto, si al dictar el auto apertorio de instrucción el juez advierte que los hechos cometidos provienen de lugar, correspondiente a otro distrito judicial, no solo podrá sino deberá transferir competencia al distrito judicial correspondiente.

Considero que disposiciones de esta naturaleza no hacen más que dejar abierta la posibilidad de que los procesados por delito de Terrorismo puedan recurrir en su momento a los organismos del sistema interamericano cuestionando la nueva legislación antiterrorista y los procesos a los que son sometidos, sobre los que puedan alegar infracciones al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece las garantías judiciales.

Creo que nada justifica que en pleno proceso de transición democrática y en un Estado de derecho subsista una legislación propia de un sistema penal autoritario.

3.4. Decreto Legislativo N°923 de fecha 20 de febrero del 2003.

Establece las normas aplicables para el fortalecimiento organizacional y funcional de la Defensa del Estado en las investigaciones preliminares y procesos judiciales por delitos de terrorismo y conexos. Se otorga facultades especiales a los Procuradores Públicos Especializados para Delitos de Terrorismo, como participar en las investigaciones preliminares o complementarias llevadas a cabo por el Ministerio Público, ofrecer pruebas y solicitar la realización de actos de investigación, así como intervenir en las declaraciones de testigos y en las demás diligencias de investigación; y las demás señaladas en la ley.

3.5. Decreto Legislativo N°924 de fecha 20 de febrero del 2003

Agrega párrafo al artículo 316 del código penal en materia de apología del delito de terrorismo, que a la letra dice: “Si la apología se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Además se le impondrá el máximo de la pena de multa previsto en el artículo 42 e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, y 8 del artículo 36 del Código Penal”.

3.6. Decreto Legislativo N°925 de fecha 20 de febrero del 2003

Regula la colaboración eficaz en delitos de terrorismo y conexos, de apología del delito en el caso de terrorismo y de lavado de dinero en supuestos de terrorismo. Se agrega al artículo 1 de la Ley N° 27378, el inciso siguiente: “4) De terrorismo, previstos en el Decreto Ley N° 25475 y sus modificatorias y conexas, de apología del delito en el caso de terrorismo previsto en el Art. 316 del Código Penal y de lavado de activos en caso de terrorismo previsto en la Ley N° 27765. También se comprende en el presente inciso a quien haya participado en la comisión de otros delitos distintos de los antes mencionados y se presente al Ministerio Público y colabore activamente con la autoridad pública y proporcione información eficaz sobre delitos mencionados anteriormente.

Asimismo establece los delitos y personas excluidas de los beneficios y limitación de beneficios. Agregándose al artículo 7 de la Ley N° 27378 como último párrafo el siguiente: “En el supuesto del artículo 1, numeral 4, de la presente ley, no podrán acogerse a los beneficios establecidos en ella, quienes obtuvieron algunos de los beneficios contemplados en el Decreto Ley N° 25499 en las Leyes N°s. 26220 y 26345 y cometan nuevamente delito de terrorismo”.

3.7. Decreto legislativo N°926 de fecha 20 de febrero del 2003

Asimismo, no podemos dejar de mencionar aquí al Decreto Legislativo N° 926, cuyo objetivo fundamental es regular el procedimiento de la anulación de sentencias, juicios orales y, de ser el caso, declarar la insubsistencia de las acusaciones fiscales en procesos seguidos para casos de terrorismo, como parte del proceso de reforma integral de la legislación antiterrorista de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 3 de enero.

En efecto, esta norma establece el procedimiento de anulación de las sentencias, juicios orales y, a su vez, de declarar la insubsistencia de las acusaciones fiscales.

Para ello, el legislador establece como condición sine qua non que los operadores de justicia, entiéndase jueces y fiscales, hayan desarrollado el proceso penal con una identidad secreta y haber aplicado durante la secuela del proceso el derogado artículo 13° inciso h) del Decreto Ley N° 25475.

Este último se refería a la prohibición de recusación contra los magistrados juzgadores, es decir, se rechazaban de plano las recusaciones interpuestas sin mediar fundamentación, menos aún permitía la valoración de las causales citadas en los recursos (EL PERUANO, 2003).

Entre los artículos de la norma citada destaca:

Se concede a la Sala Nacional de Terrorismo, en un plazo determinado, la facultad de anular de oficio las sentencias, juicios orales y de declarar la insubsistencia de las acusaciones fiscales, siempre que concurren los requisitos acotados en el párrafo precedente.

Sin embargo, el legislador también reconoce el derecho que tiene el reo de renunciar a la anulación de sentencia o juicio oral, que deberá ser emitida de manera expresa. A nuestro entender, es una buena medida debido a que existen ciertos reos que están terminando de cumplir la pena privativa de libertad que se les impuso y que si se anulara el juicio en sí retrasaría aún más su excarcelación (EL PERUANO, 2003).

Tiene acogida la propuesta del legislador respecto al plazo establecido de sesenta días hábiles para la anulación de los juicios orales, pues de lo contrario ese período no estaría determinado y en cualquier momento se podría solicitar la anulación del juicio oral. Sobre la anulación de los juicios orales, se circunscribe como únicos beneficiarios a aquellos condenados, procesados ausentes y contumaces por los hechos materia de la acusación fiscal (EL PERUANO, 2003).

En forma adicional se señala el procedimiento a seguir luego de anulado el juicio oral. Aquí, la Sala Nacional de Terrorismo enviará los actuados al fiscal superior para la emisión de la nueva acusación y la correspondiente instauración del juicio oral. La norma ha sido expresa en señalar quiénes no verían afectada su situación jurídica en el supuesto de la anulación del juicio oral. Entre ellos están las personas que cumplieron las penas impuestas, los indultados o favorecidos con el derecho de gracia mediante las distintas leyes vigentes en su oportunidad (EL PERUANO, 2003).

Respecto a la segunda causal de anulación de los juicios orales, es decir, la aplicación de la prohibición de la recusación, el legislador ha facultado al reo a que sea él quien a través de un recurso de anulación inicie el procedimiento ante la Sala Nacional de Terrorismo. En el supuesto de que el órgano colegiado, luego de la valoración de los medios probatorios y del análisis de las causales invocadas, declarase fundada la recusación promovida, la consecuencia jurídica procesal es que se repondrá la causa al estado anterior a la interposición de la recusación. Contra la decisión de la sala procede recurso de nulidad (EL PERUANO, 2003).

Otros aspectos resaltantes son los referidos:

Primero, no tendrá como efecto de la anulación del juicio oral la libertad del reo ni

mucho menos la suspensión de las requisitorias existentes. Así, se prevé la posibilidad de privar o restringir provisionalmente el ejercicio de la libertad del procesado hasta la conclusión del juicio oral, en que se define su situación legal (EL PERUANO, 2003).

Segundo, es importante la primera disposición complementaria, pues fija expresamente el plazo límite de detención conforme con el código adjetivo, el cual se computará desde la fecha de expedición de la resolución que declare la anulación del juicio oral. El objetivo es evitar posibles argucias legales que permitan plazos prescriptorios para la investigación cuando existen acusados con mandato de detención (EL PERUANO, 2003).

Conviene destacar la segunda disposición complementaria referida al destino de los bienes incautados a los reos por delitos de terrorismo cuando existe sentencia condenatoria, pues al dejar sin efecto el juicio oral la totalidad de los bienes embargados o incautados como parte de la investigación judicial y posteriormente trasladados al erario del Estado, éstos serían nulos de pleno de derecho. La propia norma establece que el órgano del Estado encargado de administrar los bienes incautados se haga cargo de ella hasta que se dicte sentencia definitiva contra el reo acusado por delito de terrorismo (EL PERUANO, 2003).

3.8. Decreto legislativo N°927 de fecha 20 de febrero del 2003

Establece las normas que regulan los beneficios penitenciarios y los procedimientos en materia de ejecución penal relativos a los condenados por delito de terrorismo. Señala los Beneficios penitenciarios a los que podrán acogerse los condenados por delito de terrorismo: la Redención de la pena por el trabajo y la educación y Liberación condicional, regulando el procedimiento correspondiente.

CONCLUSIONES

1. Ha quedado probado que en el Perú la Legislación Antiterrorista y los procesos por delito de terrorismo transgredieron el principio del Debido Proceso, a causa de la agudización del fenómeno del Terrorismo, que consistieron en actos de atentados, aniquilamientos selectivos, reclutamiento de adolescentes, acciones de ajusticiamiento, confiscación de vehículo.

2. Esta variable constitutiva del problema ha sido comprobada con la revisión de 30 expedientes (tamaño de muestra) registrados en la Sala Penal Nacional que conoce procesos por delito de Terrorismo, en el que verifiqué actos de terror con consecuencia de muerte de personas, daños materiales a Edificios, Establecimientos, causados por la Organización Terrorista Sendero Luminoso, en la población de zonas marginales donde el Estado no tenía presencia social ni política, para luego avanzar a la ciudad Capital del Perú.

3. la variable antes citada también fue comprobada con el informe de la Comisión de la Verdad, Capítulo Cuarto de la Dimensión Jurídica de los Hechos en el verifiqué que estos hechos delincuenciales fueron cometidos por la Organización Terrorista Sendero Luminoso en el periodo comprendido entre los años 1980 a 2002; corroborado con la entrevista realizada al General PNP de la DINCOTE Jesús Vargas Ramos quien participó en la elaboración del atestado policial N°270 DINCOTE de fecha 02 de diciembre de 1992, y explicó el proceso organizativo del accionar subversivo perpetrado por la Organización Terrorista Sendero Luminoso, confirmando de esta manera la variable de la agudización del fenómeno terrorista de la hipótesis uno.

4. Ha quedado probado con los expedientes antes citados, informe de CVR y el marco teórico desarrollado, que el Estado Peruano como respuesta a la agudización del fenómeno terrorista y el avance de éste del campo a la ciudad, puso en vigencia una Legislación Penal de Emergencia, sin respetar los principios del Debido Proceso, teniendo como respaldo la excepcional permisión constitucional prevista en el Art.173° de la Constitución Política del Perú de 1993 que permitió que los civiles sean sometidos al fuero militar en casos de delitos de traición a la patria y terrorismo, lo que constituyó un cuestionable exceso que desnaturalizó la esencia de la justicia militar y permitió se dicten los Decretos Leyes N°25659, 25708, 25744 y 25880 que regulaban y tipificaban el delito de traición a la patria así como el juzgamiento por el tribunal militar, lo cual colisionó con la normatividad supranacional vinculante (CIDH) como es la sentencia dictada en el caso Castillo Petruzzi, Lor Berenson Mejía, Cantoral Benavides, María Loayza Tamayo, y otros que señaló que existe un consenso internacional de prohibir el ejercicio de la jurisdicción militar sobre civiles y especialmente en situaciones de emergencia que contradice la garantía del Juez natural debido que las fuerzas armadas en las funciones de lucha antiterrorista y desempeño jurisdiccional propio del Poder Judicial, puso en serias dudas la imparcialidad de los tribunales militares que serían juez y parte en los procesos, que los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo por esas razones no ofrecen garantías de imparcialidad ya que el Código de Justicia Militar limitaba el

juzgamiento militar de civiles por los delitos de traición a la patria a situaciones de guerra externa; del mismo modo violó las garantías mínimas establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8.2; lo que motivó que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 010-2002-AI/TC declarara la inconstitucionalidad de las leyes que permitían la instrucción y juzgamiento de civiles por el fuero militar en delitos de traición a la patria y como consecuencia de ello se dictó el Decreto Legislativo N°922 que reguló un nuevo proceso por delito de Terrorismo bajo las normas del Código de Procedimientos Penales y de las normas específicas de dicho Decreto Legislativo.

5. Se ha probado con las sentencias de la CIDDDH antes citadas, con las sentencias del tribunal Constitucional y los expedientes de la Sala Penal Nacional con un universo muestral de 306 expedientes procedentes del fuero militar, todos con resultado probabilístico – ya que concluyeron que vulneraron los principios del debido proceso -, utilizados para la presente investigación, que las leyes que regulaban el delito de traición a la patria incluyó prescripciones incompatibles con los principios del Debido Proceso vulnerando el principio de imparcialidad, independencia, el juez predeterminado por la ley, derecho de defensa, presunción de inocencia;

6. Asimismo ha quedado probado que el Estado Peruano puso en vigencia una Legislación Penal de Emergencia, sin respetar los principios del debido proceso, con la vigencia de algunos artículos del Decreto Ley 25475 como son los artículos 7, inciso H del Artículo 13, artículo 20 y 12, que fueron declarados inconstitucionales en la sentencia N°010-2002 del Tribunal Constitucional así como con la ley N°26537 del 13 de octubre de 1995, por la cual se estableció un nuevo plazo de vigencia de los tribunales sin rostro; que pese que esta ley fue derogada por ley 26671 del 11 de octubre de 1996, por el cual se establecía que a partir del 15 de octubre de 1997 el juzgamiento de los delitos de terrorismo previsto en el Decreto Ley N° 25475 y el procedimiento recursal seguido ante los órganos jurisdiccionales pertinentes, se iban a realizar por los magistrados que corresponden conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes, indicando que los magistrados iban a ser debidamente designados e identificados por el sistema de turnos el que será determinado por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, los efectos de las sentencias que se emitieron durante su vigencia vulneraron el principio del debido proceso, el principio del Juez Natural, motivo por el cual se promulgó el Decreto Legislativo N° 926 que regula el nuevo juzgamiento de los procesos seguidos por tribunales sin rostro del Poder Judicial, esta vulneración se ha comprobado con los expedientes que obran en la Sala penal Nacional en un número 433 en Lima, todos anulados por haber sido sentenciados por Magistrados con clave secreta.

7. de la revisión de los Decretos Legislativos N°921 a 927 se ha establecido que la diferencia entre las nulidades que prevé el Decreto Legislativo N° 922 y 926, es que el primero reguló un nuevo proceso por delito de terrorismo de los que fueron condenados por delito de traición a la patria, a partir de la nueva denuncia fiscal, mientras que el Decreto Legislativo N° 926 se retrotrae a un nuevo juzgamiento en los procesos sentenciados por Magistrados con clave secreta.

8. Las resoluciones administrativas dictadas por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial que suspendieron muchos de los artículos de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, en el que se crearon órganos jurisdiccionales para determinados asuntos que se sometieron a decisión judicial en el área penal pero con una sui generis competencial “a nivel nacional” fueron violatoria del principio de independencia e imparcialidad, porque la Comisión Ejecutiva tuvo como finalidad facilitar que el aparato político del Estado manejara los grandes casos y áreas judiciales y lograr la impunidad de los integrantes del anterior régimen, esta afirmación ha quedado probada con las resoluciones administrativas N° 510-CME-PJ del 28 de octubre de 1997, 521-CME- PJ del 19 de noviembre de 1997, 001-97-JPPCS-TPJ, 596-CME-PJ del 17 de marzo de 1998, que regularon el control y supervisión de los procesos por delito de Terrorismo a cargo de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República que lejos de buscar una mejor organización y distribución de procesos judiciales, tenía como finalidad dirigir los procesos para intereses políticos, designación y nombramiento de jueces y creación de salas especializadas.

9. Las disposiciones jurídicas anómalas que sirvieron de variable independiente para responder el problema planteado por qué en el Perú la legislación antiterrorista y los procesos por delito de terrorismo transgredieron el principio del debido proceso, no hicieron más que dejar abierta la posibilidad que los procesados por delito de Terrorismo recurrieran en su momento a los organismos del sistema interamericano cuestionando la legislación antiterrorista y los procesos a los que fueron sometidos, sobre los que puedan alegar infracciones al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece las garantías judiciales mínimas que deben reunir un proceso penal, como es el caso del ciudadano Chileno Castillo Petrucci, y el de Loayza Tamayo, entre otros.

10. ha quedado probado que es a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional relacionadas a casos de Terrorismo, que se ha implementado todo un procedimiento de juzgamiento de delitos de terrorismo respetando el debido proceso, a pesar que aún no está vigente el procedimiento especial regulado en el Código Procesal Penal para este tipo de delitos, y que ha servido de prototipo para que en los demás delitos también se respeten estos principios procesales de orden constitucional.

11. ha quedado probado con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional, que La imparcialidad de un tribunal y la Independencia del Poder Judicial es esencial para el desarrollo de un proceso justo, lo cual significa que los encargados de tomar decisiones, no deben actuar siendo jueces y parte a la vez, como todavía se aplica en un sector del país donde aún no está vigente el Código Procesal Penal, al permitir que el Juez efectúe la investigación del delito, cuando ese rol le corresponde al Fiscal vulnerando el principio acusatorio y el de imparcialidad;

12. ha quedado probado con las Sentencias de la corte Interamericana de Derechos Humanos contrastado con los expedientes analizados por delito de terrorismo, que no se respetó el principio de la presunción de inocencia, ya que se sentenció a procesados por el delito de traición a la patria, sin contar con pruebas suficientes, con la sola conclusión del atestado policial que señala que por acciones de inteligencia se tuvo conocimiento que el procesado cometió el delito de terrorismo ,

con pruebas ilícitas, todo lo cual hizo que el Estado viole la Convención Americana de Derechos Humanos

13. ha quedado probado con las Sentencias de la corte Interamericana de Derechos Humanos contrastado con los expedientes analizados por delito de terrorismo, que no se respetó el principio del non bis in idem, el cual antes ni se conocía y es partir de su desarrollo jurisprudencia en las Sentencias de la corte Interamericana de Derechos Humanos y del tribunal constitucional para casos de terrorismo que se ha conocido sus alcances y se está aplicando en muchos procesos cuando se configura la triple identidad de persona, hecho y causa petendi de procesos simultáneos o sucesivos en trámite.
14. ha quedado probado con las Sentencias de la corte Interamericana de Derechos Humanos contrastado con los expedientes analizados por delito de terrorismo, que no se respetó el principio de motivación de resoluciones, y que esto repercute a casi todos los procesos penales en todas las instancias donde no existía fundamentación de hecho ni de derecho en las resoluciones dictadas y es a partir de estas sentencias que los operadores jurídicos vienen preocupándose en motivar debidamente las resoluciones que emiten.
15. ha quedado probado con las Sentencias de la corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional Peruano, contrastado con los expedientes analizados por delito de terrorismo, que no se respetó el derecho de defensa de los procesados a quienes se les limitó la asignación de abogados defensores de su elección, no se les permitió interrogar a testigos, solo podía contar con abogado defensor después de su declaración en la DINCOTE, se negó la posibilidad de contar con un abogado defensor de su elección, ya que un mismo defensor no podía asistir a más de un inculgado.
16. ha quedado probado con las sentencias de la CIDDDHH que en los delitos de traición a la patria se vulneró el derecho a recurrir, porque sólo existía la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y recurso de nulidad contra la de segunda instancia. Y un recurso extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada, fundado en la presentación de prueba superviniente, siempre y cuando no se trate de una persona condenada por traición a la patria en calidad de líder, cabecilla o jefe, o como parte del grupo dirigenal de una organización armada. Por lo que se restringía este derecho para los procesados que tenía la condición de cabecillas.
17. ha quedado probado que el delito de traición a la patria vulneró el principio de legalidad – principio de lex certa- porque tipificada la misma conducta que el delito de terrorismo agravado.
18. se ha probado con las sentencias del Tribunal constitucional Peruano que se vulnera el principio de congruencia y por ende el de legalidad, si no hay coherencia entre la conducta típica señalada en la acusación fiscal y en la sentencia emitida
19. ha quedado probado que la drasticidad de la legislación antiterrorista, y las políticas del gobierno para combatirla, ya que ponían en peligro la subsistencia del

Estado, dio lugar a que los Organismos Internacionales declaren la invalidez de las normas antiterroristas dictadas y dispongan un nuevo juzgamiento para procesados por delito de Terrorismo con las garantías de un debido proceso.

20. Ha quedado probado que la justicia militar sólo es aplicable para los delitos de función habiéndose establecido el concepto del mismo, limitado, a que la conducta afecte a bienes jurídicos de la Fuerza Armada o la Policía nacional, que el sujeto activo sea un militar o policía en situación de actividad, que la conducta se perpetre en acto de servicio o con ocasión de él, tal como lo ha establecido las sentencias del Tribunal Constitucional N° 0012-2006 PI/TC, 017-2003-PI/TC, 0023-2003 AI/TC, 010-2002-AI/TC, 004-2006-PI/TC

RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones arribadas en esta investigación la doctorando, formula las siguientes recomendaciones:

1. El problema que atravesó el Estado Peruano frente al ataque terrorista en el periodo de 1980 al 2002, debe ser materia de reflexión por parte de los gobernantes y todos los ciudadanos, a fin de aplicar políticas de erradicación del problema sea del terrorismo, narcoterrorismo, o narcotráfico, sin vulnerar los derechos fundamentales de las personas sea implementando una legislación de emergencia contrario a lo señalado por los organismos internacionales de derechos humanos [CADDHH] o sea aplicando políticas preventivas de emergencia drásticas.
2. Que en lo sucesivo, los Estados de Excepción frente a situaciones de emergencia que amenacen la seguridad del Estado, como la ocurrida en la época del Terrorismo en el Perú, se apliquen tomando en consideración los principios de proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad que regulan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, porque debemos tener presente que el Perú ha suscrito sus estipulaciones, y por tanto se encuentra en la obligación de cumplirlos, ya que hemos optado por un tipo de gobierno Democrático, Social, que garantiza el Estado de Derecho, y el respecto por los Derechos Humanos.
3. Recomiendo la capacitación de los operadores de justicia en el manejo de los principios del proceso penal – del debido proceso - porque es la única forma de poder impartir una justicia constitucionalizada a pesar de contar con una legislación acusatoria mixta obsoleta con altos rasgos inquisitivos y vulneratorios del principio acusatorio como son los procesos sumarios.
4. que se aplique el procedimiento especial regulado en el Nuevo Código Procesal Penal para los procesos por delito de Terrorismo debido a que existe una Sala Especializada a nivel nacional para dichos casos, ya que es la única forma de respetar el principio de imparcialidad, y el principio acusatorio, que aún son vulnerados con el actual procedimiento.

5. Que una vez entre en vigencia a nivel nacional el Código Procesal Penal, ya no se apliquen los actuales Decretos Legislativos N° 922 y 926 que regulan el procedimiento de los procesos que fueron tramitados por el fuero militar y los tribunales sin rostro, y que el procedimiento se regule de acuerdo al procedimiento especial que reconoce el Código Procesal Penal para dichos delitos.

6. Recomiendo que se legisle adecuadamente los delitos de función reconocidos en el Código de Justicia Militar Policial a fin de evitar que se vulneren los principios del juez predeterminado por la ley y el principio de legalidad, y que estos sean confundidos con los delitos que aparecen en el Código Penal

BIBLIOGRAFIA

1. APARICIO PÉREZ, Miguel. La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional. En RGEN. N°3 mayo –agosto CEC Madrid. En Teoría del Derecho Procesal Constitucional. César Landa Arroyo
2. ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Reflexiones sobre el principio de Legalidad
3. ALFARO GALINDO, Mercedes “El principio de oportunidad en la etapa de investigación preliminar del proceso penal actual en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima julio de 2008, pp. 160 y 161.
4. ALEXI, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Centro de estudios constitucionales. Madrid 1989.p.22
5. ASECIO MELLADO, JOSE MARIA, Introducción al Derecho Procesal, cit.p.188. citado en el Libro Derecho Procesal Penal Volumen I, San Martín Castro César. . P64. Editorial Grijley, Julio 2001. Lima Perú. P.64
6. ARMENTA DEU, Teresa: Lecciones de Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid, 2003 Asencio Mellado, José María. La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. En material de la Academia de la Magistratura. Programa de capacitación para el ascenso. Setiembre de 2010. Lima – Perú. p.2
7. BERGALLI, Roberto, Principio de Legalidad, fundamento de la Modernidad.
8. BAUMANN, JÜRGEN. Derecho Procesal Penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Ediciones Desalma, buenos Aires, 1989,
9. BRAMONT-ARIAS TORRES, Manual de Derecho Penal parte especial. 1998
10. BROUSSET SALAS, Ricardo en revista de Derecho y ciencia política. Volumen 56(N°2) Lima 1998. El Debido Proceso, la seguridad ciudadana y la jurisdicción militar en el Perú. P.345-346
11. BIDART CAMPOS, Germán J, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires 1997
12. BIDART CAMPOS, Germán J. *La Corte Suprema* (El Tribunal de las Garantías Constitucionales). Buenos Aires: Ediar, 1984,
13. BINDER Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc SRL Primera Edición Abril 1993.
14. BINDER, ALBERTO. Introducción al Derecho Procesal Penal. Adhoc. Buenos Aires, 2002.
15. BOVINO Alberto. Principios Políticos del Procedimiento Penal. 1er Edición Buenos Aires 2005.
16. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO JUSTO <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/busta.htm>
17. CABRERA FREYRE, Alonso “Los Medios de Impugnación en el Nuevo CPP, de conformidad con los Principios: Acusatorio y Dispositivo”, en “Los Medios Impugnatorios en el Nuevo Proceso Penal”, Librería y Ediciones Jurídicas (LEJ), Lima julio de 2009, p. 132
18. CASTAÑEDA SEGOVIA MATEO GRIMALDO, EL DELITO DE TERRORISMO Y GARANTÍAS PROCESALES EN LA LUCHA ANTITERRORISTA - Análisis De Su Evolución Jurisprudencial. **EDITORIAL: GRIJLEY.** Lima – Perú 2009
19. CORTEZ, Gonzalo *El Recurso de Nulidad*, Editorial LexisNexis, segunda edición, Santiago noviembre de 2006, p. 4.

20. CANCADO TRINDADE, Antonio *El Derecho de Acceso a la Justicia en su amplia dimensión*, Librotecna, Santiago, agosto de 2008.
21. CAROCCA PÉREZ ALEX. "Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España, en revista jurídica del Perú, año XLVI,Nº2, Abril-Junio, Trujillo, 1996.pg.70
22. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo *Manual del Sistema de Justicia Penal*, Editorial Librotecna, Santiago Mayo de 2009
23. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La motivación de las sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales. Tirant lo Blanch. Valencia 2003. p.34
24. CHIEZA APONTE, Ernesto. Derecho Procesal Penal. Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen II. Capitulo 20. editorial Furor, 1995.Colombia
25. CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela efectiva. Editorial, Bosch. Barcelona, 1994. p.12-13.
26. CHIOVENDA, José. Principios de derecho procesal civil. T.I.Reus Madrid. 1992
27. DIAZ LIVAQUE, Irma "Los Presupuestos de la Prisión Preventiva en el nuevo Código Procesal Penal", en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima diciembre de 2008, p. 63
28. DÍAZ VÁSQUEZ, Carmen "La Prueba Ilícita", en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima Octubre de 2008, p. 78.
29. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Aragonese Martínez, Sara. Hinojosa Segovia, Rafael, Muerza Esparza, Julio; Tomé García, José Antonio. Derecho Procesal Penal. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. Edición 1993.
30. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. El Derecho Penal del Enemigo.
31. DONAYRE MONTESINOS Christian. Sobre la competencia de la justicia militar y la delimitación del delito castrense en la propuesta de reforma constitucional 2003, Revista Jurídica Cajamarca. Año IV número 12/julio- setiembre 2003.
32. DUCE, Mauricio y Riego, Cristian *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, octubre de 2007, p. 179
33. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. "El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular". Ponencia presentada en el *Congreso Nacional de Casación* celebrado en el Callao del 5 al 9 de julio de 1999, a convocatoria de la Corte Superior de Justicia del Callao, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao y la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 2, nota No. 2;
34. ESPARZA LEIBAR Iñaki. *El Debido Proceso*. José María Bosch. Editor. Barcelona 1995. p.241
35. ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy. "Apuntes sobre el desarrollo de la jurisprudencia constitucional aplicable a los derechos fundamentales en los Estados Unidos de Norteamérica, con especial referencia a los derechos de privacidad e igualdad". En: *Ius et veritas*. Año X, No. 20, en prensa. Lima: Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 3-4 del texto elaborado por el autor.
36. FAÚNDEZ LEDEZMA, Héctor. "El Derecho a un Juicio Justo". En: *Las garantías del debido proceso* (Materiales de Enseñanza). Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, 1996
37. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: DYKINSON, 1992, .
38. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción. En *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, de César Landa. Editorial Palestra. Lima 2004. p.196 – 200.

39. FERRAJOLI, Luigi *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, séptima edición, Madrid 2005
40. FERRAJOLI Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho. P.4-5
41. GAMARRA Ronald, Terrorismo. Tratamiento jurídico. Instituto de defensa legal. 1996. Lima. p 49
42. GONZÁLEZ CUSSAC José L, en la Generalización del Derecho Penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad Doig Díaz, Yolanda. El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Anuario de derecho penal 2004. fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima agosto de 2004. p.190.
43. FLEMING, Abel y LOPEZ, Pablo Garantías del Imputado, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, junio de 2007 Fix Zamudio Héctor. Ejercicio de las Garantías Constitucionales. México
44. GIMENO SENDRA, Vicente. Moreno Catena, Víctor; Cortes Domínguez Valentín. Derecho procesal penal. Colex Madrid, 1996.
45. GIMENO SENDRA, Vicente. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, volumen I.
46. GUASH FERNÁNDEZ, Sergio. El sistema de impugnación en el Código Procesal Civil del Perú. Una visión de derecho comparado con el sistema español. En derecho procesal civil, Congreso Internacional, Lima 2003. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima
47. HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996
48. IBERICO CASTAÑEDA Fernando. Impugnación y recurso en el nuevo modelo procesal penal. Academia de la Magistratura. Modulo. Programa de capacitación para el ascenso. Noviembre de 2010. p. 12. quien además señala la tutela jurisdiccional efectiva se subdivide entre otros, el derecho de defensa, el cual debe organizar el derecho de contradicción, el derecho de probar y el derecho de impugnación.
49. ITURRALDE, ITURRALDE, Victoria. Sobre el silogismo judicial. Anuario de filosofía del derecho VIII.1991. p.239,24
50. LINARES, Juan F. *Razonabilidad de las leyes*. Segunda edición actualizada, primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989
51. NEYRA FLORES, José Antonio. “Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral”, Idemsa, Lima – Perú, julio de 2010,
52. NOGUEIRA, Humberto en *El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, Editorial Librotecna, Santiago enero de 2007
53. MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, segunda edición, tercera reimpresión, enero de 2004,
54. Marcelo de Bernardis Luis. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima Perú
55. MAURINO, Alberto L. *Nulidades procesales*. Primera reimpresión a la primera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, Cap. III y siguientes
56. MULLER SOLON Enrique Hugo. Derecho penal militar. Delitos de función. Trujillo - PERU cita a VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. El Delito de Función. Gaceta del Tribunal Constitucional. N.º 2, abril-junio 2006. En www.avizora.com
57. MIXAN MASS, Florencio, “Cuestiones Epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la prueba. Ediciones BLG. Trujillo- Perú, 2005.
58. MONROY GALVEZ, Juan (1994) “Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”. En Temis, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N°27-28, marzo 1994, P.120

59. MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo blanch, Valencia, 1997
60. MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal. Volumen II. Tirant Lo Blach. 2001. España
61. MORRILLAS NEIRA, Vilmer “El principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad”, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima julio de 2008, p. 155.
62. NOGUEIRA ALCALA, Humberto “El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano”, Librotecnia, Santiago de Chile, enero de 2007, p. 109.
63. NOVAK, Fabián y Luis García Corrochano. Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y Fuentes, 2da reimposición. Lima. Instituto de Estudios Internacionales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003.
64. ORÉ GUARDIA Arsenio y Giulliana Loza Avalos. Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano. Academia de la Magistratura, programa de capacitación para el ascenso. Setiembre 2010. Lima, Perú. P.83
65. ORTELLS RAMOS. En Sanchez Velarde Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editural IDEMSA. Lima Perú.2004
66. PEÑA CABRERA, Raúl, *Traición a la patria y arrepentimiento. Grijley, Lima 1994, p. 75.*
67. PEREIRA CHUMBE, Roberto. Evolución Legislativa de la Justicia Militar en el Perú. En la Reforma del Derecho Penal Militar- Anuario de Derecho Penal 2001- 2002, Santiago 2002, p 372
68. PEREZ CATERIANO, Noelia “El Principio de Oportunidad en la Legislación Penal Peruana”, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima siembre de 2008, p. 109.
69. PÉREZ CEPEDA, María Isabel. La Seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Editorial iustel. 1era Edición 2007
70. PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando. Los principios generales del proceso penal. Universidad externado de Colombia, Bogotá. 2004. p.45.
71. PICÓ I JUNOY, Joan. Las Garantías constitucionales del proceso. JM Bosch Editor, Barcelona, 1997
72. QUIROGA LEÓN, Anibal.”Los Derechos Humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la Administración de Justicia”. En Egiguren Praeli, Francisco. La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación.Lima Cultural Cuzco 1987
73. QUIROGA LEÓN Anibal. El debido proceso legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Lima Perú
74. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: El proceso penal. Tercera lectura constitucional, 3ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p.9. En San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editorial Grijley. 2001. Lima. Perú
75. ROMERO, Alejandro Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Colección de Manuales Jurídicos N° 123, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, agosto de 2009,
76. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. La Constitucionalización del Proceso Penal. Principios y modelos del Código Procesal Penal. Manual de la Academia de la Magistratura. Edición Abril de 2010.
77. ROXIN, Claus *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, año 2000, pág. 407
78. RUBIO CORREA Marcial. Estudio de la Constitución Política 1993. T.5 Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima 1999
79. RUBIO CORREA, Marcial. Introducción al Derecho. Octava edición. Colección de textos jurídicos de la PUCP. Fondo Editores 2000. P.245

80. RUGEL PARRALES, Rosa “El principio de Presunción de Inocencia”, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima septiembre de 2008
81. SAGÜÉS, NÉSTOR Pedro. Elementos del Derecho Constitucional. T.2 Astrea. Buenos Aires.1993.
82. SANCINETTI, Marcelo *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, septiembre de 2001
83. SÁNCHEZ VELARDE Pablo. En Derecho Procesal Penal cita a VÉLEZ MARICONDE, A., Los principios fundamentales del proceso penal según el Código de Córdoba, Jur. Arg. T. IV, Sec. Doct. p. 13.
84. SÁNCHEZ VELARDE Pablo. En Derecho Procesal Penal cita a CARNELUTTI, F., Lecciones de Derecho Procesal Penal, Vol. II, citado, p. 251.
85. SÁNCHEZ VELARDE Pablo. En Derecho Procesal Penal cita a PEREIRA ANABALÓN, Hugo
86. SÁNCHEZ VELARDE Pablo. En Derecho Procesal Penal Motivación y Fundamentación de las Sentencias y Debido Proceso, Rev. Judicial, Arequipa, Perú, N° 1, p. 21-26.
87. SANTA CRUZ Cahuata, Julio César. Razonamiento jurídico penal. Academia de la Magistratura. Enero 2000, Lima- Perú. P.21-22.
88. SOMOSA LUCIO César. Los delitos contra la tranquilidad pública. Manual de derecho penal parte especial. Buenos aires 1978 p.434 en Ronal Gamarra. Ob cit pg 5°
89. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Volumen I, segunda edición actualizada. 2003. Lima Perú
90. SANTAMARÍA VALLE, Juana “La Oralidad en el Nuevo Código Procesal Penal”, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Callao, Lima diciembre de 2008, p. 89.
91. TICONA POSTIGO, Víctor. Tutela Jurisdiccional Efectiva. Editorial Rodhas. Tomo I. Primera Edición. 1998. Lima Perú.
92. TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Palestra Editores Lima 2003. p-169-170

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia sobre el fondo. Sentencia del 16 de Agosto de 2000
- *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia del 18 de agosto de 2000.
- Caso LORI BERENSON MEJÍA vs. Perú. *Sentencia del 25 de noviembre de 2004* (Fondo reparaciones y costas).
- *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia del 18 de agosto de 2000.
- Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999.
- Caso De la Cruz Flores vs. Perú, sentencia del 18 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas).
- *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (*Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*).
- CIDH. Opinión Consultiva OC/16/99, de 1 de octubre de 1999
- CIDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párrafo 170
- CIDH Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C N° 30, parrs. 77-81.

- CIDH. Caso Ricardo Baena y otros VS Panamá, sentencia de fecha 10 de febrero de 2001. Serie C N° 72.
- CIDH, Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 77.
- CIDH. Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párrafo 154

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional [N° 0017-2003-AI/TC](#)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 012-2006 AI/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional 023-2003 AI/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp.N°3282-2004-HC/TC del 03 de mayo del 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Exp.N°1617-2003-HC/TC del 29 de enero de 2004. caso Soledad María Abanto Chavarría
- STC Exp. 1230-2002-HC/TC asunto Tineo Cabrera de 20 julio de 2002
- Sentencia del TC. Exp. N° 1934-2003-HC-TC. Caso Juan Roberto Yujra Mamani.
- Sentencia del TC peruano Exp. N° 1172-2003-HC/TC de 09 de enero de 2004. Caso María Elvira Teresa Huaco Huaco.
- Exp.N° 0969-2007-PHC/TC-Huaura, Exp.N°2196-2002-HC/TC

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

- Sentencia de la Primera Sala Penal para Procesados con Reos en Cárcel del 24 de noviembre del 2004, Caso Utopía.
- Sentencia de la Corte Suprema emitida en el R.N. N° 3048-204-Lima, del 21 de diciembre de 2004, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de diciembre de 2004.
- Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente N° 334-86, de 15 de julio de 1986, GAMARRA RONALD, *Terrorismo: Tratamiento Jurídico*, IDL, Luna, 1995, p. 57.
- Sentencia de la Sala Penal Nacional recaída en el Expediente N° 571-200 22 de agosto de 2005, fundamento jurídico 12.
- Sentencia de la Sala Penal Nacional recaída en el Expediente N° 571-03, del 22 agosto de 2005, fundamento jurídico 1
- R.N. N° 3044-2004-Lima, de 1° de Diciembre de 2004, en normas Legales, N° 5, Trujillo, 2004, p. 391.
- Consulta N° 126-2004-Lima, Precedente vinculante, 20 diciembre de 2004, Sala Penal Permanente, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 126.
- R.N. N° 1062-2004-Lima, precedente vinculante de 22 diciembre de 2004, en: SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias da la Corte Suprema*, cit., p. 133.

- Precedente vinculante recaído en la Consulta N° 126-2006-Lima, emitido por la Sala Penal Permanente el 20 diciembre de 2004, en: SAN MARTIN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección De Ejecutorias de la Corte Suprema, cit.*, p. 127.
- Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente en el R.N. N°, 2005, de 31 de Agosto de 2005.
- Precedente vinculante emitido en el R.N. N! 1062-2004-Lima, de 22 de Diciembre de 2004, en: SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema .cit.*, p. 133.

OTROS

- Informe N° 49/00. Caso 11.182. Rodolfo Gerbert Asencios Lindo, Rodolfo Dynnik Asencios Lindo, Marco Antonio Ambrosio Concha, Carlos Florentino Malero Coca. Perú. 13 de abril del 2000.
- Informe N° 49/00. Caso 11.182. Rodolfo Gerbert Asencios Lindo, Rodolfo Dynnik Asencios Lindo, Marco Antonio Ambrosio Concha, Carlos Florentino Malero Coca. Perú. 13 de abril del 2000
- Folleto informativo sobre la reseña histórica de los Estados Unido
- Constitución Política de los Estados Unidos de 1787
- Constitución política del Perú de 1993.
- Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación
- Decreto Ley 25475
- Decretos Legislativos 921, 922, 923,924,925,926 y 927