

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS:

**LA EXCLUSIÓN DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN
EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS DE TRAICIÓN A LA PATRIA Y
TERRORISMO, COMETIDO POR PERSONAS CIVILES EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: FREDY CUBAS BUSTAMANTE

Asesor:

M. Cs. RICARDO EUSTAQUIO SÁENZ PASCUAL

Cajamarca - Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
FREDY CUBAS BUSTAMANTE
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA:

**LA EXCLUSIÓN DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN
EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS DE TRAICIÓN A LA PATRIA Y
TERRORISMO, COMETIDO POR PERSONAS CIVILES EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: FREDY CUBAS BUSTAMANTE

JURADO EVALUADOR

M. Cs. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

M. Cs. Segundo Henry Alcántara Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú
2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 18:08 horas del día 20 de agosto de Dos mil veinte, reunidos a través de meet.google.com/rty-bdqp-qrm, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA, M.Cs. SEGUNDO HENRY ALCÁNTARA SALAZAR**, y en calidad de Asesora el **M.Cs. RICARDO EUSTAQUIO SAÉNZ PASCUAL**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **LA EXCLUSIÓN DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS DE TRAICIÓN A LA PATRIA Y TERRORISMO COMETIDO POR PERSONAS CIVILES EN EL PERÚ.**

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISÉIS (16) (BUENO)**, la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho FREDY CUBAS BUSTAMANTE**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.**

Siendo las 19:35 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual
Asesor

.....
Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Segundo Henry Alcántara Salazar
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A mis padres, esposa e hijos.

Que sin ellos no hubiera logrado una meta más en mi vida profesional. Gracias por estar a mi lado en esta etapa de mi posgrado, su apoyo moral, entusiasmo, su amor y tiempo dedicado me sirvieron para compartir sus experiencias, conocimiento y consejos, los cuales me permitieron seguir adelante con mis propósitos.

A mis maestros.

Por el tiempo y esfuerzo que dedicaron a compartir sus conocimientos, sin su instrucción profesional no habría llegado a este nivel. Quienes me brindaron dedicación al impartir su cátedra de tal forma que lo aprendido sea utilizado en mi vida diaria y profesional, por su apoyo brindado, gracias.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por darme la vida, salud y sabiduría a lo largo del estudio de la Maestría de Derecho Penal y Criminología, hacer posible la realización de este trabajo; por enseñarme lo maravilloso que es la vida, la naturaleza y todo lo creado por el, por mostrarme que en su creación nada ocurre al azar y todo tiene una causa, por enseñarme que mi existencia tiene un propósito y para lo cual siempre requerimos de su amor incondicional.

A mis familiares y maestros por su apoyo incondicional, quienes contribuyeron para la culminación de la presente tesis.

EL AUTOR

INDICE

INDICE	vii
AGRADECIMIENTO	vi
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	xii
CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA.....	1
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	4
1.5.1. Espacial.....	5
1.5.2. Temporal.....	6
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	6
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	6
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	6
1.7. HIPÓTESIS.....	8
1.8. OBJETIVOS.....	8
1.8.1. Objetivo general.....	8
1.8.2. Objetivos específicos.....	9
1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	9
1.10. LISTA DE ABREVIACIONES.....	9
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	10
2.1. LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ.....	10
A. Constitución Política del Perú de 1920.....	10

B.	Constitución Política del Perú de 1933	10
C.	Constitución Política del Perú de 1979	12
D.	Constitución Política del Perú de 1993	13
E.	La Legislación Antisubversiva y la jurisdicción militar	14
F.	Decreto Ley 25475 (Ley de Terrorismo)	15
G.	Decreto Ley 25659 (Delito de Traición a la Patria)	17
2.2.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA ORDINARIA Y MILITAR EN EL PERÚ	20
2.2.1.	PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL	20
A.	Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional	20
B.	Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional	27
C.	Debido proceso y la tutela jurisdiccional	30
D.	Juez Natural	33
E.	Principio de Legalidad	38
2.3.	JURISPRUDENCIA RELEVANTE	40
2.4.	JURISDICCIONES EN EL PERÚ	54
2.4.1.	La Jurisdicción	54
a.	Jurisdicción Constitucional	55
b.	La Jurisdicción Ordinaria o Común	58
d.	La Jurisdicción Militar Policial	61
e.	La Jurisdicción Arbitral	68
f.	La competencia	70
2.5.	LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO	72
2.5.1.	El Derecho Penal Militar en Colombia	72
2.5.2.	El Derecho Penal Militar en Honduras	73

CAPITULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	74
3.1. Vulneración del principio de independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.....	74
3.2. Vulneración del principio de debido proceso y la tutela jurisdiccional .	76
3.3. Vulneración del principio del Juez Natural	77
3.4. Vulneración del principio de legalidad.....	80
CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE LEGE FERENDA	82
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	85
5.1. CONCLUSIONES	85
5.2. RECOMENDACIONES.....	85
LISTA DE REFERENCIAS	87

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad responder a la siguiente ¿Cuáles son los principales principios jurídicos que se vulneran con la atribución de competencia a la jurisdicción militar en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo, cometidos por personas civiles en el Perú?

Para esto analizaremos los diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo mencionado por el Tribunal Constitucional, además de hacer un análisis de la historia de la jurisdicción en el Estado peruano, para comprobar la hipótesis que estipulamos, la cual fundamenta que se atenta contra los principios de independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional; principio del debido proceso y tutela jurisdiccional; principio del juez natural; y, principio de legalidad, para finalmente realizar una propuesta de *lege ferenda* para dar solución al conflicto.

Durante el desarrollo de la tesis la hipótesis fue demostrada, para lo cual se utilizó básicamente el método dogmático, así como la técnica de fichaje y su respectivo instrumento.

Palabras clave: Jurisdicción Militar. Delitos de función. Delitos de traición a la patria y terrorismo.

ABSTRACT

The present investigation is generated by the following question: What are the legal principles that are violated with the attribution of competence to the military jurisdiction in the prosecution of treason and terrorism crimes committed by civilians in Peru?

For this, we will analyze the various pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights and what is mentioned by the Constitutional Court, in addition to making an analysis of the history of jurisdiction in the Peruvian State, to verify the hypothesis that we stipulate, which justifies that it is attempted against the principles of independence, unity and exclusivity of the jurisdictional function; principle of due process and judicial protection; principle of the natural judge; and, principle of legality, to finally make a lege ferenda proposal to solve the conflict

During the development of the thesis the hypothesis was demonstrated, for which basically the dogmatic method was used as well as the signing technique and its respective instrument.

Keywords: *Military Jurisdiction. Crimes of function. Crimes of treason and terrorism.*

INTRODUCCIÓN

Uno de los fueros especiales que reconoce nuestra Constitución Política es el Fuero Militar que tiene la tarea de ejercer su función jurisdiccional dentro de su ámbito, es decir a sus integrantes en el ejercicio de sus funciones.

Dicha Carta Magna en su artículo 173 prescribe que:

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de Traición a la Patria y de Terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 de la Constitución Política, sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. (...). (Constitución Política del Perú, 1993)

Por otro lado, el artículo I del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, establece que:

El Código Penal Militar Policial tiene por objeto prevenir la comisión de los delitos de función militar o policial, como medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Contribuye al mantenimiento del orden, seguridad y disciplina de las fuerzas del orden (Fuero Militar Policial, 2016, p. 4)

Claro está, que el Código Penal Militar Policial, tiene como fin instaurar en la sociedad una correcta convivencia entre los integrantes de ella y esto se materializa mediante la correcta fiscalización y sanción de sus miembros militares encargados de desempeñar la función de protección.

De igual forma, el artículo II del Título Preliminar del citado código, establece que:

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional” (Fuero Militar Policial, 2016, p. 4).

En este aspecto, es menester mencionar, el desarrollo jurisprudencial producido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional para el establecimiento de la jurisdicción competente respecto de aquellos civiles que cometen los delitos de traición a la patria y terrorismo, dando a conocer que esta ha identificado como preferente el fuero ordinario.

Entonces, se puede determinar que el objeto de la jurisdicción militar es prevenir la comisión de los delitos de función militar o policial y con ello garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Además, que el delito de función, necesariamente debe ser cometido por un militar o policial en actividad en cumplimiento del servicio o con ocasión de él.

En este escenario, la presente tesis es una investigación que tiene por objeto conocer, cuáles son los principios jurídicos que se vulneran con la atribución de competencia a la jurisdicción militar en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo, cometidos por personas civiles en el Perú. También se podrá dar a conocer la contrastación existente entre el desarrollo jurisprudencial establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional respecto de la Constitución Política del Perú.

Para lograr dicho objetivo, el presente trabajo de investigación se estructuró en cuatro capítulos.

En el Capítulo I se presenta el planteamiento del problema de investigación, formulación del problema de investigación, justificación de la investigación, delimitación, definición de términos básicos, hipótesis, objetivos.

En el Capítulo II se abordarán aspectos teóricos relacionados con los principios de la función jurisdiccional, dentro de éste el principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, debido proceso y la tutela jurisdiccional y juez natural; asimismo, se tratarán temas como las jurisdicciones en el Perú, haciendo precisiones respecto de la jurisdicción constitucional, la jurisdicción ordinaria o común, la jurisdicción militar policial y la jurisdicción arbitral; de igual forma, se precisará la normatividad vigente que establece los lineamientos del delito de función, así como tendrá en cuenta el derecho comparado respecto de la jurisdicción militar en los países de Latinoamérica.

En el Capítulo III se ofrece la discusión e interpretación de resultados donde se centra el meollo del asunto, el cual contiene la contrastación de la hipótesis.

En el Capítulo IV se presenta una propuesta de *lege ferenda* respecto de la modificación del artículo 173 de la Constitución.

En el Capítulo V se presentan las conclusiones y recomendaciones de la presente tesis.

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

En el Perú, desde décadas anteriores ha surgido una especie de controversia dentro del ámbito jurisdiccional al momento de ejercer la función jurisdiccional, esto debido a la existencia de los denominados fueros especiales y precisamente dentro de ellos encontramos al Fuero Militar, que lógicamente tiene la tarea de ejercer su función jurisdiccional dentro de su ámbito, es decir a sus integrantes en el ejercicio de sus funciones.

Pero el problema surge, cuando se da una suerte de colisión entre estas jurisdicciones al momento de administrar justicia, como es el caso de los delitos de Terrorismo y Traición a la Patria que son cometidos por personas civiles, lo cual limita la competencia del fuero militar, por la misma condición de la persona civil, ya que esta persona no forma parte de ámbito militar, ni mucho menos ejerce funciones propias de esta.

En ese sentido, la Constitución Política del Perú, en su artículo 173 menciona a la competencia del Fuero Privativo Militar, donde establece que:

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de Traición a la Patria y de Terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 de la Constitución Política, sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. (...)" (Constitución Política del Perú, 1993, art. 141)

Es necesario mencionar que, respecto a los pronunciamientos jurisprudenciales que se han desarrollado entorno a la exclusión de competencia de la jurisdicción militar en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo, cometido por personas civiles en el Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la preponderancia del fuero ordinario en los casos donde civiles son perseguidos por los delitos de traición a la patria y terrorismo, entendiendo una notable contradicción de la Constitución Política del Perú con los planteamientos jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, visualizando una clara problemática en aquellos casos donde el Perú pueda desvincularse de los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creando un estado de incertidumbre respecto de los casos que lleguen a suscitarse.

Por otro lado, el artículo I del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, establece que:

El Código Penal Militar Policial tiene por objeto prevenir la comisión de los delitos de función militar o policial, como medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Contribuye al mantenimiento del orden, seguridad y disciplina de las fuerzas del orden (Fuero Militar Policial, 2016, p. 4)

Claro está, que el Código Penal Militar, tiene como fin instaurar en la sociedad una correcta convivencia entre los integrantes de ella y esto se materializa mediante la correcta fiscalización y sanción de sus miembros militares encargados de desempeñar la función de protección.

De igual forma, el artículo II del Título Preliminar del citado código, establece que:

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional (Fuero Militar Policial, 2016, p. 4).

Queda entonces perfectamente tipificado cuando se configura el delito de función por parte de un militar o efectivo policial. En ese orden de ideas, se puede determinar que el objeto de la jurisdicción militar es prevenir la comisión de los delitos de función militar o policial y con ello garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Además, que el delito de función, necesariamente debe ser cometido por un militar o policial en actividad en cumplimiento del servicio o con ocasión de él.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Teniendo en cuenta que existe un Fuero Militar Policial y un Fuero Común para el juzgamiento de delitos; cuando el delito de Terrorismo y Traición a la Patria sea cometido por militares y policías deberá ser juzgado como delito de función, caso contrario, cuando dichos delitos sean cometidos por personas civiles deben ser juzgados en el Fuero Común y no en el Fuero Militar. Frente a esto, es importante definir, cuáles son los fundamentos jurídicos, para que una persona civil que ha cometido delito de Terrorismo y Traición a la Patria, sea juzgado en el Fuero Común; de ahí, la necesidad e importancia de plantearse el siguiente problema de investigación.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los principales principios jurídicos que se vulneran con la atribución de competencia a la jurisdicción militar en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo, cometidos por personas civiles en el Perú?

1.4. JUSTIFICACIÓN

En la actualidad y desde años anteriores, siempre ha existido la incertidumbre de conocer cuál es el fuero idóneo para ventilar estos delitos en el caso de personas civiles, y a pesar de que actualmente es un tema no muy claro, no existe mucha información sobre tales implicancias. Considerando de vital importancia, realizar el presente trabajo de investigación, buscando un análisis profundo del artículo 173 de la Constitución Política del Perú, en el extremo que se pretende, que los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo cometidos por civiles, no sean conocidos por el Fuero Privativo Militar, sino por el Fuero Común, ello atendiendo al objeto y finalidad que persigue la jurisdicción militar policial. Por otro lado, al estar el Derecho Penal Militar Policial poco difundido y desarrollado en el Perú, es lógico que sea poco atractivo para los investigadores, juristas y doctrinarios en el país, conllevando a que exista pocos estudios sobre temas relacionados con la investigación en el ámbito de la jurisdicción militar policial, limitándose la jurisprudencia a ciertos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema e Informes de la Defensoría del Pueblo. En tal sentido, la presente

investigación será un aporte importante para avanzar en este campo del Derecho.

La presente investigación, beneficiará a las personas civiles, toda vez, que, frente a la comisión de un delito de Traición a la Patria y Terrorismo, permitirá que sean investigados en el Fuero Común y no en el Fuero Militar Policial como se ha venido haciendo desde la vigencia del artículo 173 de la Constitución Política del Perú. Siendo este beneficio también económico, puesto que como bien se sabe, la jurisdicción militar no cuenta con fiscalías y juzgados militares policiales a nivel nacional, sino solamente en algunas ciudades del país, lo cual de alguna manera perjudicaría la economía de una persona civil y familiares, quienes ante una investigación por parte del fuero militar policial, tendrán que desplazarse hasta el lugar donde exista la sede y juzgado militar policial que conozca un caso determinado, ya sea por Terrorismo o Traición a la Patria.

De igual forma, la presente investigación beneficiará a los abogados defensores, por cuanto va permitir cuestionar la competencia de los Fiscales y Jueces Militares Policiales, para conocer los delitos de Terrorismo y Traición a la Patria que sean cometidos por personas civiles.

1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

Por el espacio, la investigación está delimitada en todo el territorio peruano y al estudio de normatividad vigente en relación a nuestro objeto de estudio.

1.5.2. Temporal

La delimitación en el tiempo de la presente investigación, será desde la vigencia del artículo 173 de la Constitución Política del Perú de 1993.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

Por cuanto la investigación tiene como finalidad incrementar el conocimiento doctrinario, dogmático o jurídico sobre la jurisdicción militar para la investigación y juzgamiento del delito de función militar policial y la exclusión de dicha competencia de los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo cometidos por civiles, poniendo en práctica una propuesta legislativa como es la modificación del artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

La investigación tiene un nivel descriptivo, por cuanto en primer lugar se ha procedido a identificar el problema y al resolverlo identificar sus elementos constitutivos. Para el caso en concreto se trata de describir una norma regulada en el artículo 173 de la Constitución Política del Perú, que hace alusión a la jurisdicción militar policial, el delito de función y los delitos de Terrorismo y

Traición a la Patria cometidos por civiles que deben ser conocidos por el Fuero Privativo Militar, siendo este último el problema detectado, por cuanto se cuestiona la eficacia de dicha norma, motivando el presente trabajo.

B. Explicativa

La investigación no solo está orientada a describir o hacer un mero acercamiento en torno a un fenómeno o hecho específico, sino que busca establecer las causas por las cuales las personas civiles que cometen delito de Traición a la Patria y Terrorismo, no pueden ser investigados por el Fuero Militar Policial, sino por el Fuero Común; así como también, se busca explicar cuáles serían los efectos si se continúa bajo este mismo sistema normativo.

C. Propositiva

El trabajo de investigación es propositivo, por cuanto lo que se busca es la modificación del artículo 173° de la Constitución Política del Perú, en el extremo que regula que los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo cometidos por civiles deben ser juzgados en la Jurisdicción Militar Policial; proponiendo para ello que dichos delitos sean investigados por el Fuero Común.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

La investigación se realiza desde un enfoque cualitativo, puesto que el problema y su solución se sustentan básicamente en la argumentación jurídica; no habiendo necesidad de abordarlo desde enfoques sociológicos jurídicos y/o análisis del surgimiento y efectos de fenómenos sociales.

1.7. HIPÓTESIS

Los principales principios jurídicos que se vulneran con la atribución de competencia a la jurisdicción militar en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo, cometidos por personas civiles en el Perú, son:

- a.** Principio de independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
- b.** Principio del debido proceso y tutela jurisdiccional.
- c.** Principio del juez natural.
- d.** Principio de legalidad.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo general

Determinar los principales principios jurídicos que se vulneran con la atribución de competencia a la jurisdicción militar en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo, cometidos por personas civiles en el Perú.

1.8.2. Objetivos específicos

- a. Estudiar el principio de independencia como exclusividad del Poder Judicial para administrar justicia.
- b. Analizar la importancia de los principios del debido proceso y tutela jurisdiccional, juez natural y legalidad en la jurisdicción ordinaria y militar en el Perú.
- c. Elaborar una propuesta de modificación del artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se buscó en el RENATI la existencia de antecedentes a la propuesta de investigación, sin embargo, no se pudo localizar alguno relacionado a la presente investigación.

1.10. LISTA DE ABREVIACIONES

CPP: Constitución Política del Perú de 1993

CPMP: Código Penal Militar Policial

LOFMP: Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

TC: Tribunal Constitucional

ART: Artículo

EXP.: Expediente

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ

A. Constitución Política del Perú de 1920

En clara alusión a los alcances de la jurisdicción militar, la Constitución de 1920 establecía en su artículo 156 que “La justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el ejército, a no ser en caso de Guerra Nacional”. Esta disposición constitucional fue la primera en haber alertado constitucionalmente que la jurisdicción militar en el Perú no puede extenderse a personas que no estén en servicio militar.

Entendiéndose también de ello, que la justicia militar no sería de alcance al personal militar o policial que se encuentre en situación de retiro, sino solamente al personal que se encuentre realizando servicio activo dentro de las Fuerzas Armadas (Ejército, Fuerza Aérea y Marina de Guerra) y policiales, desvirtuando de igual forma, que la justicia militar pueda ser extendida a las personas civiles, esto por cuanto, no tienen la condición de militares o policías y menos realizan servicio activo dentro del ámbito militar, lo cual permite deducir, que ante cualquier conducta ilícita que lesionen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú .

B. Constitución Política del Perú de 1933

La Constitución de 1933, en lo que respecta a la justicia militar, en su artículo 229 establece que “La ley determinará la organización y las

atribuciones de los tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas”

Para ello se tiene como antecedente, que el 26 de setiembre de 1930, la Junta de Gobierno presidida por Luis M. Sánchez Cerro expide el Decreto Ley N° 6881, estableciendo la suspensión del artículo 156 de la Constitución de 1920, y de las leyes 2442 y 5862 del 22 de setiembre de 1927, quedando en vigencia los dispositivos legales del Código de Justicia Militar derogadas por la Constitución y leyes citadas. En esta coyuntura, los civiles que cometían los delitos de ataque a la fuerza armada, falsa alarma, motín, rebelión y sedición debían estar sometidos a la jurisdicción privativa de guerra, “toda vez que comprometen la estabilidad y disciplina del Instituto Armado”. El 28 de noviembre de 1930, Sánchez Cerro expidió el Decreto Ley N° 6948, con la finalidad de realizar la aclaración, para fijar los alcances del Decreto Ley N° 6881.

El Código de 1939 sucede al Código de 1898 que estuvo inspirado en la legislación francesa y española, tuvo 40 años de vigencia. La Constitución de 1920 señalaba que la justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el ejército, a no ser en caso de Guerra Nacional. Motivo por el cual constituye el primer texto legal en haber dispuesto constitucionalmente que la jurisdicción militar no puede extenderse a personas que no estén en servicio militar.

El Código de 1939 fue redactado teniendo en cuenta sólo las necesidades del Ejército de tierra; estuvo en vigor hasta 1950, fecha en que se dicta el nuevo Código, promulgado bajo el gobierno del General Manuel A. Odría, el 29 de mayo de 1950. este Código se dictó mediante Decreto Ley N° 11490 de 01 de setiembre de 1950, y fue ratificado por el Congreso de la República.

El 25 de julio de 1963, bajo el régimen de Nicolás Lindley se dicta el D.L. 14612 que norma por vez primera la Ley Orgánica de Justicia Militar. Este cuerpo normativo constituye el primero en su naturaleza, pues desde 1868 tradicionalmente había estado subsumido en los Códigos de Justicia Militar. El Código de 1963 rigió hasta 1980: es decir: estuvo en vigor 17 años.

El 19 de julio de 1980, días antes de que se transfiera el gobierno a la civilidad, el gobierno militar de entonces decide dictar la Ley Orgánica de la Justicia Militar, y el 24 de julio de ese mismo año se publica el Decreto Ley N° 23214, dando así origen al Código de Justicia Militar.

C. Constitución Política del Perú de 1979

Al respecto la Constitución de 1979 determinó la competencia de este Fuero privativo militar, básicamente para los delitos de función cometidos por militares y policías y, de manera excepcional a los civiles por la comisión del delito de traición a la patria en el supuesto de guerra exterior. Y en su inciso 1 de su artículo 233, establecía la existencia del

fuero privativo militar como una excepción a la unidad y exclusividad de la función judicial, junto a la arbitral. En esta Constitución se establecía que las disposiciones del Código de Justicia Militar “no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235”. Este artículo se refiere al delito de “traición a la Patria en caso de guerra exterior”.

D. Constitución Política del Perú de 1993

Por su parte, la Constitución de 1993 amplía la competencia de la justicia militar ya existente, para comprender la posibilidad de que civiles sean juzgados en razón de la comisión de actos de terrorismo.

Nuestro ordenamiento jurídico constitucional, trae un modelo sui generis en la legislación comparada. Ciertamente se determina que “el modelo constitucional, instaurado a partir de 1993, constituye un sistema atípico dentro de los clásicos modelos, tanto del anglosajón como del modelo europeo-continental de justicia militar” (Gutierrez, 2017). En ambos, a pesar de sus variantes, existe la posibilidad de controlar las decisiones de la justicia militar por la jurisdicción civil. Siendo este tema uno de los más polémicos de nuestra fórmula constitucional ya que solo da cabida al control en caso de condenarse a pena de muerte. La Constitución de 1993 en su artículo 173° señala que la Jurisdicción Militar tiene competencia para juzgar los delitos de función, los delitos de terrorismo y traición a la patria cometido por civiles; así como los casos en que tanto civiles como militares infrinjan las reglas del servicio militar.

E. La Legislación Antisubversiva y la jurisdicción militar

Según lo expuesto por Eto Cruz señala que:

es a partir del golpe de Estado de 1992, en que se instaura un período de facto que significó la dación de un marco normativo que significaba establecer nuevas vigencias y mutaciones en la Constitución Política del Perú, esto como una respuesta del Estado frente al fenómeno de la violencia política que azotaba al país, posición que según el autor fue confirmada por el General Nicolás Hermosa Ríos, quien reafirma la existencia de una etapa, en la que el Presidente Alberto Fujimori Fujimori, demostrando valentía tomó una de las decisiones más delicadas de la historia, violentando las reglas del Estado democrático y atendiendo que por encima de todo están los intereses del Perú, el 5 de abril del citado año, lideró la conducción del país a través de un “Gobierno de Reconstrucción Nacional”, ello con un solo propósito de restaurar en su plena vigencia las normas requeridas para la “Pacificación Nacional” que en ese entonces se encontraba saboteada. Por tal motivo, a pocos meses de haberse efectuado el golpe de Estado, se crea la legislación excepcional y de emergencia, lo cual significaba vulnerar el marco normativo preestablecido de la Constitución de 1979, dictándose para esto, el 13 de agosto de 1992 el Decreto Ley 25659, el cual en su artículo 4 tipifica el delito de Traición a la Patria, el mismo que prescribía que “a partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de traición a la patria serán de competencia del Fuero Privativo Militar” tanto en su investigación como en su juzgamiento. (2000, pp.133 -139).

En ese mismo orden de ideas, el Dr. Eto Cruz hace referencia, que mediante el Decreto Ley 25880 se establecía que se consideraba autor del delito de traición a la patria, a quien, valiéndose de su condición de docente, influya en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, precisando a su vez, que de producirse tal conducta era de competencia del fuero militar. Por lo que, durante este nuevo marco normativo se expresaba tres áreas: **Derecho Penal** (D.L. 25475, Ley de Terrorismo y D.L.25659, Delito de Traición a la Patria), que regulan los tipos base y modalidades de las conductas delictivas antes mencionadas; **Derecho**

Procesal Penal (D.L.25499 del 16 de mayo de 1992, que establece los términos y procedimientos dentro del delito de terrorismo; D.L.25708 del 10 de septiembre de 1992, que establece los procedimientos en el delito de traición a la patria), y **Derecho Penal Premial** (D.L. 25499, Ley de Arrepentimiento y la posterior Ley 26220 del 19 de agosto de 1993, donde se establecen los alcances de la Ley de Arrepentimiento a las personas procesadas y sentenciadas por los delitos de terrorismo y Traición a la Patria.

F. Decreto Ley 25475 (Ley de Terrorismo)

Mediante el presente Decreto Ley, se determina la penalidad para los delitos de terrorismo, procedimientos para la investigación policial, Instrucción y el Juicio, así como las medidas de protección que los ciudadanos están obligados a proporcionar a los Magistrados, miembros del Ministerio Público y Auxiliares de Justicia que conozcan de dichos procesos.

A partir del 1991 se publica el Código Penal, de esta manera se señala que:

El cual fuera aprobado por el Decreto Legislativo N° 635, tipificando en los artículos 319 al 322, los delitos contra la Tanquilidad Pública, dentro de ellos el delito de Terrorismo (tipo base), Terrorismo Agravado, Actos de Colaboración con el Terrorismo y Afiliación a Organizaciones Terrorista (Cubas Villanueva, 2017).

Posterior a ello, dicho autor precisa que,

con fecha 05 de abril de 1992 se alteró el orden constitucional, se disuelve el Congreso y los Órganos de

Control Constitucional; seguidamente en el mes de mayo de 1992, se crea una nueva legislación antiterrorista privilegiando la aplicación del Derecho Penal, (...). Con fecha 13 de agosto del 1992 se promulgó el Decreto Ley N°25659 que tipifica el delito de Traición a la Patria, mediante el cual se sanciona con cadena perpetua a los responsables que cometan este tipo penal y se confiere competencia para investigar y juzgar al Fuero Militar Policial; seguidamente, ya en el año de 1994 entra en vigencia la Constitución Política de 1993, la cual establece la pena de muerte y permite el juzgamiento de civiles en el fuero militar, es en esta nueva legislación que se establecen normas especiales para la investigación, juzgamiento y ejecución, donde para la etapa de investigación, se establece que la investigación se desarrollará a través del proceso sumarisimo, disponiéndose la detención en el auto apertorio, así como que durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad y además que no procede las acciones de garantía. (Cubas Villanueva, 2017)

En cuanto al juzgamiento, se estableció que éste no podría durar más de 15 días, donde los magistrados ostentaban identidad secreta, los juicios necesariamente se desarrollaban en los centros penitenciarios en ambientes especiales y además que no procedía recusación contra los magistrados, en lo que respecta a la etapa de ejecución, las penas de cumplían en centros penitenciarios de máxima seguridad, aislamiento celular continuo, régimen disciplinario especial y además no se concedían beneficios penitenciarios, siendo bajo la aplicación de dichas normas que se juzgó y condenó a los principales dirigentes de organizaciones terroristas (Sendero Luminoso y MRTA). Por otro lado, con fecha 12 de mayo de 1992, se promulgó el Decreto Ley N°25499 sobre “Arrepentimiento”, estableciendo como beneficios la reducción, exención y remisión de penas.

En ese mismo orden de ideas, el Dr. Víctor Cubas Villanueva indica que

(...) a partir del año 2000, se produce la caída del gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, con ello se restablece el régimen democrático y se declara la inconstitucionalidad de las Leyes Antiterroristas mediante el fallo del Tribunal Constitucional en la STC N°010-2002-AI, dando lugar que posteriormente con fecha 18 de enero del 2003, se promulgue el Decreto Legislativo N° 921 que regula el régimen de la cadena perpetua y los límites máximos de la pena privativa de libertad, con fecha 12 de febrero del mismo año, se promulgó el Decreto Legislativo N°922 que prescribe la nulidad de los procesos seguidos por Traición a la Patria, con fecha 20 de febrero del 2003, se promulgó el Decreto Legislativo N° 926, mediante el cual se declara la nulidad de los procesos desarrollados por magistrados con identidad secreta y prescribe que en adelante los procesos se desarrollen de conformidad con el Código de Procedimientos Penales, con fecha 20 de febrero del 2003, se promulgó el Decreto Legislativo N° 927, el mismo que establece el otorgamiento de beneficios penitenciarios a los condenados por Terrorismo bajo un régimen especial y es con fecha 22 de julio del 2007, donde se promulga el Decreto Legislativo N° 985, el mismo que modifica el Decreto Ley N° 25475 y Decreto Legislativo N° 927, siendo a partir de esta época que se restableció el régimen democrático, donde a su vez se empezó a desarrollar los nuevos procesos con estricta observancia de las garantías procesales, así como los derechos fundamentales de las personas, procediendo a juzgar el delito de Terrorismo bajo un marco legal dentro de los límites de un Estado Constitucional de Derecho, a través del cual se llegó a procesar a los terroristas y aplicar penas severas, dentro de ellas la cadena perpetua. (Cubas Villanueva, 2017)

G. Decreto Ley 25659 (Delito de Traición a la Patria)

Según Eto Cruz, mediante el citado Decreto Ley,

(...) se tipificó el Delito de Traición a la Patria, el cual se desprende y/o deriva del delito de terrorismo agravado (art. 2 de la Ley Antiterrorista). Posteriormente, se dictó el Decreto Ley 25708, que regula los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria; asimismo, se dictó el Decreto Ley N° 25744, normas en las cuales se diseñó reformas como aplicar el procedimiento sumario previsto en el Código de Justicia Militar para tales juicios en el teatro de operaciones; (...); estableciéndose también, que en los delitos de traición a la patria, solo se podrá interponer el recurso de nulidad, cuando se imponga una pena de cadena

perpetua o privativa de libertad de 30 o más años de pena, prescribiendo asimismo, que la Policía Nacional del Perú, estaba facultada para realizar la detención de las personas implicadas por un término mayor de 15 días, informando de ello a la autoridad judicial del Fuero Privativo Militar, pudiendo prorrogarse dicho plazo por 15 días más. De igual forma, se estableció que los abogados defensores estaban impedidos de ejercer la defensa simultáneamente a más de un procesado a nivel nacional en ninguna de las etapas, esto es, ya sea en la investigación policial, instrucción o el juicio oral. (2000, p. 153)

Por otro lado, debemos precisar que el Decreto Ley No.25744, de fecha 27 de setiembre de 1992, establece también, que en casos de comisión de delitos de traición a la patria, “los implicados no podrán acogerse a los beneficios penales o penitenciarios, en cuanto al régimen penitenciario, se estableció el aislamiento celular, trabajo obligatorio y reclusión en centros de máxima seguridad, por el tiempo que dure la condena” (Andrade Gartner, De Bracamonte Melgar, De Vinatea Plaza, Quiñones Infante, & Rodríguez Riva, 1999, p. 310).

Dentro de este contexto de la Constitución de 1993, se dio el Decreto Legislativo N°1094 (vigente), que regula el Código Penal Militar Policial, estableciendo en su artículo II el delito de función, como aquella conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, es decir que para que se pueda configurar este tipo de delitos, se requiere que el agente sea un militar o policía, que se encuentre en situación de actividad, que

haya realizado el ilícito en actos u ocasión el servicio y que además vulnere bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses.

Por otro lado, en el capítulo III, artículo 7° del mismo código, establece que: las disposiciones de este Código se aplican a los miembros de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, autores o partícipes de los tipos penales militares policiales o de función militar policial, de acuerdo con los criterios siguientes:

1. Que el sujeto activo sea un militar o un policía que ha realizado la conducta cuando se encontraba en situación de actividad;
2. Que se cometa el delito en acto de servicio o con ocasión de él; y,
3. Que se trate de conductas que atenten contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

Se consideran militares o policías para este Código:

1. Los que de acuerdo con las leyes y reglamentos ostentan grado militar o policial y prestan servicio activo;
2. Los que forman parte de la reserva de los institutos de las Fuerzas Armadas, siempre que se encuentren en entrenamiento militar; y,
3. Los prisioneros de guerra en conflicto armado internacional

2.2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA ORDINARIA Y MILITAR EN EL PERÚ

2.2.1. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Existen diversos principios que delimitan la función jurisdiccional, los mismos que se encuentran regulados expresamente en normas del ordenamiento jurídico interno, así como también en normas que forman parte del ordenamiento jurídico internacional. A continuación, se mencionan algunos principios de interés para el presente trabajo de investigación.

A. Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

Esta garantía se encuentra consagrada en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993, la cual establece que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. (...)”.

En ese sentido, importa precisar, que en el Perú la administración de justicia relacionada con el sistema ordinario o común, le compete al Gobierno representado por el juez tal y como lo establece el artículo 138 de la actual Constitución, mediante el cual se establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder judicial; quedando claro que la exclusividad de la función jurisdiccional la tiene el Poder Judicial, de manera excepcional la jurisdicción militar en el ámbito militar policial cuando se presume la comisión de delito de función, la

jurisdicción arbitral para resolver conflictos a iniciativa de la partes a través de los laudos arbitrales que equivalen a sentencias y la jurisdicción campesina o comunal puede ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no viole los derechos fundamentales de la persona.

Cuando se habla de la unidad de la función jurisdiccional, significa que ésta no se divide o delega hacia otros entes del Estado, sino que constituye un todo instituido cuya actuación se puede distribuir por razones materiales, territoriales o económicas, pero de ninguna manera dividir o fragmentar, ya que ello implicaría la ejecución de funciones jurisdiccionales de manera paralela lo cual es inaceptable según nuestro marco constitucional.

Lo resaltante del principio de unidad, según refiere el Dr. Francisco Fernández Segado, citado por Hurtado Sánchez, es que:

La clave del principio de unidad reside en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de una organización judicial ordinaria, entendiendo por tal, aquella que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento (...) (Hurtado Sánchez, S/F)

Entendiendo esto, como aquella que está establecida por la normatividad vigente de carácter general, que hagan referencia a los órganos, así como a su competencia y procedimiento

preestablecido. Principio que básicamente busca que exista una correcta organización tanto en el ámbito estructural como funcional, dejando de lado la existencia de cualquier tipo de presión externa al juez en momentos que administra justicia, a fin de garantizar una total independencia, conforme lo establece la actual Constitución Política del Perú, al prescribir que únicamente los miembros del Poder Judicial y los órganos que forman parte de su estructura pueden administrar o impartir justicia, no delegándose ni estableciendo otros mecanismos de transferencia funcional, en razón al carácter exclusivo que ostenta la magistratura común.

Para Lovaton Palacios (1999) establece que la jurisdicción no sólo es ejercida por el Poder Judicial sino también por otros órganos que gozan de esta prerrogativa constitucional actuando siempre con independencia e imparcialidad y cuyas decisiones que impartan tienen validez en su ámbito de competencia (p. 604). En tal sentido, si bien puede hablarse con rigor de un monopolio estatal sobre la jurisdicción, no se puede decir lo mismo del Poder Judicial, el cual ejerce exclusividad pero no monopolio sobre la potestad de administrar justicia. Por tal motivo, el autor prefiere hablar de «principios de la jurisdicción» y no sólo del Poder Judicial, puesto que entiende que la independencia, la unidad y la exclusividad deben verse insertos en el ámbito constitucional de diversos órganos estatales que ejercen legítimamente jurisdicción aunque, es obvio, con especial referencia al Poder Judicial.

Ahora bien, el hecho que se reconozca que existen otros órganos jurisdiccionales además del Poder Judicial, no significa en absoluto el rol sobresaliente de éste último en el ejercicio de la jurisdicción por un lado, porque es un poder dedicado en exclusiva al cumplimiento de esta labor de resolver controversias aplicando el derecho de forma irrevocable; por otro lado, porque la actividad jurisdiccional de los otros órganos constitucionales autorizados para ello, es diferenciado, en el sentido que se ejercitan en sectores perfectamente delimitados y muy reducidos en comparación con la amplísima extensión del campo de los juzgados y tribunales judiciales.

Por otro lado, Lovaton Palacios (1999) precisa que el principio de unidad jurisdiccional tiene dos significados, uno material que es la exigencia de juez ordinario y otro orgánico, que es la exigencia de unidad organizativa del cuerpo de juzgados y tribunales (p. 605). Desde esta doble perspectiva, los órganos jurisdiccionales no judiciales constituyen una excepción al significado orgánico de la unidad, pero no al material. En ese sentido, el principio de unidad, en su significado material, informa la actuación de todos los órganos jurisdiccionales judiciales o no, en tanto que la unidad en su acepción organizativa sí es propia de los juzgados y tribunales conformantes del Poder Judicial.

Asimismo, Lovaton Palacios (1999) indica que

Los principios de unidad y exclusividad son como dos caras de la misma moneda, están íntimamente enlazados y juntos forman un todo armónico, pero ello no significa que sean lo mismo. El primero actúa al interior del órgano jurisdiccional - asegurando al juez ordinario o la unidad orgánica-, en tanto que el segundo actúa al exterior del mismo defendiendo sus dominios contra intromisiones estatales o extra estatales. De ahí que de ambos se desprenda la prohibición de fueros especiales, aunque por razones distintas: del primero porque rompería la garantía del juez ordinario y del segundo porque implicaría una vedada intromisión de órganos no autorizados constitucionalmente para ejercer jurisdicción (p. 165).

Siendo ello así, debemos preguntarnos, ¿Para qué estas construcciones teóricas de la unidad y exclusividad jurisdiccional?

En verdad tienen varios propósitos, según se le mire, por ejemplo, desde el derecho a la igualdad ante la ley o desde el principio de separación de poderes; pero desde la perspectiva de la jurisdicción misma, la unidad y exclusividad no buscan otra cosa, finalmente, que asegurar la imparcialidad de la actuación jurisdiccional y, a través de ello, tutelar también su independencia. De esta manera, ambos principios se erigen también en sustento fundamental del principio de independencia (Lovaton Palacios, 1999, p. 606).

En cuanto al carácter auténticamente jurisdiccional de la potestad que ejercen los tribunales militares, Lovaton Palacios afirma que, si bien en sus efectos tales decisiones son jurisdiccionales, en el sentido de la máxima irrevocabilidad posible en nuestro

ordenamiento, en su formación no lo son, pues los titulares de tal potestad no gozan de independencia ni de imparcialidad (1999 p. 606). Hasta podría llegarse a aceptar que al menos en el plano teórico sí gozarían de independencia jurídica porque habría que suponer que los jueces militares sólo se sujetan a sus normas y reglamentos al momento de resolver, pero ¿acaso podría predicarse de ellos que son imparciales? ¿gozan acaso de las mismas garantías e incompatibilidades de los jueces ordinarios?; preguntas que incluso se hace no sólo en el plano de los hechos, en el que la respuesta sería obvia vista la experiencia de los últimos años, sino en el propio plano jurídico.

Por su parte, Prado Saldarriaga (1990) manifiesta acerca de este principio lo siguiente:

Por este principio se determina la exclusividad del Poder Judicial para conocer y condenar a los autores o partícipes de un delito; derivándose de éste las principales garantías y/o principios directrices de todo proceso tales como doble instancia, juez natural, debido proceso, publicidad del juicio, etc.

(...)

El efecto material de este principio es que no pueden establecerse en el país tribunales paralelos a la justicia ordinaria penal, para avocarse al juzgamiento de delitos comunes (...). (p. 275)

Conforme se ha venido haciendo tiempo atrás en nuestro país y que subsiste hasta ahora para conocer el delito de traición a la patria y terrorismo, donde a pesar que éstos no cumplen con los presupuestos del delito de función, continúan siendo de

competencia de la jurisdicción militar policial, tal y como lo establece en su artículo 173 la Constitución del Perú, siendo evidente por lo tanto “la transgresión del principio de jurisdiccionalidad, por cuanto se vienen investigando a civiles en el fuero castrense” (Prado Saldarriaga, 1990, p. 276), sin tener en cuenta que dicho fuero es exclusivo para militares y policiales cuando se transgreden bienes jurídicos propios de dichos institutos armados en el ejercicio de la función.

Conforme expone Custodio (2006) que:

en nuestro sistema jurídico peruano ninguna persona puede atribuirse facultades para conocer controversias de relevancia jurídica, puesto que dicha actividad es de competencia del Estado a través de sus entes especializados jurisdiccionales, quienes gozan de la exclusividad para ejercerla y administrar justicia dentro del territorio nacional. (p. 10),

Lo cual significa también que el Poder Judicial constituye el único órgano facultado para conocer los procesos de relevancia jurídica, donde se requiera una decisión imparcial en aras de la defensa de los derechos fundamentales de las personas y los intereses del Estado Peruano. Ya que si bien el Estado reconoce la presencia de la jurisdicción militar como un fuero privativo, esto es, con la finalidad de conocer la conducta ilícita de los militares y policías en el ejercicio de la función y otras excepciones constitucionalmente previstas.

B. Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional

Según Chaname Orbe (2005) en sus comentarios al inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, precisa que la función jurisdiccional es independiente, por lo que encontrándose en trámite un proceso judicial, ninguna autoridad podrá arrogarse competencia para conocer el mismo, ni mucho menos interferir en el ejercicio de la función, existiendo de igual forma la prohibición para modificar sentencias judiciales o retardar su ejecución, claro está con la excepción del derecho de gracia con la modalidad de indulto o amnistía.

Al respecto, San Martín Castro (2001)

en referencia al principio de Independencia, unidad y exclusividad jurisdiccional, indica que éste constituye una pieza fundamental del Estado de Derecho, por cuanto la justicia es equidistante tanto frente a la sociedad y las partes, así como frente a los demás poderes públicos y a la burocracia superior, lo que permite a los jueces aplicar la ley, en clara obediencia al Derecho objetivo, y en lo respecta a la unidad del órgano jurisdiccional, significa que el Gobierno está impedido de otorgar facultades jurisdiccionales excepcionales a ciertas entidades para conocer de determinadas materias, puesto que implicaría la vulneración a la garantía constitucional de juez legal. Por otro lado, y en lo que concierne a la exclusividad, ello significa, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional constituye un monopolio de los integrantes del Poder Judicial. (p. 102)

Por tanto, la jurisdicción no sólo es una potestad derivada de la propia soberanía estatal. Para ser tal, se requiere ineludiblemente que se conforme respetando e incorporando un conjunto de requisitos o notas características propias, ya que al adolecer de

éstos no se puede hablar de jurisdicción en sentido estricto.

Siendo así, sólo se podrá calificar una concreta función, la que corresponde a la jurisdicción militar, en la medida en que respete esas notas características. Básicamente, (...), se requiere que se cumpla «la independencia y sumisión a la Ley y al Derecho de conformidad con la jerarquía normativa y el sistema de fuentes preestablecido». Ello sin perjuicio de discutir el mejor perfil de su organización y su concreto ámbito competencial objetivo y funcional. (San Martín Castro, 2017, p. 5)

En tal sentido, hablaremos de una función específica dentro de la jurisdicción militar, en la medida en que respete la independencia y sumisión al ordenamiento jurídico en el ámbito nacional e internacional. Ello claro está, sin perjuicio de discutir el mejor perfil de su organización y su concreto ámbito competencial objetivo y funcional.

Por lo tanto, debe quedar claro, que si la Constitución reconoce el monopolio jurisdiccional de imposición de las penas (art. 139°.10 Const.) y la Convención Americana de Derechos Humanos exige que el Tribunal decisor sea independiente e imparcial (art. 8°. 1 CADH), deviene ilegítimo y arbitrario un órgano administrativo que pudiera estar habilitado para la imposición de sanciones penales, o cualquier jurisdicción especial que, con extralimitación de su competencia, pretendiera imponerlas. Esto último sucedería si la jurisdicción especial militar extralimitara su competencia fuera de las terminantes disposiciones constitucionales, pues en este caso se constituiría en un Tribunal de Excepción. (San Martín Castro, 2017, p. 5).

Custodio (2006) precisa que la independencia judicial constituye un problema dentro del ámbito del derecho constitucional, así como de organización judicial, el cual tiene influencia dentro de los procesos que se ventilan en el órgano jurisdiccional y que va a garantizar la imparcialidad en cada uno de los fallos que resuelvan conflictos de intereses (p. 12).

Por esto el autor refiere que, si bien los principios de independencia e imparcialidad componen garantías esenciales de la función jurisdiccional, también lo es, que constituyen garantías para las partes involucradas en el proceso, porque de producirse la vulneración del principio de independencia e imparcialidad del juzgador, de igual forma se ve afectado el derecho a un juez independiente e imparcial y por ende la tutela jurisdiccional efectiva.

Por lo tanto, cuando el autor se refiere a los miembros de las fuerzas armadas y policiales, establece que éstos al igual que cualquier persona gozan de todas las garantías que avalen un proceso justo e imparcial. Es decir, que el ejercicio de la función jurisdiccional debe efectuarse en forma autónoma, responsable e independiente, debiendo ser entendida como la capacidad autónoma para aplicar el derecho, ya sea para juzgar, así como para materializar y/o ejecutar lo juzgado, claro está con estricta observancia de la constitución y la ley.

C. Debido proceso y la tutela jurisdiccional

Para Chaname Orbe (2009)

dicho principio constitucional está regulado en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, de lo cual se puede decir, que el debido proceso son las garantías mínimas que requiere una persona para ser investigado o procesado, teniendo en cuenta para ello, la observancia del derecho a la defensa, pluralidad de instancias, presunción de inocencia, entre otros. Mientras que la tutela jurisdiccional efectiva constituye el derecho de toda persona a que el Estado le proporcione una justicia idónea, imparcial y oportuna a sus demandas o pretensiones y dentro de estos postulados el juez natural es una condición de lo predecible de una justicia imparcial. (p. 432)

A este principio reconocido constitucionalmente, también se le puede orientar como principio de prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción, puesto que bajo los preceptos de éste, 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 y desde luego tiene su justificación en la medida de buscar que los procesos que afronte el justiciable este acorde a un debido proceso y se cumplan con las mínimas garantías procesales.

Al respecto, la Convención Americana en su artículo 18, consagra este principio, lo cual ha conllevado que la Comisión Interamericana en su diversa doctrina llegue a sostener que el enjuiciamiento a civiles por tribunales especiales sólo se justifica

mediante la existencia de un estado de excepción originado de una verdadera amenaza a la vida de la Nación. Lo cual, aun cuando se decretase un estado de emergencia o estado de sitio no se podría crear ningún tribunal especial, pues de lo contrario significaría una ruptura del orden constitucional (Musso López, 2006, p. 43).

Refiriéndose a este principio, Landa Arroyo (2003), detalla que el principio de la tutela procesal efectiva, consiste en el derecho de toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales con el propósito de obtener un pronunciamiento a través de sentencias u otras resoluciones, donde se resuelvan controversias de relevancia jurídica y de interés para la partes involucradas.

Apreciándose que de este derecho fundamental se derivan las exigencias tales como: El acceso a órganos propiamente judiciales, prohibición de exclusión del conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento, prohibición de impedir su acceso (principio del favor actionis o pro actione), el cual se exterioriza a través del debido proceso y el acceso a la justicia.

En relación con este principio constitucional, en el artículo I del Nuevo Código Procesal Penal se puede advertir determinados principios y derechos relativos a la tutela jurisdiccional en el campo del derecho penal. Al respecto en el inciso 1, se relaciona

a este principio y el derecho de la gratuidad de la administración de justicia y el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales.

Evidenciándose de ello, que la tutela procesal efectiva, se manifiesta en el debido proceso y acceso a la justicia, y que su aplicación no sólo se ciñe al ámbito puramente judicial, sino también alcanza a todo tipo de procesos y procedimientos de naturaleza distinta a la judicial, dentro de ellos a los órganos que administración justicia de manera excepcional conforme a lo previsto en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

Con relación al contenido de este derecho fundamental, cabe precisar que es amplio, ya que no solo se refiere a que en el proceso penal se respete el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional y el derecho de defensa del justiciable, sino que también se refiere a la igualdad procesal entre las partes, a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, a obtener una decisión fundada en Derecho, a tener acceso a los medios impugnatorios que la ley otorga, etc.

Asimismo, el Nuevo Código Procesal Penal, en este artículo, también ha tomado en cuenta el principio de igualdad procesal, el mismo que se desprende del derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 2°, inciso 2 de la Constitución Política del

Perú y consiste en que las partes en el proceso penal, se encuentren en condiciones iguales, es decir que dispongan de las mismas armas para hacer valer sus pretensiones en el proceso penal. En otras palabras, lo que busca este principio, es que las partes de un proceso tengan las mismas posibilidades en el mismo, no dando lugar a la existencia de ciertos privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas.

D. Juez Natural

El derecho a un juez natural se forma en un derecho que por naturaleza forma parte de toda persona y que garantiza el cumplimiento de sus garantías procesales, tal como lo establece Haro Bustamante (2001), Director del Instituto Justicia, Democracia y Desarrollo y de la Sociedad para la Defensa de la Persona, que toda persona tiene “derecho a un “Juez Natural” ya que forma parte sustancial del derecho a un debido proceso judicial (due process of law); el cual se manifiesta cuando un acusado es procesado por el juez o tribunal que le corresponde según las disposiciones fijadas anteladamente por la Constitución Política. En consecuencia, el justiciable, es decir la persona a ser juzgada debe saber que el juez que lo va a conocer su causa es imparcial y fue nombrado con anterioridad conforme a ley.

Este derecho importa el hecho de establecer la designación de un juez para un determinado caso o circunstancia especial, tal como lo establece el Tribunal Constitucional, el cual en reiteradas oportunidades (Exp. N° 290-2002-HC/TC; Exp. N° 1013-2002-HC/TC y Exp. N° 1076-2003-HC/TC) ha establecido que este derecho supone dos exigencias: En primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional.

En segundo lugar, que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2007).

La Constitución de 1993, en su artículo 139° inciso 1 señala que “No hay proceso judicial por comisión o delegación”. Este derecho, tiene dos alcances, el primero, en forma amplia pero

fundamental, como lo señala Musso Lopez (2006), se trata de la imposibilidad de ser sometido ante la autoridad de quien no es juez (falta de jurisdicción en su mejor sentido procesal), y para ello se prohíben no sólo los tribunales especiales y los juicios por comisión o delegación (ya sean tribunales *ad-hoc*, “tribunales revolucionarios”), sino también la imposibilidad de crear fueros especiales en razón de las personas por sus especiales calidades, como ocurría en tiempos anteriores.

El segundo tiene como base un principio de legalidad, el cual según Quiroga León, las competencias de esos jueces y tribunales jerárquicamente integrados están o deben estar predeterminados por la ley y no al libre albedrío de ningún funcionario o persona. Esto por cuanto, producido un conflicto de intereses, el justiciable debe estar en posibilidad de saber de forma clara, cuál es ese orden jurisdiccional que ha de ventilar su causa con imparcialidad.

Teniendo en cuenta los conceptos precedentes, un tema que amerita ser analizado en el presente trabajo, es a menudo la controversia que se genera en la elección de los jueces en el Fuero Militar Policial, esto en razón que los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son elegidos a propuesta del Ministro de Defensa e Interior por el Presidente de la República, vulnerando los presupuestos de la potestad reconocida

constitucionalmente al Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150° del texto constitucional de 1993) puesto que es “El Consejo Nacional de la Magistratura quien se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular. (Artículo 150 de la Constitución Política del Perú - 1993).

La jurisdicción militar se estableció 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. El traslado de competencia de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en ese fuero, como sucede en este caso, supone 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, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho a la justicia (Caso Castillo Petrucci y otro vs. Perú, sentencia de 30 mayo de 1999).

En alusión al principio del derecho al juez natural, el Dr. Eto Cruz precisa que, junto al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, prohibición de los órganos jurisdiccionales de excepción, se encuentra el principio del derecho al juez natural, el cual está consagrado en el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución del Perú y que textualmente indica: “No hay proceso judicial por comisión o delegación” (Eto Cruz, 2000, p. 185).

Por lo que, haciendo referencia al profesor Aníbal Quiroga León, establece que dicho principio tiene dos alcances,

uno que hace referencia a la imposibilidad de ser juzgado por una autoridad de quien no es juez (falta de jurisdicción), donde no solo se restringen la creación de los tribunales especiales y los juicios por comisión o delegación (tribunales ad-hoc, tribunales especiales, etc), sino también la imposibilidad para crear fueros especiales en razón de las especialidades o cualidades de los ciudadanos. Y en cuanto al otro alcance que hace referencia el autor, este tiene como base el principio de legalidad, esto por cuanto las competencias de los jueces y tribunales jerárquicamente integrados, necesariamente deben estar integrados o predeterminados por la ley y no al arbitrio de ningún funcionario o persona. (Eto Cruz, 2000, p. 185)

Esto en el sentido, que el ciudadano investigado debe estar en la posibilidad de conocer en forma clara y precisa, cuál es ese orden jurisdiccional que va a conocer su caso, con un criterio racional e imparcial.

En ese mismo orden, Eto Cruz (2000) prevé que hablar de juez legal o natural, es hacer referencia al juez auténtico, lo cual significa que las actuaciones del juez, están garantizadas por la observancia de las garantías de independencia, inamovilidad y responsabilidad, que hacen posible la sumisión juez a la ley (p. 186).

Esto por cuanto no cualquier persona, investida de autoridad dentro del estado, tiene o puede arrogarse atribuciones jurisdiccionales, por más ley que exista o se dictare, puesto que si se otorgaran tales facultades jurisdiccionales a personas o funcionarios que no forman parte del Poder Judicial, estaríamos ante decisiones propias de regímenes autoritarios apartados de las reglas de un esta de derecho.

E. Principio de Legalidad

Al respecto, el Dr. Prado Saldarriaga establece que solamente la ley puede delimitar las conductas ilícitas punibles y cuáles son las sanciones y/o penas a imponer ante la comisión de un delito, puesto que atendiendo a su concepción material el principio de legalidad es una garantía de la libertad personal y política de los ciudadanos dentro de un estado de derecho,

(...) ya que se constituye en un límite jurídico importante para todo acto de poder estatal. Por consiguiente, la ley penal debe ser clara y precisa. A través de ella se debe percibir e inferir el ámbito de ejercicio de la libertad

ciudadana que es limitado en favor de la convivencia. Pero, además, la certeza legal acerca de lo delictivo, posibilita impedir toda arbitrariedad o abuso de parte de quien ostentan el poder. (Prado Saldarriaga, 1990, p. 269)

En ese sentido, se rescata la importancia del principio de legalidad dentro un estado de derecho, puesto que constituye una garantía fundamental para todo ciudadano, en el sentido que garantiza la existencia previamente de una ley que establezca claramente los tipos penales, las sanciones a imponer, así como también exige delimitar claramente la jurisdicción competente para conocer un determinado tipo penal, esto es, si es conocido por la jurisdicción ordinaria o por la jurisdicción militar, las mismas que tiene competencia para conocer ilícitos penales dentro del país, la primera de ellas en el caso de delitos comunes y la segunda para conocer los delitos de función cometidos por militares y policías, sin embargo, contrariamente se ha establecido que el fuero militar policial tiene competencia para juzgar los delitos de traición a la patria y terrorismo cometidos por civiles, lo cual corrobora una vez más la vulneración a dicho principio constitucional.

Para Arsenio Oré Guardia (2012), el principio de legalidad exige que,

antes de ejercer la acción penal, cumplir con las exigencias de previsión y certeza normativa, de tal modo que la sanción de determinados actos ilícitos sea previsible a sus destinatarios; razón por la cual, no puede procesarse ni condenarse a nadie si el hecho imputado no es reconocido como ilícito penal en el momento en que se atribuye su ejecución. (p. 46)

2.3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Respecto al desarrollo jurisprudencial que establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú, tenemos una clara indicación de la preferencia que se ha tenido al fuero ordinario respecto del fuero militar cuando un civil comete los delitos de terrorismo y traición a la patria. En este apartado se analizarán grandes pronunciamientos que han sido materia de jurisprudencia por parte de la CIDH y el TC en relación al debido respeto de los principios que vinculan estos casos.

2.3.1. CASO POLLO RIVERA Y OTROS VS. PERÚ

Este caso se suscita entre noviembre de 1992 y noviembre de 1994, el señor Luis Williams Pollo Rivera (Médico) fue sometido a un proceso penal en la jurisdicción militar por el delito de traición a la patria, la cual se declaró incompetente y remitió los actuados al fuero penal ordinario, donde fue procesado y absuelto por el delito de terrorismo. Posteriormente, entre los años 2003 y 2004 fue procesado y condenado por otros supuestos hechos en el fuero ordinario por el delito de colaboración con el terrorismo.

Con base en una manifestación policial de una persona llamada Blas Cori Bustamante Polo, la DINCOTE elaboró el atestado Nro-243-D1-DINCOTE de 6 de noviembre de 1992, en que imputó al señor Pollo Rivera el delito de traición a la patria.

Es un hecho no controvertido que, terminada la etapa de investigación policial, el señor Pollo Rivera fue sometido a un proceso penal sumario ante el fuero militar. El 27 de diciembre 1992 fue condenado, junto con otras personas a cadena perpetua por el Juzgado Militar Especial de la Zona Judicial de la Fuerza Aérea del Perú como autores del delito de traición a la patria y al pago de un millón quinientos mil nuevos soles por concepto de reparación civil. El 12 de febrero de 1993 el Tribunal Militar Superior Especial de la Fuerza Aérea del Perú confirmó la condena.

El señor Pollo Rivera interpuso un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia. El 22 de junio de 1993 dicho recurso fue decidido favorablemente por el Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar, el cual se inhibió de seguir conociendo la causa, declinó competencia y remitió los actuados al fuero ordinario.

Finalmente, la corte declara que el Estado es responsable por la violación de los derechos a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, a la presunción de inocencia, a la defensa, a no declarar contra sí mismo y a la publicidad del proceso, reconocidos en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.b), 8.2.f), 8.2.g) y 8.5 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Luis Williams Pollo Rivera, en los términos de los párrafos 121 a 127, 170 a 178, 182 a 185 y 198 a 206 de esta Sentencia.

2.3.2. CASO LOAYZA TAMAYO VS. PERÚ

Este caso se dio con la señora María Elena Loayza Tamayo, profesora universitaria, cuando fue detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) en un inmueble ubicado en el Distrito Los Olivos, en la ciudad de Lima. La detención se produjo en base a su presunta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso.

María Elena Loayza Tamayo fue llevada al centro de la DINCOTE donde estuvo incomunicada. El 26 de febrero de 1993 la señora María Elena Loayza Tamayo fue presentada a la prensa, vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Fue llevada al antiguo Hospital Veterinaria del Ejército - convertido luego en una "carceleta"- donde permaneció hasta el 3 de marzo del mismo año, cuando fue trasladada al Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres de Chorrillos e imposibilitada de presentar un recurso judicial para cuestionar su detención. Luego de ella fue exhibida como terrorista públicamente a través de medios de comunicación con un traje a rayas. Posteriormente fue procesada y absuelta por el delito de traición a la patria en el fuero militar. Seguidamente fue procesada en el fuero ordinario por el delito de terrorismo y fue condenada a 20 años de pena privativa de la libertad.

En el fuero privativo militar se procesó a la señora María Elena Loayza Tamayo por el delito de traición a la patria; se le abrió el Atestado Policial N.º 049-DIVICOTE 3-DINCOTE por ese delito el 25 de febrero de 1993 y, posteriormente, fue puesta a disposición del Juzgado Especial de Marina para su juzgamiento. El Juzgado Especial de Marina, integrado por jueces militares sin rostro, por sentencia de 5 de marzo de 1993, la absolvió. Posteriormente, el Consejo de Guerra Especial de Marina, en alzada, mediante sentencia de 2 de abril de 1993, la condenó. El Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar por sentencia de 11 de agosto de 1993, declaró sin lugar un recurso de nulidad que fue interpuesto, la absolvió por ese delito y ordenó remitir lo actuado al fuero común para el estudio del delito de terrorismo. El Fiscal General Adjunto Especial interpuso ante la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial un recurso de revisión extraordinario contra dicha sentencia, el cual fue resuelto el 24 de septiembre de 1993 mediante sentencia que confirmó su absolución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera demostrados los siguientes hechos:

- Que la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada - junto con otros imputados en un proceso acumulado- por el delito de traición a la patria por el fuero militar; que el 25 de febrero de 1993 se le abrió el Atestado Policial N.º 049-DIVICOTE 3-DINCOTE por ese delito; que posteriormente fue

puesta a disposición del Juzgado Especial de Marina para su juzgamiento y por orden de éste, desde el 27 de febrero hasta el 3 de marzo de 1993 permaneció en el Hospital Veterinaria del Ejército; que el 5 de marzo de 1993 el Juzgado Especial de Marina la absolvió; que el 2 de abril de 1993 el Consejo de Guerra Especial de Marina la condenó; que el 11 de agosto de 1993 el Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar la absolvió del delito de traición a la patria y que el 24 de septiembre de 1993 la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial confirmó la absolución de la señora María Elena Loayza Tamayo; que las instancias de este proceso fueron sumarias (cf. Atestado Policial N° 049-DIVICOTE 3-DINCOTE de 25 de febrero de 1993; sentencia de 5 de marzo de 1993 del Juzgado Especial de Marina; sentencia de 2 de abril de 1993 del Consejo de Guerra Especial de Marina; sentencia de 11 de agosto de 1993 del Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar y sentencia de 24 de septiembre de 1993 de la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial).

- Que del 24 de septiembre de 1993, fecha en que la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial confirmó la sentencia absolutoria a favor de la señora María Elena Loayza Tamayo, hasta el 8 de octubre del mismo año, cuando se inició el proceso en el fuero común, la señora Loayza Tamayo permaneció detenida (cf. Sentencia de 24 de septiembre de

1993 de la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial; Auto Apertorio de Instrucción de 8 de octubre de 1993 del 43º Juzgado Penal de Lima; testimonio de María Elena Loayza Tamayo de 12 de diciembre de 1996; escrito de demanda de la Comisión; escrito de contestación del Estado; escrito de alegatos finales de la Comisión e Informe del Equipo de Trabajo del Gobierno del Perú de 1994).

- Que posteriormente, la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero ordinario por el delito de terrorismo; que el 8 de octubre de 1993 el 43º Juzgado Penal de Lima dictó Auto Apertorio de Instrucción; que el 10 de octubre de 1994 el Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad y que el 6 de octubre de 1995 la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia anterior (cf. Auto Apertorio de Instrucción de 8 de octubre de 1993 del 43º Juzgado Penal de Lima; sentencia de 10 de octubre de 1994 del Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común y sentencia de 6 de octubre de 1995 de la Corte Suprema de Justicia).
- Que en el Perú la jurisdicción militar también se aplica a civiles; que la señora María Elena Loayza Tamayo fue juzgada, tanto en el fuero militar como en el ordinario, por “jueces sin rostro”; que la calificación legal del ilícito fue efectuado por la DINCOTE y sirvió de base en ambas jurisdicciones (cf. Decretos-Leyes N°

25.659 (delito de traición a la patria) y N° 25.475 (delito de terrorismo); Atestado Policial N° 049-DIVICOTE 3-DINCOTE de 25 de febrero de 1993 e Informe del Equipo de Trabajo del Gobierno del Perú de 1994).

- Que en el fuero militar existió una práctica que dificultó el derecho a los procesados por traición a la patria a escoger un abogado defensor de su confianza (cf. Testimonios de Juan Alberto Delgadillo Castañeda, Luis Guzmán Casas y Luis Alberto Cantoral Benavides de 11 de diciembre de 1996; de María Elena Loayza Tamayo de 12 de diciembre de 1996; de Víctor Alvarez Pérez de 5 de febrero de 1997 y dictamen de León Carlos Arslanian de 5 de febrero de 1997); que durante el proceso de instrucción de la señora María Elena Loayza Tamayo en el fuero militar no procedía ningún tipo de libertad; que durante el proceso seguido ante el fuero civil por el delito de terrorismo, no obstante que pudo escoger un abogado de su elección, se le obstaculizó el acceso al expediente y el derecho a ejercer la defensa en forma amplia y libre (cf. Testimonio de María Elena Loayza Tamayo de 15 de febrero de 1993; testimonios de Víctor Alvarez Pérez e Iván Arturo Bazán Chacón de 5 de febrero de 1997; dictamen de León Carlos Arslanian de 5 de febrero de 1997 y Decreto-Ley N° 25.475 (delito de terrorismo).

Bajo ese aspecto la Corte declara que el Estado del Perú violó en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo las garantías judiciales

establecidas en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 25 y 1.1 de la misma, en los términos establecidos en esta sentencia.

Que el Estado del Perú violó en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

2.3.3. CASO CASTILLO PETRUZZI Y OTROS VS. PERÚ

Respecto de la introducción de la causa y la controversia analizada en esta sentencia La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República del Perú el 22 de julio de 1997, debido al juzgamiento de cuatro ciudadanos chilenos (Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez), todos procesados en el Estado peruano por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar, y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al Decreto-Ley No. 25.659. La Comisión solicitó además que se dé una reparación por parte del estado peruano a las víctimas por los daños morales y materiales que estas sufrieron. Además, solicitó que el Estado pague “las costas y gastos razonables de las víctimas y sus familiares en el caso”.

El estado peruano establecido en el artículo 1 del Código Penal peruano, que, siguiendo el principio de territorialidad de la ley penal, lo cual supone la no distinción entre nacionales y extranjeros, fue la razón para juzgar a los ciudadanos chilenos con un proceso en fuero militar.

La comisión informo que el delito de traición a la patria que regula el ordenamiento jurídico del Perú, viola principios de derecho internacional universalmente aceptados, de legalidad, debido proceso, garantías judiciales, derechos a la defensa y derechos a ser oído por tribunales imparciales e independientes,

El principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Asimismo, se encontró con los principios de certeza y de seguridad jurídica, del que se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento (garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional, ejecución penal, irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable, prohibición de la analogía, reserva de ley y de ley orgánica, proporcionalidad o conmensurabilidad de la pena, prohibición de la creación judicial del derecho, indeterminación de la ley).

El caso empieza el día 7 de enero de 1994 los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra fueron declarados por el Juez Instructor Militar Especial jurisdicción deducida” por los señores Pincheira Sáez y Mellado Saavedra y los condenó como autores “del Delito de Traición a la Patria, a la pena de Cadena Perpetua,

después de haber declarado infundada la excepción de declinatoria de jurisdicción deducida. El 3 de mayo de 1994 el Tribunal Supremo Militar Especial “declaró no haber lugar” a la nulidad de la resolución de 14 de marzo de 1994, que confirmó la sentencia de primera instancia de 7 de enero del mismo año. El 3 de mayo de 1994 el Tribunal Supremo Militar Especial condenó al señor Astorga Valdez “a la pena privativa de libertad de cadena perpetua como autor del delito de traición a la patria”

El 22 de julio de 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República del Perú y el 5 de enero de 1998 el Estado presentó la contestación de la demanda, en la cual solicitó a la Corte declarar ésta infundada en todas sus partes y negó las presuntas violaciones que le fueron imputadas. La audiencia pública fue celebrada en la sede de la Corte el 25 de noviembre de 1998.

La Corte se pronuncia mencionando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos posterior al proceso llega a resolver que de los quince puntos tratados el estado peruano incumplió catorce de estos, se declara la invalidez del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, ordenando que se les realice con el debido proceso un juicio nuevo. Se le ordena al Estado que reforme las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegure los derechos

consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Asimismo, el Estado peruano debe pagar una indemnización de US\$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a los familiares de las víctimas; que acrediten haber hecho las erogaciones de los gastos y las costas con ocasión del presente caso.

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, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.

3.3.4. MARCELINO TINEO SILVA Y MAS DE 5000 CIUDADANOS

En el expediente EXP. N° 010-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional hace un análisis respecto de la jurisdicción adecuada para juzgar los casos en donde un civil cometa delitos de terrorismo o traición a la patria, teniendo como base sus argumentos del 95 - 102, mencionando que:

- La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático. Aunque no puede dejarse de advertir que, incluso en esos debates, muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173º de la Constitución) se incorporase en el corpus de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria.
- También los órganos de protección supranacional de los derechos humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han sido especialmente críticos con esta forma de comprender el artículo 173º de la Constitución y, en particular, con su desarrollo y aplicación por la legislación de menor jerarquía. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de reiterados pronunciamientos, ha señalado que no es posible que los tribunales militares sean competentes para juzgar a civiles, pues ello lesiona el derecho al juez natural

reconocido en el artículo 8°, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- De otro lado, en la sentencia del 18 de agosto de 2000, la Corte consideró que 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 dichos grupos). Según la Corte, cuando las Fuerzas Armadas sean las encargadas de combatir a aquellos individuos que posteriormente son acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, estos no pueden ser, a su vez, competentes para procesarlos y juzgarlos, ya que la primera es una facultad “natural” de la institución castrense, mientras la segunda no.
- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, incluso, en su Informe correspondiente al año 1996 hizo notar sus observaciones con los alcances del artículo 173° de la Constitución, recomendando al Estado peruano su modificación (recomendación N° 2), por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, sostuvo que “El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe

ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y –en los casos que así lo requiera la justicia– librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos

- El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. 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.

2.4. JURISDICCIONES EN EL PERÚ

2.4.1. La Jurisdicción

Martín Hurtado Reyes (2009) manifiesta que,

la jurisdicción es el poder – deber del cual goza el Estado, para administrar justicia en todo el territorio nacional por intermedio de sus jueces, procurando siempre resolver los conflictos de intereses que son sometidos a su consideración, esto con el solo propósito de restituir el orden jurídico alterado, aplicando para ello el derecho en forma racional e imparcial y respetando los derechos y garantías de las partes y por otro lado para evitar que los particulares hagan justicia por propia mano, sino a través del Estado para obtener decisiones judiciales motivadas y acorde a derecho. (p. 27)

Para Eduardo J. Couture la jurisdicción en muchos textos legales es entendida como:

la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos, especialmente los del poder judicial. Se alude a la investidura, a la jerarquía, más que a la función. La jurisdicción como poder es insuficiente porque la jurisdicción es un poder – deber... (Couture, 1958, p. 30)

Para Juan Monroy Gálvez (1996)

la jurisdicción es un poder porque es exclusiva del Estado que se ejerce a través del Poder Judicial, ya que no existe otro ente estatal ni privado que pueda ejercer la misma, siendo evidente que ese poder deriva de la aceptación de la función jurisdiccional, la cual constituye una expresión de autoridad y superioridad de quien la ejerce y que no es más que la irradiación de la soberanía del Estado. (p. 127)

A. Elementos de la jurisdicción

Según Martín Hurtado Reyes (2009), los elementos de la jurisdicción son:

- **La notio:** Esta referido a la facultad que se otorga al Estado para conocer y resolver el conflicto de intereses propuesto para su solución.
- **La vocatio:** Este elemento es del que se vale el Juez para compeler a las partes en conflicto a comparecer al proceso, estableciéndose así las llamadas cargas procesales.
- **La coertio:** Está cifrada por la autoridad que le otorga la Jurisdicción al Juez para hacer cumplir sus mandatos, para ello puede hacer uso de las multas, apremios.
- **La iudicium:** es el elemento principal de la jurisdicción, pues sin él no tendría razón de ser, por este elemento la actividad jurisdicción en la solución de conflictos y a través del proceso logra decisiones con la autoridad de cosa juzgada.
- **La executio:** Con este elemento se le da el poder al Juez para ejecutar sus propias decisiones, aunque para ello sea necesario recurrir al auxilio de otro poder (uso de la fuerza pública). (p. 30 - 31)

B. Clases de jurisdicción

a. Jurisdicción Constitucional

La jurisdicción constitucional es aquella parte de nuestra disciplina que, teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio de la fuerza estatal a la racionalidad del derecho, se ocupa de

garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental.

Dentro de la jurisdicción constitucional es donde se ejerce la actividad del control constitucional. Por ende, viabiliza la utilización del conjunto de procesos que permiten asegurar la plena vigencia y respeto del orden constitucional, al cual se encuentra sometido toda la normatividad que emane de los poderes constituidos y la conducta funcional de sus apoderados políticos.

Según lo vertido por Garcia Toma (2005), la jurisdicción constitucional solo tiene sentido pleno en el seno del Estado de Derecho, ya que este último tiene como objetivos verificar la consagración de la seguridad jurídica en la relación entre gobernantes y ciudadanos; esto es que siempre busca eliminar cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado; asegurar el sometimiento de este al derecho; y el velar por la afirmación y respeto de los derechos de la persona.

La jurisdicción constitucional defiende y preserva la constitucionalidad, es decir, que tienen como objetivo buscar el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el

ordenamiento jurídico diseñado por la constitución. En ese sentido, la jurisdicción constitucional supone la imagen de un “guardián de la constitucionalidad”. El control que se ofrece dentro de la jurisdicción constitucional implica asegurar la regularidad y seguridad del ordenamiento jurídico, así como la tarea paulatina de su integración mediante la interpretación dinámica de la Constitución; en este último rubro expresa la actividad de intérprete máximo de la constitución. Siendo esta labor interpretativa-integrativa de la constitucionalidad vinculante para todos los poderes del Estado y expone una acción creadora de efectos genéricos; por lo que citando a Luis Sánchez Agesta, señala que la jurisdicción constitucional “representa la eficacia práctica frente a la inmutabilidad y la adaptación frente a la cristalización de una ley falsamente divinizada”.

En referencia a la jurisdicción constitucional el Dr. Ortecho Villena, precisa que:

Es aquella destinada a administrar una justicia especial como es la justicia constitucional. Esta implica la existencia de conflictos y materias constitucionales controvertidas, sean ocasionadas por normas ya legales o administrativas que contravienen o violan normas constitucionales o por actos que vulneran o amenazan derechos contenidos en la Constitución.

Y en especial, no solamente porque trata de cautelar la supremacía de la Constitución y realizar un adecuado control constitucional de tipo jurisdiccional, sino porque está a cargo de un

organismo especial distinto e independiente del Poder Judicial, como es el Tribunal Constitucional. (...). (Ortecho Villena, 2016)

b. La Jurisdicción Ordinaria o Común

La jurisdicción ordinaria o común como función del Estado se ejerce a través de los diversos órganos del poder judicial y se ejercen en materias comunes como la materia penal, civil y laboral, etc.

Respecto a la jurisdicción ordinaria o común el Dr. Ermo Quisbert, precisa que:

La Jurisdicción Ordinaria es aquella ejercida con exclusividad por el Órgano Judicial. Sus principios son la unidad, la exclusividad y el principio de independencia (CPE peruano Art. 139 incisos 1 y 2). No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente o separada del Órgano Judicial con excepción de la militar, la arbitral y la comunitaria. (Quisbert, 2012).

Para Ortecho Villena (2016) la jurisdicción común u ordinaria, o también conocida como fuero común, es la jurisdicción principal en razón de la amplitud de su radio de acción, de su labor permanente y del rol que cumple en la tarea de administrar justicia en todo el Perú. Tiene sus propios principios, objetivos y características, así como su propia organización, previstos propuestos por su Ley Orgánica y la Constitución Política del Perú. Este tipo de jurisdicción está representada por el Poder Judicial, es decir esta jurisdicción hace referencia a la amplitud en donde se

va ejercer o administrar justicia, de forma organizada y bajo ciertos principios y garantías de obligatorio cumplimiento (Exclusividad, unidad e independencia, etc.), que permita desde luego y de la forma más idónea la solución de controversias que surgen de la propia interacción de los integrantes de la sociedad.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 139, inciso 1 el cual guarda relación con el principio de exclusividad, establece que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente o separada del Poder Judicial con excepción de la militar y la arbitral, pero así mismo la constitución permite la determinación y consideración de forma excepcional de una jurisdicción común, otra independiente y una especial. Por lo que, parafraseando a Ortecho Villena, se puede decir que en la jurisdicción común las leyes o normas dadas están acorde a lo que la sociedad necesita, las cuales pueden ser modificadas o derogadas según las circunstancias y cuando los hechos lo ameritan, es decir, no existe ausencia de normas. Las hay en el más alto nivel como es el constitucional, tal es la contenida en el artículo 139 inciso 2), cuando indica que ninguna autoridad puede avocarse a causas independientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto sus resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar

procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

c. Límites de la jurisdicción penal ordinaria

Según a lo referido en el artículo 18 del Código Procesal Penal (2004), se ha establecido que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

1. De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.
3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución.

En tal sentido, si tenemos en cuenta que el artículo 173 de la Constitución Política del Perú, faculta al Fuero Militar Policial conocer los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo cometido por civiles, desde luego es evidente que en el proceso por estos delitos se transgreden principios y garantías constitucionales, como son el de unidad y exclusividad, independencia, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, así como el Juez Natural. Esto por cuanto, la naturaleza del fuero militar policial es para administrar justicia en el ámbito penal militar policial, es decir para conocer el delito de función cometidos por personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú y de

ninguna manera fuere asumir competencia para conocer procesos por traición a la Patria o Terrorismo que cometan las personas civiles, una porque se cuestiona la independencia de los jueces penales militares policiales, ya que no son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura, sino por el Presidente de la Republica a propuesta del Ministro de Defensa y del Interior según corresponda, y otra por cuanto se vulnera la garantía del juez natural al que todas las personas tienen acceso dentro de un Estado Democrático de Derecho.

d. La Jurisdicción Militar Policial

Según el Dr. Eto Cruz la jurisdicción penal militar, también conocida conocida como castrense o de guerra,

(...) esta referida a la potestad que ostenta los jueces y tribunales militares que, si bien no forman parte de la estructura y organización del Poder Judicial, sin embargo, constituyen un fuero dentro dentro de nuestro país, para investigar y juzgar las causas en que se encuentran inmersos los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y demás personas sometidas a dicha jurisdicción por la comisión de los delitos típicamente militares. (Eto Cruz, 2000, p. 187)

En ese mismo orden de ideas, el autor hace un deslinde de dos campos marcadamente diferenciados dentro de la jurisdicción militar, entre ellos menciona en primer lugar, a) la jurisdicción militar disciplinaria o competencia ejecutiva, la misma que tiene la facultad de imponer sanciones

disciplinarias y donde el Presidente de la República tiene la potestad de regular el mínimo y máximo de las sanciones a imponer e incluso a dejar sin efecto las sanciones disciplinarias aplicadas al personal militar y policial, y b) la jurisdicción militar penal, la misma que tiene como facultad conocer los delitos y aplicar las penas previstas en el Código Penal Militar Policial, estando sometida tanto a los alcances del Poder Ejecutivo, así como del Poder Judicial, debido a ello, es que no existe impedimento alguno para que el órgano judicial conozca en última instancia la revisión de los fallos expedidos por el órgano castrense de más alto nivel.

De igual forma, el Dr. Eto Cruz precisa que la justicia militar está condicionada a conocer los delitos cometidos en el ejercicio de la función militar y policial, esto claro está, siempre que:

atenten los bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización y operatividad y disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Por lo que, siendo ello así, el personal militar y policial está comprendido en el Código Penal Militar Policial (Eto Cruz, 2000, p. 188).

Según San Martín Castro (2001, p. 104), la Constitución nacional vigente incorpora un conjunto de cláusulas que es del caso tener presente para explicar la naturaleza de la justicia militar peruana. Estas cláusulas, en determinada medida, repiten anteriores textos constitucionales respecto de

la posibilidad de instituir tribunales militares policiales y, hasta cierto punto, los modifican sensiblemente en cuanto a su ámbito de conocimiento. La Constitución de 1843 es la primera que contiene una referencia expresa a la jurisdicción militar policial. En su artículo 110, como no podía dejar de hacerlo, califica a los tribunales militares como «especiales», estableciendo para ello, que

Habrá un Consejo Supremo de Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrado por el Congreso. Asimismo, tribunales especiales para el comercio y la minería, así como que la Ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus Vocales, y sus respectivas atribuciones. (San Martín Castro, 2017, p. 7)

Las Constituciones siguientes, de 1839, 1856 y 1860, no hacen referencia de manera concreta a la justicia castrense, sin embargo, pese a esto funcionó fluidamente. Una muestra de ello son en primer lugar, las numerosas leyes de reforma de la legislación militar heredada de la Colonia expedidas durante los primeros años de la independencia nacional; en segundo lugar, la Ley de 14 de enero de 1865 que aprobó el Código Militar, pero que no entró en vigor por la revolución que hubo en ese entonces, según da cuenta el Diccionario de la Legislación Peruana de García Calderón; y, en tercer lugar: la aprobación del primer Código de Justicia Militar que entró en vigencia mediante la Ley de 20 de diciembre de 1898.

En la Constitución de 1979, se avanzó en algo al precisar el ámbito militar policial y fijar algunas excepciones para el juzgamiento de civiles, aunque sin llegar a la radical exclusión de la Constitución de 1920. El artículo 282°, modificado por la Ley N°24949, estableció, de modo muy similar a la Constitución vigente de 1993, aunque esta última amplía la posibilidad de juzgamiento de civiles por la justicia militar, apartándose definitivamente del progresista texto del artículo 156 de la Constitución de 1920, la cual estipulaba que “los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el art. 235, quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar”.

La Constitución de 1993, sobre la base de la Constitución anterior y la propia lógica autoritaria que la animó, estableció la primera referencia expresa se encuentra en el Capítulo VIII, que guarda relación con el Poder Judicial y específicamente el artículo 139, inciso 1 de la Carta Magna que proclama como principio de la función jurisdiccional, la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, donde cabe señalar que la unidad no se refiere a la función sino a la manera de organizar el poder judicial, además reconoce como excepción

el establecimiento de la jurisdicción militar. Los demás numerales del citado artículo 139 del texto constitucional desarrollan el conjunto de exigencias orgánicas y procesales que la jurisdicción debe respetar, en la que se incluye, por cierto, la jurisdicción militar, caso contrario dejaría de ser jurisdicción.

La segunda referencia se encuentra en el Capítulo XII, el cual guarda relación con la Seguridad y la Defensa Nacional y concretamente en los artículos 173 y 174 se limitan a fijar la competencia objetiva material de la justicia militar, la cual se enmarca en los fines y funciones que cumplen las Fuerzas Armadas (FF.AA) y Policía Nacional del Perú (PNP) (cfr.: arts. 165 y 166 Const., que precisamente integran ese Capítulo). Advirtiéndose de ello, que se trata de un ámbito propiamente penal para conocer los delitos de función cometidos por miembros de las FF.AA. y PNP, los delitos referidos a la legislación del Servicio Militar Obligatorio; y cuando la ley lo establezca y en la dimensión que así lo estime, delitos cometidos por civiles en los casos de delitos de traición a la patria y de terrorismo.

La tercera referencia se encuentra en el citado Capítulo VIII, el cual como ya dijimos hace referencia al Poder Judicial, donde en el artículo 141 delimita la intervención del Supremo

Tribunal, al recurso de casación de los fallos emitidos por el Fuero Militar (sic), siempre que impongan pena de muerte.

Siendo ello como manifiesta San Martín Castro (2017) es que:

Una vez fijado el ámbito normativo de lo jurisdicción militar por la Primera Ley, cabe resaltar algunos datos substanciales. Primero, que la Constitución reconoce que los Tribunales Militares integran la potestad jurisdiccional del Estado, aunque permite que se organice de modo peculiar, como complejo organizativo distinto a los órganos integrados en el Poder Judicial cuyo vértice es la Corte Suprema. El llamado Poder Judicial en su organización no comprende a la jurisdicción militar, que es un Tribunal Especial por la Organización; segundo, que el ámbito competencial objetivo permite reconocer que aplica principalmente el derecho penal militar, que es un derecho especial por antonomasia, al punto que delimita la ley aplicable, esto es el Código de Justicia Militar, en el sentido que éste sólo debe incorporar como ilícitos penales aquellos definitivamente funcionales. Ello permite sostener, como lo hace Bernales Ballesteros, que la interpretación sobre lo que es delito de función debe ser restrictiva y abarcar sólo aquellos casos que indiscutiblemente son asuntos castrenses o policiales, con lo que se evitaría desigualdades de trato y se crearían condiciones de moralización mucho más efectivas; (...). (p. 18)

Para Bernales Ballesteros (1996, p. 203), el análisis de la Constitución y de las leyes que regulan a los tribunales militares debiera ser suficiente para saber con exactitud cuáles son los límites de la jurisdicción militar. Sin embargo, para mayor claridad y precisión del sistema jurisdiccional peruano, conviene señalar primero que la justicia ordinaria se

extiende sobre toda la población; civiles y militares están sometidas a ella en todos los aspectos: constitucionales, civiles, comerciales, financieros, penales, de leyes y códigos sectoriales en que ella es genéricamente competente para conocer. No existe fuero personal y nadie puede invocar su condición, profesión, cargo y función para demandar fueros especiales que conozcan de sus asuntos. Los delitos comunes deben ser juzgados por los tribunales ordinarios. Los militares que cometen este tipo de delitos son juzgados en el fuero ordinario y no en el militar y segundo que los militares y policías en servicio activo o en disponibilidad están sometidos al fuero militar únicamente en casos de delito de función, que están previstos en el Código de Justicia Militar. Estos delitos están directamente vinculados con el cumplimiento de los reglamentos militares. Se refieren, por tanto, a la subordinación jerárquica, la disciplina y el cumplimiento de las tareas correspondientes al ámbito militar. Adicionalmente, los civiles son juzgados por estos tribunales en los tres únicos casos que admite la Constitución: traición a la Patria, terrorismo e infracciones al servicio militar obligatorio.

Según lo advertido precedentemente, los civiles no están sometidos al fuero militar, salvo para los tres supuestos que la Constitución señala y que no tienen nada que ver con los

derechos políticos de los oficiales en situación de retiro. Por otra parte, el Código de Procedimientos Penales de ese entonces que confirman nuestra interpretación, pues distingue la condición de los agentes para determinar si la instrucción y juzgamiento de los delitos cae bajo la jurisdicción de la Corte Suprema, de los tribunales correccionales o de los tribunales de guerra militares, navales o de policía, según los casos. Mucho más explícito aun es el Nuevo Código Procesal Penal, que está ya totalmente aprobado y cuya puesta en vigencia está prorrogada. El artículo 17 y 18 de este nuevo ordenamiento disponen que la jurisdicción penal común es improrrogable y se extiende a los delitos y a las faltas. La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial está sometido al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar.

e. La Jurisdicción Arbitral

Según Couture (1994), este tipo de jurisdicción al igual que la anterior es excepcional y está concebida en nuestro ordenamiento constitucional, pero a la fecha y hablando en forma cuantitativa no tiene una aplicación práctica, ello tal vez debido a la cultura conflictiva que venimos arrastrando desde

tiempos atras. Esta jurisdicción es a iniciativa de las partes en conflicto, las cuales recurren a los componedores que son los árbitros, quienes dirimen en las causas puestas en su conocimiento y sus laudos equivalen a sentencias, que deben ser acatados por quienes se someten a ellos.

Siendo evidente que en ambas jurisdicciones excepcionales mencionadas y luego de haber sido agotadas éstas, llegado el caso, y bajo parámetros estrictos de no violación al debido proceso se podrá recurrir a la jurisdicción ordinaria (Laura Ortiz, 2017).

Este tipo de jurisdicción, básicamente es de naturaleza facultativa de las partes inmersas en un conflicto, ya que se constituye en un mecanismo alternativo de solución de controversias, que no requiere orden alguna del órgano jurisdiccional para acudir a ella, quedando de algún modo eliminado o dejado de lado la Competencia que ejerce el Juez sobre el justiciable. En términos generales esta jurisdicción representa para la jurisdicción ordinaria o común una salida alternativa para la solución de conflictos aligerando la carga procesal que por lo general origina el estancamiento de los procesos, cabe resaltar que los laudos arbitrales que en el proceso se generen tienen la misma importancia y validez que una resolución dada por el Juez.

Según la STC 00142-2011-PA/TC, la cual hace referencia a los alcances de la jurisdicción arbitral, en su fundamento 11 precisa que:

A partir de lo establecido por la norma fundamental, “el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. (...). Desde esta perspectiva, “este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14). (Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia vs Árbitro Único don Luis Humberto Arrese Orellana, 2011, fundamento 11)

f. La competencia

Al respecto Jaime Azula Camacho, precisa que la competencia es:

Por lo tanto, la facultad que cada juez o magistrado de la rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción de determinados asuntos y dentro de ciertos asuntos.

La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por esta se le otorga a cada juez el poder de conocer determinados asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto, (...). (2010, p. 162)

Para Martín Hurtado Reyes, la competencia es:

La distribución de la jurisdicción entre los jueces, es decir la forma predeterminada por la ley que tienen los jueces de ejercer jurisdicción en determinados conflictos. Puede decirse igualmente que la competencia es una parte de la jurisdicción que el derecho objetivo otorga a los jueces para conocer y resolver determinados conflictos, la competencia es una natural consecuencia de la jurisdicción, pues el juez teniendo jurisdicción posee competencia, a la inversa no funciona, es decir que no se puede tener competencia sino se ejerce función jurisdiccional. (2009, p. 252)

Según el Dr. César San Martín Castro, en referencia a la competencia penal establece que:

(...)El fin práctico de la competencia penal consiste, por tanto, en distribuir las causas entre los diversos jueces instituidos por ley, entre ellos ha de repartirse la tarea judicial dividiendo el conjunto de asuntos en distintos grupos para asignarlas a unos u otros jueces.

La competencia, (...), es la esfera de jurisdicción de la cual está investido el singular órgano judicial, la parte de poder jurisdiccional que cada órgano puede ejercer. (...). (2003, p.179 -180).

g. Clases de Competencia

Al respecto el Dr. Martín Hurtado Reyes, precisa que la competencia del juez puede ser:

Absoluta y relativa. Forman parte de la primera, la competencia por razón de la materia, por razón de la cuantía, por razón de la jerarquía llamada también funcional y por razón del territorio en

cuanto ésta sea improrrogable. La relativa comprende a la competencia por razón del territorio, cuando es prorrogable. (2009, p. 253).

2.5. LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO

2.5.1. El Derecho Penal Militar en Colombia

Según la Ley 1407 (Colombiano, 2010), los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Armadas y Policía Nacional) en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado (Cardenas Poveda, 2017).

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente

contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

2.5.2. El Derecho Penal Militar en Honduras

Según la Constitución (1982) que hace referencia a la justicia militar en Honduras, nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece.

Por su parte, la justicia militar de Honduras, establece en su artículo 90 y 91 que se reconoce el fuero de guerra para los delitos y faltas de orden militar. En ningún caso los tribunales militares podrán extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio activo en las Fuerzas Armadas. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviese implicado un civil o un militar de baja, conocerá del caso la autoridad competente del fuero común.

CAPITULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

La hipótesis que estipulamos al inicio de la investigación fue que los principales principios jurídicos que se vulneran con la atribución de competencia a la jurisdicción militar en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo, cometidos por personas civiles en el Perú, son: El principio de independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional; el principio del debido proceso y tutela jurisdiccional; el principio del juez natural; y, el principio de legalidad.

Ahora bien, si se tiene que los principios de la función jurisdiccional rigen las riendas de todo proceso penal, tanto en el ámbito nacional e internacional, importa precisar, que, con el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y terrorismo cometido por civiles en el Fuero Privativo Militar, se transgreden principios esenciales como el de independencia, unidad y exclusividad, debido proceso y tutela jurisdiccional, al juez natural y legalidad.

3.1. Vulneración del principio de independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

Al respecto, si bien es cierto el artículo 139 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, prevé que no puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral; entendiéndose para ello, que la exclusividad en la administración de justicia en el Perú corresponde al fuero común u ordinario y de manera excepcional el fuero militar, pero ello claro está, solamente para ejercer competencia en el ámbito penal militar policial, esto es, cuando tenga que conocer el delito de

función cometido por militares o policías en situación de actividad, donde la actividad ilícita guarde relación con la misión y finalidad constitucional encomendada a cada uno de estos institutos castrenses, caso contrario no podemos precisar que la jurisdicción militar es competente para conocer tales casos, ya que de ser aplicable para juzgar a personas civiles que cometan los delitos de traición a la patria y terrorismo, es evidente la trasgresión de dicho principio, puesto que la jurisdicción militar es solamente para casos excepcionales y debidamente enmarcados dentro del ámbito de competencia militar policial y de ninguna manera para conocer delitos comunes cometidos por civiles, ya que éstos cuentan con una jurisdicción propia como es la ordinaria, donde pueden y deben ser juzgados ante la comisión de tales tipos penales, más aún como ya se ha dicho, que si hablamos de la comisión de tales ilícitos por parte de personas civiles, es sumamente claro que no cumple con los presupuestos del delito de función y no amerita ser juzgado en dicho fuero especial.

En tal sentido, concedores que el Poder Judicial en el Perú, cuenta con el respaldo constitucional, en el sentido que goza de unidad y exclusividad para administrar justicia dentro del territorio nacional, desde luego tiene la facultad para juzgar los delitos de traición a la patria y terrorismo cometido por civiles, más aún cuando el Perú forma parte de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que tienen como objetivo proteger a la persona humana y su dignidad, lo cual no es más, que la protección de sus derechos fundamentales, por lo que, si bien no podemos negar la existencia de un fuero de excepción como es el Fuero Privativo

Militar, también es cierto, que tal competencia otorgada es solamente para conocer el delito de función dentro del ámbito militar policial, más no para conocer delitos comunes como el delito de terrorismo y traición a la patria que sea cometido por civiles, los cuales son de exclusiva competencia del fuero común u ordinario, dado a la condición del sujeto activo y los bienes jurídicos que se protegen en éstos.

3.2. Vulneración del principio de debido proceso y la tutela jurisdiccional

Luego de advertir la importancia de la independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial en el Perú, también es importante conocer, que el hecho de que la jurisdiccional militar conozca los delitos de traición a la patria y terrorismo cometidos por civiles, atenta el principio del debido proceso y tutela jurisdiccional, esto, si tenemos en cuenta que el debido proceso constituye la observancia de las garantías mínimas que requiere una persona para ser investigado o procesado dentro de un estado de derecho, gozando para ello del derecho a la defensa, pluralidad de instancias, presunción de inocencia, etc. y en cuanto a la tutela jurisdiccional esta constituye el derecho de toda persona a que el Estado le proporcione una justicia idónea, imparcial y oportuna; principios éstos, que son transgredidos dentro del proceso seguido en la jurisdicción militar cuando conoce los delitos de traición a la patria y terrorismo cometido por civiles, puesto que si partimos que en esta jurisdicción son investigados por fiscales y jueces militares, es evidente la transgresión del derecho a la defensa de los investigados, así como el derecho de ser

investigado por un juez natural, esto es, por un juez del fuero ordinario, investido de autoridad y elegido dentro de un marco de garantías constitucionales, lo que no ocurre en la jurisdicción militar, donde los fiscales y jueces militares son elegidos sin seguir un proceso de selección acorde con la normatividad vigente, que garanticen la administración de justicia en forma imparcial y oportuna, sin que se vulneren derechos y principios fundamentales, necesarios en el curso de todo proceso penal en el Perú. Esto además, si consideramos que la tutela jurisdiccional constituye un principio que busca o garantiza que toda persona que se ha visto involucrada en un ilícito penal, tiene el derecho de exigir que su causa sea conocida por un juez competente y dentro de la jurisdicción natural acorde con la posición que ocupa el investigado dentro de la sociedad, esto es, teniendo en cuenta si se trata de una persona civil o personal militar o policial; ello siempre con un solo propósito, el de que las partes de un proceso tengan las mismas posibilidades en el mismo, evitando ciertos privilegios ni a favor ni en contra de alguna de las partes.

3.3. Vulneración del principio del Juez Natural

Si partimos de que según nuestra Constitución Política del Perú, la jurisdicción militar viene conociendo el delito de traición a la patria y terrorismo cometidos por personas civiles, sin que éstos últimos tengan la condición de militares o policías, desde luego contraviene la esencia y naturaleza de dicha jurisdicción, puesto que de acuerdo a los lineamientos normativos existentes, ésta fue creada de manera excepcional para determinar su actuación dentro del ámbito militar policial, para conocer el

delito de función más no para juzgar a las personas civiles, ya que a éstas le corresponde ser sometidas al fuero común u ordinario. Al respecto ya el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado, que quien juzgue en un determinado proceso, debe ser siempre un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizando así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada expresamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o también, lo que puede ocurrir, es que el juzgamiento de una persona puede realizarse por comisión o delegación o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que pueda ser fácilmente conocido por el órgano jurisdiccional competente. Además, dicho principio lo que busca es que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminados por la ley, lo cual significa que tal asignación de la competencia judicial necesariamente debe hacerse con anterioridad al inicio del proceso, garantizando así que nadie pueda ser juzgada por un juez ex pos facto o por un juez ad hoc.

Sin necesidad de ir muy lejos, tenemos que la Constitución Política del Perú en el inciso 1 del artículo 139, señala que no hay proceso judicial por sumisión o delegación, lo cual significa que ninguna persona puede ser sometida ante la autoridad de quien no es juez, prohibiéndose para esto los tribunales especiales y los juicios por comisión o delegación, así como evitar la creación de tribunales especiales en razón de las personas por sus especiales cualidades, ello claro está, garantizando que la competencia de los jueces y tribunales jerárquicamente integrados estén predeterminados

por la ley y no al arbitrio de ningún funcionario o persona, como si ocurre en la jurisdicción militar, donde los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son elegidos a propuesta del Ministro de Defensa, Interior y por el Presidente de la República, vulnerándose de esta forma los presupuestos de la potestad reconocida constitucionalmente al Consejo Nacional de la Magistratura quien es el ente encargado de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales.

Por otro lado, es importante conocer que la razón de ser de la jurisdicción militar en el Perú, es para mantener el orden y la disciplina dentro de los institutos castrenses, de allí que su aplicación sea propia a los militares y policías que hayan incurrido en delitos que guarden relación con el ejercicio de la función acorde con su finalidad constitucional, por lo que, cuando se produzca la delegación de competencia de la jurisdicción ordinaria hacia la jurisdicción militar para conocer el delito de tracción a la patria y terrorismo, es evidente que se produce la vulneración del derecho a un juez natural y desde luego también, la vulneración del derecho al debido proceso, el cual está estrechamente ligado al derecho a la justicia, demostrándose una vez más, que el conocimiento de dichos tipos penales en la jurisdicción militar, contraviene de sobremanera principios esenciales dentro de un escenario donde se busca la protección de los derechos fundamentales, por ser éstos característicos de un Estado de Derecho y parte de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

3.4. Vulneración del principio de legalidad

En base a lo establecido en la doctrina y jurisprudencia, la cual ha desarrollada en los capítulos correspondientes, es evidente también, que cuando la jurisdicción militar conoce el delito de terrorismo y traición a la patria, vulnera el principio de legalidad, puesto que tal principio constituye una garantía fundamental para todo ciudadano, ya que busca y/o garantiza la existencia previamente de una ley que establezca los tipos penales comunes o de función, las sanciones a imponer, así como delimitar de forma clara y precisa la jurisdicción competente para conocer los tipos penales cometidos por cualquier ciudadano dentro del territorio nacional, esto es, si tiene que ser conocido por la jurisdicción ordinaria o militar, donde la primera por naturaleza conoce los delitos comunes y la segunda en su afán de fortalecer el orden y la disciplina de los institutos castrenses conoce legalmente los delitos de función; sin embargo, y contrariamente a lo establecido en nuestra Constitución Política del Perú, en el artículo 173º del citado texto constitucional se ha previsto, que los delitos de traición a la patria y terrorismo sean conocidos por la jurisdicción militar, contraviniendo a todas luces el principio de legalidad, el mismo que constituye un límite al ejercicio del poder por parte de Estado, por lo que si bien se tratan de dos normas constitucionales, su análisis e interpretación debe darse siempre en un contexto de protección de la persona humana como tal, el respeto de su dignidad y sus derechos fundamentales recocidos en la Constitución Política de 1993 y en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, dado que ésta constituye el fin supremo del Estado.

Luego de haber identificado los principios de la función jurisdiccional que se ven afectados por la delegación de competencia a la jurisdicción militar para conocer los delitos comunes de traición a la patria y terrorismo, podemos decir que hemos demostrado nuestra hipótesis.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Este capítulo se divide en tres partes: en primer lugar, se condensan las propuestas de lege ferenda derivadas del análisis del desarrollo de la constitución en el Perú y el desarrollo de la jurisprudencia respecto de la jurisdicción en la cual deben ser juzgados los civiles que han cometido los delitos de traición a la patria y terrorismo, el cual es el resultado del análisis crítico llevado a cabo en las bases teóricas del marco teórico; luego, las propuestas de lege ferenda derivadas de la contrastación de hipótesis; y finalmente, se presenta un cuadro resumen, con el texto modificado.

Se debe adelantar aquí, que los fundamentos en detalle que sustentan este capítulo ya se encuentran desarrollados en los ítems precedentes, empero se ha sintetizado los principales argumentos que dan origen a las mismas.

4.1. Propuesta de Lege Ferende derivada del análisis de la Constitución del Perú y el desarrollo de la jurisprudencia respecto de la jurisdicción en la cual deben ser juzgados los civiles que han cometido los delitos de traición a la patria y terrorismo.

Conforme lo desarrollado del análisis del objeto de estudio, proponemos lo siguiente:

A. Modificación del artículo 173 presente en nuestra Constitución, en la cual se observa claramente de una interpretación literal que se posibilita el juzgamiento de civiles en los casos de que estos hayan cometido los delitos de traición a la patria y terrorismo, esto haciendo

notable una contradicción expresa con el desarrollo jurisprudencial realizada por la CIDH y los pronunciamientos del TC.

4.2. Propuesta de Lege Ferenda derivada de la hipótesis

Este apartado consta de los siguientes ítems: Exposición de Motivos: Fundamento teórico-práctico de la propuesta; y, efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.

A. Exposición de Motivos: Fundamento teórico-práctico de la propuesta

a. Sobre la modificación del artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

Se justifica su modificación en cuanto se ha comprobado con la presente investigación que el brindar la posibilidad a los civiles de ser juzgados en fueron militar es un perjuicio que afecta a principios indispensables como lo son: La tutela jurisdiccional efectiva; el debido proceso; independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional; al juez natural y al mismo principio de legalidad. Asimismo, estos argumentos vienen reforzados por los pronunciamientos de la CIDH y el TC respecto de los principios vulnerados y en relación a sus pronunciamientos jurisprudenciales

B. Efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional

A efectos de que se armonice y defina la jurisdicción correspondiente ante aquellos civiles que cometen los delitos de traición a la patria y terrorismo, se es suprimir la excepción que la constitución presenta

para el juzgamiento de estos individuos en fuero militar, concretizando de esta manera una idea completamente compatible con los principios inherentes al ser humano y con los pronunciamientos desarrollados por la CIDH y el TC.

4.3. Cuadro resumen

Constitución Política del Perú.

VIGENTE	MODIFICADO
<p>Artículo 173.- Competencia del Fuero Privativo Militar</p> <p>En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte</p>	<p>Artículo 173.- Competencia del Fuero Privativo Militar</p> <p>En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles.</p>

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

1. El juzgamiento de los delitos de terrorismo y traición a la patria cometido por civiles, vulnera el principio de independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
2. La jurisdicción militar al conocer delitos comunes transgrede el principio del debido proceso, el cual constituye un principio y derecho de la función jurisdiccional.
3. El Fuero Privativo Militar tiene competencia para conocer los delitos de función cometidos por militares y policías, por lo tanto, con el otorgamiento de competencia para conocer los delitos de terrorismo y traición a la patria cometido por civiles, se vulnera el principio del juez natural.
4. La existencia excepcional del fuero privativo militar, es para juzgar el delito de función dentro del ámbito militar policial, más no para el juzgamiento de delitos comunes, si esto ocurre, se transgrede el principio de legalidad, el cual constituye un principio fundamental dentro de la administración de justicia en el Perú.
5. Teniendo en cuenta que el fuero privativo militar está facultado constitucionalmente para juzgar los delitos de terrorismo y traición a la patria cometido por civiles, resulta necesario la modificación del artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

5.2. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los juristas, teóricos y prácticos, un mayor desarrollo de doctrina y jurisprudencia en el ámbito penal militar policial, pues conforme

se ha desarrollado en la presente investigación, existe poca literatura especializada en el tema, que permita entender la finalidad de la jurisdicción militar y ordinaria.

- 2.** Al legislador, la modificación del artículo 173 de la Constitución Política del Perú, a efectos de que se garanticen de manera adecuada los principios constitucionales, cuya vulneración se ha demostrado en la presente investigación.

LISTA DE REFERENCIAS

- Andrade Gartner, J., De Bracamonte Melgar, G., De Vinatea Piazza, J. D., Quiñones Infante, S., & Rodríguez Riva, A. (1999). La justicia militar para civiles: análisis e implicancias. *Revista de Derecho PUCP*, 306-324.
- Azula Camacho, J. (2010). , *Manual de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso* (Vol. I). Bogotá: Temis.
- Bentham, J. (1825). *Tratado de las pruebas judiciales*. (C.M.V, Trad.) Paris: Bossange Freres.
- Bernales Ballesteros, E. (1996). *La Constitución Política de 1993 y la Jurisdicción Militar*. Lima.
- Burga Coronel, Á. M. (15 de 11 de 2015). *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA Editores.
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA Editores.
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (15º ed.). Buenos Aires: Editorial Heliastra S.R.L.
- Cafferata Nores, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. (3. edición, Ed.) Buenos Aires: Depalma.
- Cardenas Poveda, M. (30 de agosto de 2017). *FUERO MILITAR: ¿GARANTÍA FUNCIONAL O CONDICIÓN DE IMPUNIDAD?* Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602013000200003
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. Buenos Aires: Edic. Arayú.
- Carocca Pérez, Á. (2005). *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- Caso alberto quimper, STC EXP. 0606-2015HC/TC.
- Caso Alberto Quimper, Exp. N° 00655-2010-PHC/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 27 de octubre de 2010).
- Caso Edmi Lastra Quiñones, Exp. N° 2053-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 15 de setiembre de 2003).
- Caso Ley de protección a la economía familiar, 011-2013-PI/TC (Tribunal Constitucional 27 de agosto de 2014).

- Caso Luis Salas Guevara Schultz, Exp. N° 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 05 de abril de 2007).
- Caso Magaly Medina, Exp. N° 06712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2005).
- Caso Marcelino Tineo y otros, Exp. N° 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 03 de Enero de 2003).
- Caso miembros del Tribunal Constitucional, Exp. 21-2001 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República 03 de julio de 2003).
- Caso Rafael Francisco García Mendoza , Exp. N° 1058-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 18 de agosto de 2004).
- Castillo Alva, J. (enero de 2012). La Prueba Prohibida en la jurisprudencia constitucional peruana. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 331-359.
- Castillo Gutierrez, L. (2014). *La prueba Prohibida, su tratamiento en el nuevo código procesal penal y en la jurisprudencia*. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Castro Trigos, H. (Diciembre de 2012). Apuntes sobre la prueba ilícita en el Código Procesal Penal de 2004. ¿es absoluta la regla de la exclusión en el nuevo modelo procesal peruano?. 13-21.
- Chaname Orbe , R. (2009). *Constitución Política del Perú de 1993*. Lima: Jurista Editores.
- Colombiano, C. P. (2010). *FUERO MILITAR*. BOGOTA.
- Constitución Política del Perú. (30 de diciembre de 1993). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Couture, E. (1994). *Vocabulario Jurídico*. De Palma.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque DEPALMA.
- Cubas Villanueva, V. (24 de AGO. de 2017). *DELITO DE TERRORISMO* .
Obtenido de DELITO DE TERRORISMO :
[http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/656_terrorismo_\[modo_de_compatibilidad\].pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/656_terrorismo_[modo_de_compatibilidad].pdf)
- Custodio Ramírez, C. H. (2006). Principios y derechos de la función jurisdiccional consagrados en la Constitución Política del Perú. *RedJus*, 10.
- Dávalos Gil, E. N. (enero de 2014). Aproximación al tratamiento de la prueba ilegal en el Código Procesal Penal de 2004. *Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 55*, 210-223.
- Devis Echandía, H. (1970). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Editorial Zavalía.

- EDITORES, J. (2004). *Nuevo Código Procesal Penal* . Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L.
- Espinoza Ramos , B. (2012). Las intervenciones corporales en el nuevo Código Procesal Penal. En P. E. Revilla Llaza, *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004* (págs. 449-489). Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.
- Eto Cruz, G. (2000). *La Justicia Militar en el Perú*. Trujillo - Perú: Nuevo Norte S.A.
- Eto Cruz, G. (2000). *La Justicia Militar en el Perú*. Trujillo: Editorial Nuevo Norte S.A.
- Fuero Militar Policial*. (17 de Octubre de 2016). Obtenido de Ministerio Público: <http://www.fmp.gob.pe/codigo-penal-militar-policial/>
- García Toma, V. (2005). *La Jurisdicción Constitucional - El Tribunal Constitucional del Perú*. Lima.
- García Toma, V. (2005). *La Jurisdicción Constitucional - El Tribunal Constitucional del Perú* . Lima.
- Gutierrez, G. (27 de agosto de 2017). *JUSTICIA MILITAR: UNA POSICIÓN EN DEFENSA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/reformajudicial/2009/11/18/justicia-militar-una-posicion-en-defensa-del-congreso-de-la-republica/>
- Haro Bustamante, R. L. (2001). *El Derecho al "JUEZ NATURAL" en el Perú*. Lima - Perú.
- Hernández Mirandez, E. (2012). Preceptos Generales de la Prueba en el Proceso Penal. En P. E. Llaza., *La Prueba en el Nuevo Código Penal Procesal 2004* (pág. 38). Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Hurtado Reyes, M. (2009). *Fundamentos del Derechos Procesal Civil*. Lima: IDEMSA.
- Hurtado Sánchez, R. A. (s.f.). *A propósito de la excepcional Jurisdicción militar*. Recuperado el 28 de agosto de 2017, de Revista Jurídica Cajamarca: <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA2/JURISDICMILITAR.htm>
- Landa Arroyo, C. (2003). *Bases Constitucionales del Nuevo Código Procesal Peruano*. Lima.
- Laura Ortiz, L. N. (27 de agosto de 2017). *REVISTA ELECTRONICA DEL TRABAJADOR JUDICIAL*. Obtenido de JURISDICCIÓN ORDINARIA Y JURISDICCIONES ESPECIALES: <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/jurisdicion-ordinaria-y-jurisdicciones-especiales/>
- López Barja de Quiroga, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal.

- Lovaton Palacios, D. (1999). *Los Principios Constitucionales de Independencia, Unidad y Exclusividad Jurisdiccionales*.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: Bosch Editor.
- Miranda Estrampes, M. (28 de junio de 2010). *article/view La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Recuperado el 15 de junio de 2015, de Revistes Catalanes amb accés obert: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>
- Miranda Estrampes, M. (2012). *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Mixán Máss, F. (1992). *Teoría de la Prueba*. Trujillo: Ediciones BLG.
- Mixán Máss, F. (2005). *Cuestiones Epistemológicas de la Investigación y de la Prueba*. Trujillo: Ediciones BLG.
- Monroy Galvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Lima: Temis S.A.
- Musso López, M. H. (2006). La jurisdicción militar y el delito de función en el Perú. *TESIS*. Lima, Lima, Perú.
- NCPP. (2004). *LA JURISDICCION Y COMPETENCIA*. LIMA: JURISTA EDITORES E.I.R.L.
- Oré Guardia, A. (2012). *Jurisprudencia sobre la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Diskopy S.A.C.
- Ortecho Villena, V. J. (19 de Octubre de 2016). *geocities.ws*. Obtenido de <http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconst1.html>
- Prado Saldarriaga, V. (1990). Constitución, Derecho y Principios penales. *Revista Derecho PUCP*, 265 - 281.
- Quiñones Infante, S., Rogriguez Riva, Ana, & otros. (1999). *La justicia militar para civiles: análisis e implicancias*. Obtenido de La justicia militar para civiles: análisis e implicancias: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15874/16306>
- Quisbert, E. (14 de Septiembre de 2012). *"Clases de Jurisdicción", Apuntes Jurídicos*. Obtenido de "Clases de Jurisdicción", Apuntes Jurídicos : <http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/03/cdj.html> Consulta:
- Robert, A. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- San Martín Castro, C. (2003). *Cuestiones generales del derecho procesal penal*. Lima : Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- San Martín Castro, C. (2006). *Derecho Procesal Penal* (Vol. II). Lima: Grijley. E.I.R.L.

- San Martín Castro, C. (28 de agosto de 2017). *ALGUNOS ASPECTOS DE LA JUSTICIA MILITAR (A propósito del caso peruano)*. Obtenido de LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR - ANUARIO DE DERECHO PENAL 2001-2002:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2001_07.pdf
- San Matín Castro, C. (2001). *La Reforma del Derecho Penal Militar - Anuario del Derecho Penal*. Lima.
- Sánchez Cordova, J. H. (febrero de 2009). "La Prueba Prohibida". *Actualidad Jurídica*, tomo 183.
- Sánchez Córdova, J. H. (2012). Bases para entender a la prueba prohibida como nulidad procesal. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo N° 42, 51-71.
- Sánchez Velarde, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Moreno S.A.
- Sanchís Crespo, C. (1999). El derecho a la prueba en España: una perspectiva cosntitucional. *Revista Peruana de Derecho Procesal(III)*, 288.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 8662-2006-PHC/TC (Tribunal Constitucional 17 de abril de 2007).
- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, 0017-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 16 de Marzo de 2004).
- Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia vs Árbitro Único don Luis Humberto Arrese Orellana, EXP. N.º 00142-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 21 de setiembre de 2011).
- STC N.º 0048-2004-PI/TC, N.º 0048-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional 5 de abril de 2005).
- Talavera Elguera , P. (2009). *LA PRUEBA - En el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Academia de la Magistratura - AMAG.
- Talavera Elguera, P. (2017). *La prueba penal*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- Talavera Elguera, P. (04 de agosto de 2017). *Prueba ilícita*. Obtenido de Ministerio Público:
http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4055_prueba_ilicita.pdf
- Tema 3: La prueba ilicita y la prueba prohibida. (10 - 11 de diciembre de 2004). *Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004*.