

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA VIOLENCIA:
ESTADO, INSTITUCIONES Y SOCIEDAD CIVIL

Karina Ansolabehere, Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez
(coordinadores)



FLACSO
MÉXICO



Universidad de
los Andes
Facultad de Derecho

Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil / Karina Ansolabehere, Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez (coordinadores). – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes; México: II. VCSO, 2015.
283 páginas; 17 x 24 cm.

Otros autores: Sandra Hincapié Jiménez, Francisco Valdés Ugalde, César Augusto Valderrama, Andrea Castagnola, Andrea Pozas-Loyo, Julio Ríos Figueroa, Cuauhtémoc Rueda Luna, Jairo Antonio López Pacheco, Nacori López.

ISBN de la Flacso: 978-607-9275-71-6
ISBN de la Uniandes: 978-958-774-188-9

1. Derechos humanos – América Latina 2. Violencia – América Latina 3. Defensores de derechos humanos – América Latina I. Ansolabehere, Karina II. Serrano, Sandra III. Vázquez, Luis Daniel IV. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho V. Flacso (Méjico)

CDD 341.481

SBCA

Prmera edición: agosto del 2015

D. R. © 2015 Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México
Carretera al Ajusco n.º 377, Héroes de Padierna, Tlalpan | 14200 México, D. F.
www.flacso.edu.mx, public@flacso.edu.mx

D. R. © 2015 Universidad de los Andes, Facultad de Derecho
Ediciones Uniandes
Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN de la Flacso: 978-607-9275-71-6
ISBN de la Uniandes: 978-958-774-188-9

Corrección de estilo: Liliana Ortiz Fonseca
Diseño de carátula y diagramación: Luz Samanda Sabogal

Impresión: Gráfica Premier S.A. de C.V., 5 de Febrero núm. 2309, San Jerónimo Chicahualco, Metepec, Estado de México 52170. La edición consta de 500 ejemplares.

Impreso en México – Printed in Mexico

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

PRÓLOGO

Nelson Arteaga Botello

IX

INTRODUCCIÓN

Karina Ansolabehere, Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez

XVII

PARTE I

ESTADO, INSTITUCIONES Y RESPUESTAS FRENTES A LA VIOLENCIA

1. CONFLICTO SOCIAL, REFORMAS ESTATALES Y CRIMEN ORGANIZADO: MÉXICO Y COLOMBIA, 1982-2012.
Sandra Hincapié Jiménez

3

2. DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y ESTADO EN MÉXICO: ¿EROSIÓN POR DETERIORO?
Karina Ansolabehere y Francisco Valdés Ugalde

45

PARTE II
LAS INSTITUCIONES JUDICIALES Y CUASI JUDICIALES FRENTES A LA VIOLENCIA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

3. CORTES ACTIVAS EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS:
EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA SOBRE LOS DESPLAZADOS EN COLOMBIA
César Augusto Valderrama y Andrea Castagnola

73

EL DILEMA SEGURIDAD VS. LIBERTAD.
 LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE
 FUERO MILITAR: PERÚ, 1980-2010

Andrea Pozas-Loyo* y Julio Ríos Figueroa**

INTRODUCCIÓN

La relación entre el uso de la violencia por parte del Estado y los derechos humanos —en particular los derechos a un debido proceso— se articula prevalecentemente en términos del dilema seguridad versus libertad. Como apunta Adam Przeworski (2010), el dilema seguridad versus libertad es tan viejo como la democracia misma. De acuerdo con este modo de concebir dicha relación, la meta normativa es generar un equilibrio: en uno de los platos de la balanza se encuentra la seguridad y en el otro la libertad individual. Así, dependiendo del contexto sociopolítico, se deberán balancear los costos en seguridad que acarrea el respeto a los derechos versus el beneficio que implica tal respeto para la libertad individual. Por tanto, este modo de concebir la relación entre la seguridad y los derechos humanos implica lo que Stephen Holmes llama una “relación hidráulica”: si es necesario aumentar la seguridad debemos restringir los derechos (Holmes, 2009).

En este capítulo argumentamos que ésta forma de concebir la relación entre los derechos humanos y la seguridad es equivocada. Para ello nos centramos en una instancia específica: el papel que deben jugar los jueces constitucionales *vis-à-vis* la regulación de la justicia militar en contextos de inseguridad, es decir, el cuerpo de fiscales, jueces y abogados que forman parte del ejército y no del poder judicial ordinario. En concreto, analizamos la relación entre el uso de la violencia por parte de las fuerzas armadas y la suspensión de derechos en el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares, y el grado de autonomía de la justicia militar *vis-à-vis* la justicia ordinaria. En este capítulo exemplificaremos nuestro argumento con la jurisprudencia constitucional en Perú de 1980 al 2010.

En el caso que nos ocupa, la metáfora del balance seguridad versus libertad, en contextos de alta inseguridad, implica el siguiente dilema: por un lado, para facilitar una acción expedita de las fuerzas armadas en busca del restablecimiento del orden, es necesario limitar el derecho a ser juzgado por el fuero civil y ampliar la

* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.

** Profesor investigador en la División de Estudios Políticos del Cide. Es doctor en Ciencia Política por la Universidad de Nueva York.

autonomía de la jurisdicción militar. Por el otro, la suspensión de dicho derecho está sujeta a abusos por parte de las fuerzas de seguridad que pueden actuar de forma arbitraria, desmedida o con fines distintos a la búsqueda de la seguridad pública. Así, bajo esta óptica se debe adjudicar a favor de la seguridad o de la libertad, y el aumento de una implicará la disminución de la otra. En la mayor parte de los estados contemporáneos los jueces constitucionales son quienes realizan tal adjudicación. Por esta razón nos centramos en el debate acerca de la debida intervención del poder judicial como regulador del uso de la fuerza pública y, en particular, del uso de la justicia militar.

Nuestro objetivo en este capítulo no es explicar las causas de las decisiones judiciales, sino más bien analizar el modo en que intervienen los jueces en la delimitación de la jurisdicción militar. Defendemos que en esta área debe dejarse atrás el dilema seguridad versus libertad; su tarea no es la adjudicación entre dos partes en contraposición: quienes defienden la seguridad y por tanto la ampliación del fuero militar, y quienes defienden la libertad y por tanto la limitación de éste. En particular, nuestro argumento es que una intervención positiva y fructífera respecto al fuero militar en contextos de inseguridad se cimenta en una concepción de la justicia constitucional como el ejercicio de delimitación y significación de los contenidos de la ley fundamental, y no como la adjudicación en la última instancia de apelación. Para ello analizamos la jurisprudencia constitucional sobre los alcances y las limitaciones de la justicia militar respecto al juzgamiento de civiles en el caso del Perú. Es decir, analizaremos las respuestas que el Tribunal de Garantías Constitucionales (1980-1992) y el Tribunal Constitucional (1993-) han dado a la pregunta ¿quién y bajo qué circunstancias puede ser procesado por la justicia militar?

El caso peruano es interesante porque mientras que el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) desarrolló una jurisprudencia enmarcada en el dilema seguridad versus libertad —optando por la deferencia a las fuerzas armadas, y por tanto por una jurisdicción militar muy amplia—, el Tribunal Constitucional (TC) ha optado por una jurisprudencia que busca dar significación a los contenidos constitucionales. De acuerdo con esta jurisprudencia, el sacrificio del derecho al acceso a la justicia ordinaria no implica necesariamente mayor seguridad, y por tanto es concebible que ciertos límites aumenten su eficiencia y con ello se mejore la seguridad.

El resto del capítulo se divide en cuatro partes: en la parte I presentamos el problema teórico y analizamos el debate en torno a la intervención judicial

en situaciones de emergencia; en la II parte presentamos de manera general la trayectoria constitucional del fuero militar en el Perú de 1920 al 2010; en la III analizamos de manera más detallada la jurisprudencia constitucional sobre fuero militar en el caso del Perú, y en la parte IV concluimos.

I. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EMERGENCIAS Y SITUACIONES CRÍTICAS

Como hemos argumentado, la tesis del dilema entre la seguridad y la libertad implica el ideal normativo del balance. Por ello, de acuerdo con esta concepción, el debate gira en torno a cuál debe ser el equilibrio entre los costos que acarrea el respeto a los derechos y los beneficios de la libertad. Respecto al papel que el poder judicial debe jugar en situaciones de emergencia, este debate se traduce en si esta rama gubernamental debe o no limitar al ejecutivo para evitar arbitrariedad en aras de la seguridad¹.

Eric Posner y Adrian Vermeule (2007) han presentado recientemente de manera muy clara el argumento de que la revisión judicial (*judicial review*) bajo emergencias “no puede mejorar la situación ya que no hay ninguna razón para pensar que las cortes, que poseen información y *expertise* limitados en materia de seguridad, tomarían mejores decisiones que el ejecutivo” (p. 12). De acuerdo con estos autores, son precisamente las características institucionales que actúan a favor de los jueces en tiempos normales las mismas que hacen indeseable su participación en situaciones de emergencia: “las cortes son lentas, abiertas y rígidas” y no tienen “control sobre la policía o el ejército” ni poseen “una voz institucional unificada”. Su conclusión es clara: “en emergencias los jueces se deben alejar del camino del gobierno ya que éste tomará buenas decisiones para enfrentar la situación crítica e, incluso si el ejecutivo no lo hiciera, la intervención judicial solamente empeoraría las cosas” (Posner y Vermeule 2007).

En el otro extremo, pero bajo el mismo marco teórico, encontramos autores que argumentan en contra de otorgar prerrogativas extraordinarias al ejecutivo argumentando que dicha rama difícilmente será capaz de balancear la seguridad y la libertad (por ejemplo, Ackerman, 2002, p. 2 y Holmes, 2009, p. 313). Desde esta perspectiva el rol de los jueces constitucionales en períodos de emergencia será buscar que no se pierda el balance entre la libertad y la seguridad, lo que a menudo implica la restricción del ejecutivo a favor de los derechos. Así,

¹ La discusión que sigue asume que existe un mínimo de condiciones para el ejercicio del poder judicial (cfr. Epstein, Knight, Shvetsova, 2002).

de manera implícita se asume que dicha restricción inevitablemente acarrearía costos a la seguridad.

Como señala Holmes (2009), un problema de concebir la relación entre libertad y seguridad de forma dilemática es que ello conlleva que “la libertad no puede hacer ninguna contribución positiva a la seguridad” (p. 313). De acuerdo con esta perspectiva, la defensa de los derechos siempre supone pérdidas en el ámbito de la seguridad. A priori se cierra la posibilidad de que medidas que respeten los derechos fortalezcan la seguridad. En particular, en la instancia que aquí nos ocupa, esta concepción implica que la limitación del fuero militar siempre acarrea costos de seguridad. Por ejemplo, a priori se considera imposible que limitar el juzgamiento de civiles por militares, o la autonomía de la jurisdicción militar, aumente la seguridad.

Más aún: bajo el marco dilemático la restricción de derechos implicaría sin más una mejora en la seguridad. Si la libertad y la seguridad tienen una relación hidráulica, entonces menor libertad conlleva *ipso facto* mayor seguridad. Claramente la relación entre seguridad y libertad es más compleja: es posible implementar medidas que restrinjan los derechos sin que por ello la seguridad mejore. Contra lo que a menudo se afirma, implementar políticas que restrinjan los derechos no es sinónimo de tomar medidas contra la inseguridad. En el área de nuestro interés ello se traduce de la siguiente forma: aumentar el fuero militar no garantiza una mejora en la seguridad.

En suma, asumir el dilema seguridad-libertad supone una desventaja común a todos los falsos dilemas: oscurece las posibilidades intermedias, perdemos de vista todas las posibilidades en las que la seguridad y la libertad se relacionan de manera alternativa.

Por estas razones consideramos que el dilema seguridad-libertad debe abandonarse como el paradigma que da forma a la discusión constitucional en contextos de alta inseguridad. En particular, los jueces constitucionales deben abandonar esta perspectiva dilemática: la discusión no debe ser si deben adjudicar a favor de la libertad limitando el fuero militar y con ello lesionar la seguridad, o si deben adjudicar a favor de la seguridad, y negarse a intervenir en la limitación del fuero civil.

Al dejar atrás esta perspectiva el juez constitucional deja de ser el árbitro en una disputa entre dos polos y puede asumirse como facilitador en la construcción de la significación constitucional. Esta es la contribución más importante que

los jueces constitucionales pueden hacer ya que está cimentada en lo que los distingue de los otros actores políticos: dar razones, evaluar diferentes argumentos y puntos de vista, y participar y promover en la deliberación pública necesaria para resolver problemas de acuerdo con el marco general de los principios constitucionales (e.g. Ferejohn y Pasquino, 2003; Shapiro, 2002; Friedman, 1993; Gargarella, 2008; Franck, 1992). Desde esta perspectiva, la tarea del juez constitucional no debe entenderse como la adjudicación entre dos opciones contrapuestas preestablecidas sino como la facilitación de la discusión y el diálogo para generar opciones que integren las demandas y necesidades legítimas de los ciudadanos, el gobierno y otros actores como el ejército o la policía (cfr. Friedman, 1993).

En resumen, una contribución constructiva por parte de las cortes constitucionales en asuntos tan delicados como las relaciones cívico-militares depende del modo en que estas intervengan. Los jueces constitucionales pueden ayudar a reconocer distintos puntos de vista sobre un mismo asunto, y ayudar a que los legisladores, el ejecutivo y las fuerzas armadas justifiquen mejor (y eventualmente reconsideren) sus evaluaciones de la situación crítica y sus opciones para solucionarla (cfr. Gargarella, 2008). De este modo, los jueces constitucionales no proveen una mera resolución a un caso, sino que promueven la deliberación entre los actores involucrados en este haciendo distinciones finas en situaciones complejas, siempre bajo los principios constitucionales. Si un país logra tener jueces constitucionales capaces y prudentes que están conscientes de su papel especial, entonces su intervención en emergencias puede serle de mucha utilidad al país. Como veremos, en el Perú el Tribunal de Garantías Constitucionales (1980-1992) no logró generar este tipo de justicia constitucional, mientras que el Tribunal Constitucional (1993-) lo ha hecho en algunas instancias.

II. TRAYECTORIA CONSTITUCIONAL SOBRE FUERO MILITAR EN EL PERÚ

El *fuero* o la jurisdicción militar ha sido justificado tradicionalmente con base en la necesidad de mantener un cuerpo separado de leyes, fiscales y cortes para las fuerzas armadas con el objetivo de dar estabilidad a la institución, salvaguardar sus principios rectores, como la disciplina y la obediencia, y dar seguridad jurídica a sus miembros. A pesar de los méritos indudables de esta justificación, en países con historia de intervenciones militares, participación de las fuerzas armadas en el mantenimiento de la seguridad pública y predominio del poder ejecutivo, la jurisdicción militar tendió a convertirse en un mecanismo de impunidad y arbitrariedad. En particular, la jurisdicción militar en muchas ocasiones

se convirtió en un cheque en blanco para las fuerzas armadas que protegen a sus miembros incluso cuando cometan delitos ordinarios sin conexión con su misión constitucional. Una vez ensanchada la jurisdicción militar, los miembros de las fuerzas armadas se han acostumbrado a ella y en general resisten los esfuerzos por limitarla (véase e.g. Kohn, 1997).

El fuero o la jurisdicción militar se puede entender como la respuesta a la pregunta “¿quién y bajo qué circunstancias puede ser investigado y juzgado por la justicia militar?”. Los jueces constitucionales interpretan los artículos en los cuales se ofrecen respuestas a esta pregunta, este es el “escenario constitucional” en el que los intereses civiles y militares se enfrentan (López, 2009, p. 154).

La pregunta quién y cuándo puede ser juzgado por la justicia militar admite, en términos generales, siete respuestas que podemos situar en orden decreciente de amplitud: (1) personal militar y civiles bajo cualquier circunstancia; (2) personal militar y civiles bajo condiciones de emergencia; (3) solo personal militar en cualquier circunstancia; (4) solo personal militar implicado en delitos relacionados con el servicio; (5) solo personal militar implicado en delitos estrictamente militares; (6) ni siquiera el personal militar implicado en delitos de violación de derechos humanos; (7) nunca nadie, es decir, la jurisdicción militar es abolida.

Aunque los extremos (1) y (7) son meras posibilidades teóricas, existen algunos casos reales que se les aproximan. Por ejemplo, en el Chile de Pinochet la jurisdicción militar se expandió y se permitió el juzgamiento de civiles y militares implicados en una larga lista de crímenes ordinarios (Bovino, 1998). En el otro extremo están casos como el de Costa Rica que desapareció su ejército, o los de Francia o Alemania que abolieron la jurisdicción militar dentro de sus fronteras y la mantienen solo en casos de guerra en el extranjero, o a bordo de naves militares (Pedroza 2011). Nótese que entre las categorías intermedias, en las que solo personal militar puede ser juzgado en cortes militares, hay importantes diferencias. En particular, mientras que en (3) cualquier tipo de crimen *que sea cometido por un oficial militar* es admitido en cortes militares, en (4) cualquier tipo de crimen *que ocurra durante el servicio* es admitido, en (5) solo son admitidos los *crímenes estrictamente militares* como la cobardía o la insubordinación.

La tabla 1 muestra el patrón tanto constitucional como de la jurisprudencia constitucional sobre fuero militar en el Perú desde 1920 hasta el 2010. Las columnas de la tabla corresponden a las siete preguntas posibles a la pregunta sobre la

extensión del fuero militar, y las filas corresponden a diferentes períodos. En el largo periodo de noventa años que va desde 1920 hasta el 2010 han habido cuatro constituciones en Perú: 1920, 1933, 1979 y 1993. Las zonas sombreadas en la tabla 1 muestran las “respuestas constitucionales” a la extensión del fuero militar, es decir, ubican gráficamente el contenido de los artículos constitucionales dedicados al fuero militar. De este modo, el artículo 156 de la Constitución de 1920 dice: “Artículo 156.- La justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio activo en el Ejército [o Fuerzas de Policía], a no ser en caso de Guerra Nacional”². La Constitución de 1933 no incluye una respuesta específica sino que en el artículo 229 relega a la legislación ordinaria la extensión y los detalles del fuero militar³. En la Constitución de 1979 se incluye de manera explícita una extensión limitada de la jurisdicción militar, más limitada incluso que en la Constitución de 1920:

Artículo 282.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de función están sujetos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el Artículo 235⁴.

Por último, la Constitución de 1993 establece una extensión bastante más amplia de la jurisdicción militar:

Artículo 173.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sujetos 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.⁵

La tabla 1, por tanto, muestra una trayectoria constitucional pendular sobre la extensión del fuero militar, pero en general se tiende a una extensión amplia de dicho fuero, lo cual es muy claro en la Constitución de 1993 (véanse Eto Cruz *et al.*, 1997). En la tabla 1 también se puede apreciar la ubicación de algunas

² En 1927 se reformó este artículo para incluir lo que está entre corchetes.

³ “Artículo 229.- 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”.

⁴ La Constitución de 1979 reconoce la unidad de la función jurisdiccional pero al mismo tiempo se reconoce también la existencia de la jurisdicción militar (artículo 233).

⁵ La Constitución de 1993 establece que sea la Corte Suprema la que conozca, en casación, las resoluciones del fuero militar con las limitaciones del artículo 173 (artículo 141). Esta Constitución también reconoce la unidad de la función jurisdiccional y la existencia de la justicia militar (artículo 139).

Tabla 1. ¿Quién y cuándo puede ser juzgado por la justicia militar?

¿Quién?	Personal militar. Civiles	Personal Militar. Civiles	Personal militar	Personal militar	Personal militar	Nadie	Nadie
¿Cuándo?	Siempre	Emergencias	Siempre	Crímenes en servicio	Crímenes militares	Violaciones a DD. HH.	Nunca
1920-1933							
1933-1979							
1980							
1981							
1982							
1983		1, 2					
1984							
1985							
1986							
1987							
1988							
1989							
1990							
1991							
1992							
1993							
1994							
1995							
1996							
1997				3			
1998				4			
1999		6		5			
2000							
2001							
2002		7		8			
2003							
2004				9	10		
2005							
2006					11, 12	13	
2007							
2008		-					
2009					14		
2010							

Fuente: elaboración propia

sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC 1980-1992) y del Tribunal Constitucional (TC, 1993-) sobre el fuero militar. Los números (del 1 al 14) indican la decisión del órgano constitucional tanto en casos de habeas corpus (casos 1 a 8) como en casos de acción de inconstitucionalidad (casos 9 a 14). Al menos dos hechos saltan a la vista en la tabla 1: el primero es la casi ausencia de participación del TGC sobre el debate constitucional en torno al fuero militar, y en las ocasiones en que participó su interpretación es muy expansiva del fuero militar; el segundo hecho es el cambio, en promedio, hacia una interpretación más restrictiva del fuero militar en el periodo del Tribunal Constitucional, en particular a partir del 2004. En el resto del capítulo analizamos los distintos modos en que el TGC y el TC se han aproximado al dilema seguridad vs. libertad.

III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE FUERO MILITAR EN EL PERÚ

A. El Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), 1980-1992

El TGC fue creado en la Constitución de 1979 como el “órgano de control de la Constitución” (art. 296). Se compone de nueve miembros, tres designados por el Congreso, tres por el ejecutivo y tres por la Corte Suprema (art. 296), por un periodo de seis años con posibilidad de ser reelectos (art. 297)⁶. El TGC tenía poder para ejercer control concreto de constitucionalidad en casación, en casos de amparo y habeas corpus⁷, y control abstracto con su jurisdicción originaria sobre acciones de inconstitucionalidad (art. 298). El acceso al TGC es difícil ya que, por un lado, los actores legitimados para interponer una acción de inconstitucionalidad son actores políticos (el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el fiscal de la Nación, sesenta diputados, veinte senadores) o cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (art. 299). Además, según la Ley Orgánica del TGC (LOTGC), se requerían seis votos conformes para emitir una declaratoria de inconstitucionalidad (art. 8). Por otro lado, el TGC conocía habeas corpus y amparos en casación, es decir este tipo de casos podían llegar a él una vez que se hubieran agotado las vías judiciales incluidas la Corte Suprema de Justicia cuya sede es Lima, mientras que el TGC fue establecido en Arequipa (art. 304).

⁶ El art. 297 incluye que el Tribunal se renueva por tercios cada dos años.

⁷ Artículo 295.- La acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus. La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.

El TGC se instaló el 19 de noviembre de 1982 y fue clausurado el 5 de abril de 1992 (día del “autogolpe” de Alberto Fujimori). Durante esos diez años el TGC fue un actor marginal en la política peruana, a pesar de que fue una década complicada en términos sociales y políticos. En concreto, durante los diez años que funcionó el TGC solo se presentaron 25 acciones de inconstitucionalidad: los senadores interpusieron trece, los diputados seis, el fiscal de la nación tres, los ciudadanos dos, y la Corte Suprema una. Ninguno de los dos presidentes del periodo —Fernando Belaúnde Terry (1980-1985) y Alan García (1985-1990)— interpusieron una acción de inconstitucionalidad (Landa 2007, p. 116). Para apreciar el letargo del control constitucional en esos años basta otro dato más: durante la vigencia de la Constitución de 1979 se dictaron 5229 normas legales (2200 leyes por el Congreso, 767 decretos legislativos y 2262 decretos de urgencia) de las cuales solo 25 fueron recurridas ante el TGC. Por si fuera poco, solo 15 de las 25 acciones de inconstitucionalidad fueron resueltas, y solo en cinco el TGC encontró algún vicio de inconstitucionalidad (Landa 2007, pp. 116 y 159-161).

Ahora bien, de estas 15 acciones de inconstitucionalidad, solo dos fueron interpuestas contra medidas que afectaban la integridad individual y los derechos procesales básicos. Estas acciones fueron interpuestas por una minoría de senadores apristas contra el Decreto Legislativo 46, emitido por el presidente Belaúnde en marzo de 1981, en el que se tipificaron ampliamente los delitos de desacato, terrorismo y apología del terrorismo (Landa 2007, pp. 116-126). En ambos casos los magistrados del TGC no juntaron los seis votos necesarios para declarar la inconstitucionalidad, y el 21 de septiembre de 1984 el TGC emitió un “pronunciamiento” sin validez legal. Nótese que la lucha armada de Sendero Luminoso había comenzado en mayo de 1980 y que el primer decreto de estado de emergencia tuvo lugar en octubre de 1981. Es decir, la tipificación amplia de delitos como “terrorismo”, “desacato” y “apología del terrorismo” fue parte de la estrategia presidencial para usar el derecho criminal como medio para combatir el terrorismo. En este contexto, el silencio del TGC equivale a un aval de la política del gobierno⁸.

El TGC también decide, en casación, las acciones de hábeas corpus y de amparo. Ambas acciones están destinadas a proteger los derechos humanos de los individuos de violaciones cometidas por autoridades públicas. En el área de control

⁸ La discusión en el TGC sobre el decreto 46 fue intensa y algunos magistrados como Aguirre Roca emitieron votos particulares, lo que sugiere que el Tribunal debe actuar como actor político garante de la Constitución y no como un juzgado de primera instancia. Sin embargo, una mayoría de los magistrados con una concepción muy limitada del papel del TGC bloqueó la posibilidad de discutir el fondo del asunto y el TGC emitió un mero “pronunciamiento” (véase Landa, 2007, p. 165).

concreto de constitucionalidad y defensa de derechos individuales, la labor del TGC también fue marginal y omisa. Veamos la labor del TGC respecto del hábeas corpus, dado que este es un instrumento específicamente diseñado para la defensa de la libertad individual y las violaciones al debido proceso.

[...] la gran mayoría de hábeas corpus fue interpuesto para cuestionar detenciones arbitrarias (casi el 70%) [...] las autoridades judiciales, al conocer de casos donde se han cuestionado estas detenciones arbitrarias, optaron mayoritariamente por el inconveniente criterio de admitir como válida cualquier detención policial a condición de que ésta no exceda de 24 horas [como dice el art. 20 de la Constitución], sin interesarse por evaluar la causa que la motiva (Eguiguren 1990, p. 49).

Recordemos que el TGC resolvía hábeas corpus en casación, es decir, una vez que el ciudadano agotó las instancias judiciales previas. A un ciudadano que le han rechazado un hábeas corpus tres instancias judiciales, siendo la última la Corte Suprema en Lima, le quedaba la opción de cuestionar esta decisión ante el TGC, ubicado en Arequipa. ¿Qué hizo el TGC cuando, a pesar de los obstáculos, recibió hábeas corpus por detención arbitraria u otras violaciones a la libertad individual? En los diez años del funcionamiento del TGC se recibieron 83 hábeas corpus, de los cuales se encontró fundada la demanda solo en ocho casos (9,6%) y el TGC emitió un “pronunciamiento” en otros ocho casos (9,6%). Es decir, en 67 casos (80,7%), el TGC aceptó la negación del hábeas corpus hecha por la Corte Suprema (Landa, 2007, p. 163).

De hecho, desde el inicio del periodo, en 1983, el TGC establece criterios “inconvenientes para la defensa de derechos” los cuales desincentivaban a los ciudadanos a recurrir a este tribunal. Por ejemplo, este fue el caso interpuesto por Juana Huaracha en el que el TGC manifestó que “durante el estado de emergencia se suspende la obligación de poner al detenido a disposición de un juez dentro de las 24 horas sin que corresponda ningún pronunciamiento jurisdiccional sobre dicha detención”⁹, o el caso promovido por Ángela Horna a favor de Alcibiades Díaz en el que el TGC establece que como la detención del señor Díaz “no había excedido de 24 horas el hábeas corpus resultaba improcedente, convalidando con esta tesis cualquier privación de la libertad dispuesta por autoridades judiciales o policiales en tanto no supere las 24 horas, sin merituar la causa que la motiva” (Eguiguren, 1990, p. 63) (casos 1 y 2 en la tabla 1).

⁹ “Debiendo destacarse el solitario voto del magistrado Aguirre Roca, quien sin llegar a esbozar con claridad la tesis del control judicial de razonabilidad, apunta elementos que lo sugieren” (Eguiguren, 1990, p. 63).

Es importante tener presente que durante la década de 1980 y hasta 1992 el conflicto armado entre el Estado peruano y Sendero Luminoso produjo múltiples casos de violaciones de derechos humanos por parte de las fuerzas armadas, y que la amplitud del fuero militar durante el periodo favoreció la impunidad. Al respecto, merece la pena citar una de las conclusiones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003):

Durante el periodo que va hasta 1992, los jueces del fuero común se inhibieron a favor del fuero militar o fueron ordenados de hacerlo por instancias superiores, siempre que se estableció una contienda de competencia. Solo un puñado de casos que involucraban a policías [...] fueron juzgados en el fuero civil. Al mismo tiempo, casos notorios [...] fueron resueltos a favor del fuero militar. Este patrón de abdicación se profundizó luego con los casos de Accomarca y Parco-Pomatambo y Cayara, que quedaron en la impunidad luego de ser derivados a la justicia militar.

Por las dificultades de acceso que mencionamos, estos casos casi nunca se llevaron al TGC. Pero en los pocos casos que llegaron este tribunal decidió, en su mayoría, rechazar la petición de hábeas corpus. Es decir, el TGC, un órgano que hubiera podido contribuir a un mejor procesamiento de estos casos, validó las violaciones de los derechos humanos por inacción.

Para fines de este capítulo, además de notar la ineeficacia del TGC, es importante resaltar aproximación a los (pocos) casos que recibió. Respecto a las acciones de hábeas corpus, el TGC las enfrentó como una cuarta instancia judicial y no como un Tribunal Constitucional. Es decir, el TGC desestimó la gran mayoría de hábeas corpus porque “no se probaba en ellos la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”¹⁰. Sin embargo, este razonamiento es muy limitado pues “en dichos procesos constitucionales no es exigible la probanza como en un juicio ordinario y, además, en un ambiente de violencia y crisis social, era presumible razonablemente la existencia de violaciones de los derechos fundamentales” (Landa, 2007, p. 167). En consecuencia, existían supuestos reales que, razonablemente, podían llevar al TGC a un acercamiento mucho más complejo a estos casos, que pudiera contribuir tanto a la protección de los derechos

¹⁰ “El razonamiento judicial empleado fue el siguiente: (a) Las acciones de garantía (demandas de amparo y de hábeas corpus) tienen por objeto la defensa de los derechos constitucionales; (b) por tanto, si en ellas no se prueba la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, procede desestimarlas; y (c) en consecuencia, las resoluciones llegadas en casación no deben revocarse (“casarse”) cuando en los autos correspondientes no se demuestre el atentado (violación, lesión o amenaza) contra algún derecho constitucional, aun cuando en dichas resoluciones aparezcan las causales de casación” (Landa, 2007, pp. 166-167; véase también Aguirre Roca, 1991).

humanos como a la seguridad del Estado, en la década de mayor violencia política en el Perú.

Este análisis es ratificado por el informe final de la Comisión de la Verdad que dice: “La abdicación del Tribunal de Garantías Constitucionales en su función protectora de los derechos fundamentales, construyó un soporte en una interpretación constitucional que subordinaba derechos durante la vigencia de estados de emergencia, a despecho de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la opinión jurídica internacional”. En suma, el desempeño del TGC muestra que tuvo mucho peso el discurso gubernamental según el cual una disminución en las libertades individuales —en nuestro caso, la amplitud máxima del fuero militar— era necesaria para un eficaz funcionamiento de los órganos de seguridad pública, en particular de las fuerzas armadas, ante una amenaza al Estado peruano. El TGC se comportó más como una cuarta instancia procesal que como un verdadero tribunal constitucional cuya perspectiva puede iluminar, e incluso alterar, las percepciones y estrategias de las fuerzas armadas y del poder ejecutivo ante una amenaza a la seguridad del Estado.

B. El Tribunal Constitucional (TC), 1993-2010

El TC se creó en la Constitución de 1993 como el “órgano de control de la Constitución” (art. 201). Se compone de siete miembros elegidos por dos tercios del número legal de miembros del Congreso de la República por un periodo de cinco años sin reelección inmediata (art. 201). El TC tiene poder para ejercer control concreto de constitucionalidad en conflictos de competencia y, en casación, en casos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento (art. 202)¹¹. También puede ejercer el control abstracto de constitucionalidad con su jurisdicción originaria sobre acciones de constitucionalidad (art. 202).

El acceso al TC es un poco más fácil que al TGC. Por un lado, los actores legitimados para interponer una acción de inconstitucionalidad son actores políticos (el presidente de la República, el fiscal de la Nación, el defensor del Pueblo, el

¹¹ Artículo 200. - 1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular. 3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución. [...] 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

25 por ciento del número legal de congresistas, los presidentes de una región o alcaldes provinciales en materias de su competencia), o cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, el uno por ciento de los habitantes de un municipio contra ordenanzas del respectivo municipio, y los colegios profesionales en materias de su competencia (art. 203). El art. 4 de la Ley Orgánica del TC de nuevo impuso un requisito de seis votos, de siete totales, para que el tribunal pudiera declarar la inconstitucionalidad de una norma¹². En suma, en comparación con el TGC, el TC conoce más casos de control concreto aunque todavía en casación (es decir después de que se agotaron las vías judiciales incluida la Corte Suprema de Justicia), se cambia su sede a Lima, y se amplían los actores tanto políticos como ciudadanos que pueden interponer una acción de inconstitucionalidad.

El TC fue instalado hasta junio de 1996, ya que hubo un proceso de negociación en el nombramiento de los primeros magistrados. Recién instalado, el TC enfrentó el delicado caso de la constitucionalidad de la reelección de Fujimori, y en enero de 1997 emitió una declaratoria de inconstitucionalidad sobre dicho proyecto (véanse detalles en Conaghan, 2005, pp. 126-132). Los tres magistrados que se enfrentaron al presidente fueron removidos mediante juicio político el 29 de mayo de 1997, lo que dejó al TC con cuatro miembros que compartían las preferencias del gobierno de Fujimori: un número suficiente para sesionar y para decidir casos de hábeas corpus y amparos pero no para hacer pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las normas. Como es sabido, el régimen de Fujimori se desmoronó a finales del 2000, y en noviembre de ese año los tres magistrados destituidos fueron reinstalados. Los magistrados fujimoristas terminaron su periodo en el 2001 y en mayo del 2002 fueron nombrados cuatro nuevos magistrados. Según César Landa (2007, p. 380), estos vaivenes políticos marcan dos etapas del TC: “el tribunal en cautiverio” de 1997 al 2002, y “el tribunal en libertad” del 2002 en adelante (véase también San Martín, 2006).

Como era de esperarse, la labor del TC respecto al fuero militar tiene importantes diferencias en los dos períodos 1997-2002 y 2002 en adelante. Una primera está en el tipo de casos que decidió el TC: básicamente hábeas corpus durante el primer periodo, y hábeas corpus y acciones de inconstitucionalidad en el segundo. Una segunda diferencia se encuentra en la profundidad con que el TC aborda el dilema seguridad vs. libertad: mientras que en el primer periodo apenas distingue el dilema, en el segundo lo enfrenta de manera directa y propone

¹² A partir del 20 de octubre del 2002 una modificación al artículo 4 estableció en cinco el número de votos necesarios para una declaratoria de inconstitucionalidad.

una discusión seria sobre este. En la tabla 1 los casos 10 al 14 representan las acciones de inconstitucionalidad resueltas por el TC entre el 2004 y el 2007 y, como se ve, es por medio de estas resoluciones que el TC ha restringido el amplio espectro del fuero militar establecido en la Constitución de 1993. Pero el TC no se ha limitado a esto: mediante el análisis a profundidad del problema, ha incluso cuestionado la existencia del dilema seguridad vs. libertad proponiendo que algunas veces más libertad conlleva más seguridad.

Para analizar cómo el TC se aproximó al problema del fuero militar, y en particular al dilema seguridad vs. libertad, veamos en mayor detalle la sentencia 0017-2003-AI/TC del 16 de marzo del 2004 (caso 9 de la tabla 1) y la sentencia 0023-2003-AI/TC del 9 de junio del 2004 (caso 10 de la tabla 1). Ambos casos son sentencias en acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Defensoría del Pueblo, institución que desde marzo de 1998 venía siendo muy crítica con la justicia militar peruana (véase Defensoría del Pueblo, 1998). Desde ese momento, también, la reacción de las fuerzas armadas fue de rechazo a las “injerencias” y el “atrevimiento” a questionar esos temas (Lovatón, 2007, p. 10)¹³. Las acciones de inconstitucionalidad estuvieron dirigidas contra la Ley Orgánica de Justicia Militar, el Código de Justicia Militar (ambos decretos-ley de julio de 1980) y la Ley 24150 de junio de 1995, que regulaba la participación de los llamados “Comandos Políticos Militares” y los delitos cometidos por miembros de las fuerzas armadas durante los estados de excepción¹⁴.

De acuerdo con David Lovatón (2007), las decisiones del TC en las dos sentencias analizadas aquí marcan un antes y un después para la justicia militar peruana (p. 46). En efecto, mediante una argumentación rigurosa el TC se manifestó en contra de una visión rígida del dilema seguridad vs. libertad y optó por restringir a las fuerzas armadas incluso en situaciones de emergencia con el objetivo —solo en apariencia contradictorio— de darles mayor solidez. Específicamente, en la sentencia 0017-2003-AI/TC del 16 de marzo del 2004 (caso 9 de la tabla 1) el TC consideró inconstitucional que —a propósito de la declaratoria de estado de emergencia— las fuerzas armadas pretendieran asumir funciones o prerrogativas

¹³ La Defensoría del Pueblo continuó su trabajo crítico sobre el tema con los informes No. 64 “La justicia militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma”, No. 66 “Quién juzga qué? Justicia militar vs. justicia ordinaria”, y No. 104 “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley No. 28665 y el Decreto Legislativo No. 961”. Este último informe es la base de la acción de inconstitucionalidad interpuesta ante el Tribunal Constitucional.

¹⁴ Es interesante notar que dos de las leyes cuestionadas son anteriores a la Constitución de 1993, por lo que algunos argumentaban que no podían ser evaluadas por el TC. Sin embargo, en la sentencia anterior 010-2002-AI/TC del 3 de enero del 2003, el Tribunal Constitucional consideró que las llamadas “leyes viejas” podían ser cuestionadas.

gativas de autoridades civiles estableciendo “una suerte de gobierno militar” (párrafo 70 de dicha sentencia).

En cuanto al fuero militar, el TC argumentó de manera enfática que “la justicia castrense no constituye un fuero personal conferido a los militares o policías [ya que] no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar” (párrafo 129). El TC también excluyó de la jurisdicción militar el criterio del lugar donde un delito sea cometido “porque incluso en un cuartel puede cometerse un delito común”. El TC fue incluso más allá y argumentó que solo los llamados “delitos de función” deben ser competencia de la justicia militar y que en el “delito de función” no basta con que una conducta esté tipificada en el Código de Justicia Militar, sino que esta conducta debe infringir un deber policial o militar. Por ejemplo, el TC consideró que “la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona” no constituye una infracción al deber militar (párrafos 131-133; véase Lovatón 2007, pp. 46-49).

En la sentencia 0025-2003-AI/TC del 9 de junio del 2004 (caso 10 de la tabla 1), el TC limitó la autonomía de la justicia militar. En esta demanda de la Defensoría del Pueblo se cuestionaron diversos artículos del Código de Justicia Militar entre los que destacan aquellos que establecen características procesales de los casos llevados en la jurisdicción militar. En particular, el TC sostuvo que el hecho de que los jueces militares sean oficiales en actividad designados por el poder ejecutivo afecta la autonomía y la independencia que debe caracterizar a todo magistrado, ya que no se garantiza la inamovilidad que debe tener todo juez (véase Lovatón, 2007, p. 14). De este modo, incluso en aquellos casos en que la jurisdicción militar es competente para llevar un caso, el TC argumentó que dicha jurisdicción debe asegurar que se cumplan mínimos derechos procesales como el de la independencia del juzgador. En esta sentencia, vale la pena mencionarlo, el TC reiteró el criterio de que los tribunales militares nunca pueden juzgar delitos contra los derechos humanos.

En suma, el TC (en especial a partir del 2002) asumió un rol de verdadero Tribunal Constitucional, argumentó a favor de la protección de los derechos individuales y estableció límites a actores poderosos en situaciones críticas. El contraste con la contribución casi insignificante del TGC es notable. Por supuesto, la intervención del TC en las relaciones cívico-militares del Perú no ha estado exenta de polémicas y vaivenes políticos. En particular, ante la exhortación del TC al poder legislativo a crear un nuevo código de justicia militar incluida de manera explícita en la segunda sentencia analizada en este capítulo, la respuesta legislativa no

fue la ideal: la ley 28665 y el decreto legislativo 961 efectivamente crearon un nuevo código de justicia militar y policial, pero no en el espíritu de las decisiones del TC del 2004 (véase Lovatón, 2007).

A partir de la respuesta legislativa del 2004, y hasta enero del 2013, los límites y alcances de la justicia militar peruana han sido tema de un intenso debate entre distintos actores políticos, en el que se han producido avances y retrocesos en los temas de la extensión del fuero militar y del grado de autonomía de la jurisdicción militar. Para los fines de este capítulo, lo más importante es resaltar el hecho de que estos debates no solo están fuertemente influenciados por la jurisprudencia del TC sobre el tema, sino que esta jurisprudencia, y las razones esgrimidas por el TC, han producido que el debate gire en torno a un nuevo marco de referencia: ya no el dilema seguridad vs. libertad, sino ahora los principios y valores en los que se sustenta la Constitución del Perú. Es decir, a pesar de que la jurisprudencia del TC ha sido cuestionada, el contraste entre el desempeño del TGC y del TC sobre el tema es notable: el TC no solo no ha sido un actor marginal, sino que ha logrado establecer el marco de referencia dentro del cual se toman decisiones trascendentales para la seguridad del Estado y los ciudadanos peruanos.

IV. CONCLUSIONES

En este capítulo argumentamos contra la concepción dilemática entre seguridad y libertad. Nuestro foco de atención fue el debate acerca de la debida intervención del poder judicial como regulador del uso de la fuerza pública y, en particular, del uso de la justicia militar. Defendimos que en esta área los jueces constitucionales deben dejar atrás el dilema seguridad versus libertad. Su tarea no debe ser concebida como la adjudicación entre dos partes en contraposición: quienes defienden la seguridad y por tanto la ampliación del fuero militar, y quienes defienden la libertad y por tanto la limitación del fuero. Nuestra tesis fue que una intervención positiva y fructífera de los jueces constitucionales respecto al fuero militar en contextos de inseguridad se cimenta en una concepción de la justicia constitucional como el ejercicio de delimitación y significación de los contenidos de la ley fundamental, y no como la adjudicación en la última instancia de apelación.

Para respaldar esta tesis analizamos la jurisprudencia constitucional sobre los alcances y las limitaciones de la justicia militar respecto al juzgamiento de civiles en el caso del Perú. Dimos cuenta de las respuestas que el Tribunal de Garantías Constitucionales (1980-1992) y el Tribunal Constitucional (1993-) dieron a la

pregunta ¿quién y bajo qué circunstancias puede ser procesado por la justicia militar? Mostramos que mientras que el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) desarrolló una jurisprudencia enmarcada en el dilema seguridad versus libertad, optando por la deferencia a las fuerzas armadas, el Tribunal Constitucional (TC) ha optado por una jurisprudencia que busca dar significación a los contenidos constitucionales.

Para cerrar queremos mencionar que en otros países latinoamericanos como México y Colombia las cortes constitucionales también han enfrentado este debate y que su jurisprudencia también exhibe una interesante variación que consideramos respalda nuestra tesis: tanto en México como en Colombia se han hecho avances jurisprudenciales importantes cuando las cortes han abandonado el dilema seguridad vs. libertad (véanse Ríos-Figueroa y Gómez Abán, 2013).

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B. (2002). Don't Panic: States of Emergency. *London Review of Books*, 24(3), 15-16.
- Aguirre, M. 1991. La razón principal del fracaso del TGC. *Themis*, 20, 7-12
- Bovino, A. (1998). El juzgamiento de civiles. En J. Mera Figueroa (Ed.), *Justicia militar y estado de derecho*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2003). *Informe final*. Recuperado de <http://www.cverdad.org.pe/>
- Conaghan, C. M. (2005). *Fujimori's Peru: Deception in the Public Sphere*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press.
- Defensoría del Pueblo. (1998). Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú. *Informe Defensorial*, 6, Lima.
- Eguiguren, F. (1990). *Los retos de una democracia insuficiente: Diez años de régimen constitucional en el Perú, 1980-1990*. Lima: Comisión Andina de Juristas. Fundación Friedrich Naumann.
- Epstein, L., Knight, J. y Shvetsova, O. (2002). The Role of Constitutional Courts in the Establishment of Democratic Systems of Government. *Law & Society Review*, 35(1), 117-167.
- Eto, G., Landa, C. y Palomino J. F. (1997). La justicia militar en el Perú. En G. Bidart y J. Palomino (Coords.), *Jurisdicción militar y constitución en Iberoamérica* (pp. 353-463). Lima: Editora Grijley.
- Ferejohn, J. y Pasquino, P. (2003). Constitutional Courts as Deliberative Institutions. Towards and Institutional Theory of Constitutional Justice. En W. Sadurski (Ed.), *Constitutional Justice, East and West*. Gran Bretaña: Kluwer Law International.
- Franck, T. M. (1992). Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs? En V. Jackson y M. Tushnet. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press.
- Friedman, B. (1993). Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91(4), 577-682.
- Gargarella, R. (2008). Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución. *Tribunales constitucionales y democracia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).
- Holmes, S. (2009). In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror. *California Law Review*, 97(2), 301-355.
- Kohn, R. H. (1997). How Democracies Control the Military. *Journal of Democracy*, 8(4), 140-153.
- Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra.
- López, D. E. (2009). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis. Universidad de los Andes.
- Lovatón, D. (2007). *Tribunal constitucional y reforma de la justicia militar*. Lima: Palestra.
- Pedroza de la Llave, S. (2011). La reinterpretación constitucional del fuero de guerra o militar en el marco del Estado democrático. *Cuestiones Constitucionales*, 25, 152-198.
- Posner, E. y Vermeule, A. (2007). *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*. New York: Oxford University Press.
- Przeworski, A. (2010). *Democracy and the Limits of Self Government*. New York: Cambridge University Press.
- Ríos, J. y Gómez M. F. (2013). Judicial Intervention in Civic-Military Relations: Not Whether but How. Evidence from Colombia and Mexico. En T. Ginsburg y R. Peerembon (Eds.), *Law and Development in Middle Income Countries*. New York: Cambridge University Press.

-San Martín, C. (2006). *Derecho Procesal Penal*, 2^a ed., tomo II, Lima: Grijley.

Shapiro, M. (2002). The Giving Reasons Requirement. En M. Shapiro y A. Stone Sweet (Eds.), *On Law, Politics & Judicialization*. New York: Oxford University Press.

Sentencias

1. 1983. Caso Huaracha (citado en Eguiguren, 1990, 63). -
2. 1983. Caso Ángela Horna (citado en Eguiguren 1990, 63)
3. Febrero 12, 1997. Exp. 01-97-SAS-HC.
4. Junio 19, 1998. Exp. 585-96-HC-TC.
5. Enero, 1999. Exp. 934-1998-HC-TC.
6. Diciembre 10, 1999. Exp. núm. 1131-1999/HC/TC.
7. Junio 20, 2002. Exp. núm. 1154-2002-HC/TC.
8. Octubre 17, 2002. Exp. núm. 2302-2002-HC/TC.
9. Marzo 16, 2004. Exp. núm. 0017-2003-AI/TC.
10. Junio 9, 2004. Exp. núm. 0023-2003-AI/TC.
11. Abril 17, 2006. Exp. núm. 004-2006-AI/TC.
12. Junio 13, 2006. Exp. núm. 006-2006-AI/TC.
13. Diciembre 15, 2006. Exp. núm. 012-2006-AI/TC.
14. Diciembre 4, 2009. Exp. núm. 01-2009-PI/TC.

OTRA HISTORIA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS: LA VIOLENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sandra Serrano*

INTRODUCCIÓN

La relación entre la violencia y los derechos humanos no es evidente, aunque al recordar la situación de las prisiones, la extrema pobreza, la desigualdad social o las desapariciones forzadas perpetradas en las dictaduras militares, bien podríamos considerar estas conductas como hechos violentos contra los seres humanos. No identificar las violaciones de los derechos como actos violentos ha llevado al olvido de las personas y con ello a una especie de permisibilidad del sufrimiento, por ejemplo, hacia los detenidos en Guantánamo o hacia los *descabezados* en Tamaulipas o los levantados a lo largo de todo México. Este capítulo propone restablecer la relación entre la violencia y las violaciones de los derechos humanos, con el fin de impedir que la falta de consideración sobre el daño al ser humano nos haga inmunes al sufrimiento y con ello perdamos el espacio ganado hasta ahora por los derechos humanos.

Con este objetivo, la parte I del capítulo desarrolla la relación entre la violencia y las violaciones de los derechos humanos, mientras que las partes II, III y IV se dedican al análisis de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en cuanto órgano principal jurisdiccional de protección en América Latina, para verificar en su producción de derechos la forma en que al incorporar la violencia como una variable de las violaciones redimensiona los derechos humanos y, más importante aún, establece la centralidad de la víctima como el elemento esencial de la protección de esos derechos. Esto se logra a partir del examen de tres factores en las sentencias: (1) el paso de las violaciones individuales a las violaciones sistemáticas de los derechos humanos; (2) la consideración de las violaciones en contextos de violencia, y (3) la mirada hacia los que sufren la violencia, las víctimas de las violaciones de los derechos humanos. Por último, en la parte V se presentan unas conclusiones breves.

* Profesora investigadora de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), sede México. La autora agradece a Sofía Cardona su apoyo para la elaboración de este capítulo.

