



Lima, veinticuatro de julio de dos mil trece.

VISTOS; Oído el informe oral en audiencia pública; los recursos de nulidad interpuestos por (i) el señor Fiscal Adjunto Superior de Lima, especializado en delitos de corrupción de funcionarios; (ii) la parte civil, que representa a los familiares de los agraviados Víctor Salomón Peceros Pedraza y Herma Luz Meléndez Cueva; y, (iii) la parte civil que representa a los familiares del agraviado Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, contra la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima de fojas veinticinco mil ochocientos treinta y seis, del quince de octubre de dos mil doce, en cuanto:

1. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra de la acusación fiscal formulada contra ellos por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo 108, inciso 3, del Código Penal) en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza; y
2. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra de la acusación fiscal formulada contra ellos por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo 108, inciso 3, del Código Penal) en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

§ 1. Aspecto central del proceso jurisdiccional

PRIMERO. Que el proceso objeto del presente recurso de nulidad está referido a la operación militar de rescate de los rehenes de la residencia del embajador de Japón acaecida en horas de la tarde –quince horas con veintisiete minutos–, del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete, cuyos actos precedentes se refieren a la incursión terrorista de catorce integrantes del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru –en adelante, MRTA–, respectivamente armados, llevada a cabo a las veintidós horas con veinte minutos del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis en la residencia del embajador del Japón, ubicada en la calle Tomás Alva Edison número doscientos diez - San Isidro, donde se celebraba una recepción con motivo del natalicio del Emperador Akihito, con la concurrencia de numerosos altos funcionarios y dignatarios públicos, diplomáticos acreditados en el Perú, entre otras personalidades e invitados. Del conjunto de personalidades retenidas, finalmente quedaron en cautiverio setenta y dos personas.

Como consecuencia de la operación militar, también denominada “Chavín de Huantar”, en la que participaron ciento cuarenta y dos comandos de las Fuerzas Armadas –cuyo núcleo fue la Primera División de las Fuerzas Especiales del Ejército Peruano; en adelante, DIVFFEE–, y también efectivos de la Marina de Guerra del Perú bajo la calificación de “Patrulla Tenaz”, en términos de afectaciones personales, por armas de fuego y granadas, tenemos:

- * Fallecidos (total: diecisiete personas).
 - A.** Los catorce miembros del MRTA:
 - 1. Alejandro Huamaní Contreras (NN01)
 - 2. Adolfo Trigozo Torres o Adolfo Trigozo Torres (NN02)
 - 3. Roli Rojas Fernández (NN03)
 - 4. Edgar Huamaní Cabrera (NN04)
 - 5. Víctor Luber Luis Cáceres Taboada (NN05)
 - 6. Néstor Fortunato Cerpa Cartolini (NN06)
 - 7. Iván Meza Espíritu (NN07)
 - 8. Artemio Shingari Rosque o Artemio Shingari Quinchocre (NN08)
 - 9. Víctor Salomón Peceros Pedraza (NN09)
 - 10. Herma Luz Meléndez Cueva (NN10)
 - 11. Bosco Honorato Salas Huamán (NN11)
 - 12. Luz Dina Villoslada Rodríguez (NN12)
 - 13. Eduardo Nicolás Cruz Sánchez (NN14)
 - 14. No identificado (NN13).
 - B.** Un rehén:
 - 1. El Juez Supremo Ernesto Giusti Acuña.
 - C.** Dos efectivos militares:
 - 1. Teniente Coronel EP Juan Valer Sandoval
 - 2. Teniente EP José Jiménez Chávez.
- * Heridos por proyectiles por arma de fuego o granadas (total: veinte personas).
 - A.** Cinco rehenes:
 - 1. Juez Supremo Luis Serpa Segura
 - 2. Juez Supremo Mario Antonio Urrelo Álvarez
 - 3. Ex canciller Francisco Tudela van Breugel Douglas
 - 4. Mayor EP Héctor García Chávez
 - 5. Mayor EP Renán Miranda Vera.
 - B.** Quince comandos:
 - 1. Mayor EP Oscar David Vargas Ramos
 - 2. Mayor EP Eduardo Martínez Ponce
 - 3. Mayor EP Héctor García Chávez
 - 4. Capitán EP Jorge Félix Díaz
 - 5. Capitán EP Alfredo Tackas Cordero
 - 6. Capitán EP Jesús Vera Ipinza
 - 7. Capitán EP Oscar Vargas Ramos
 - 8. Teniente EP Raúl Cruz Vargas
 - 9. Teniente EP Ricardo Camino Antúnez de Mayolo
 - 10. Teniente EP Ricardo Aníbal Benavides Febres
 - 11. Teniente EP Julio Manuel Díaz León
 - 12. Teniente EP José Béjar Alarcón
 - 13. Oficial de Mar de Segunda AP Silvestre Castro Herrera
 - 14. Oficial de Mar de Segunda AP Walter Morales Rojas
 - 15. Suboficial de Primera EP Silvestre Castro Herrera

Los cargos objeto de la acusación, enjuiciamiento y recurso de nulidad estriban en que –según la Fiscalía y la parte civil que representa a los secuestradores agraviados y fallecidos– se dio muerte a tres de los emerretistas, que habían tomado la residencia del embajador del Japón y tenían en cautiverio a los setenta y dos rehenes, pese a que habían sido capturados y estaban rendidos. Estos son: Herma Luz Meléndez Cueva, Víctor Salomón Peceros Pedraza, y Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

§ 2. *Itinerario del procedimiento en las fases de instrucción e intermedia*

SEGUNDO. Que en sede de instrucción cabe resaltar lo siguiente:

1. La Fiscalía Provincial Especializada de Lima cursó el oficio número cero cero uno guión dos mil uno guión FPE guión MP guión FN, del cuatro de enero de dos mil uno, de fojas mil trescientos doce, mediante el cual disponía que la Policía Nacional investigue los hechos expuestos en la denuncia de fojas mil trescientos catorce, de esa misma fecha, formulada por María Genara Fernández Rosales contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Julio Salazar Monroe y quienes resulten responsables por delito de homicidio calificado en agravio de su hijo Roli Rojas Fernández y otros integrantes del MRTA. Asimismo, con fecha diecinueve de enero de dos mil uno envió el oficio número cero cero uno guión dos mil uno diagonal FPE guión MP guión FN, de fojas mil trescientos diecinueve, y expidió igual mandato adjuntando la denuncia de fojas mil trescientos veintiuno interpuesta por Eligia Rodríguez de Villoslada, de fecha dieciocho de enero de ese mismo año, contra Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Julio Salazar Monroe y quienes resultaran responsables por el delito de homicidio calificado en agravio de Luz Dina Villoslada Rodríguez, miembro del MRTA. Por último, con fecha doce de marzo del mismo año dos mil uno, la Fiscalía Provincial Especializada de Lima expidió el oficio número cero cero uno guión dos mil uno diagonal FPE guión MP guión FN, por el que anexaba la denuncia presentada por Américo Gilvonio Conde y María Lucero Cumpa Miranda de fojas mil trescientos sesenta y cinco, del veintiocho de diciembre de dos mil, contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos y los que resultaran responsables por delito de homicidio calificado en agravio de Eduardo Cruz Sánchez y otros.
2. La Policía Nacional, con motivo de las averiguaciones que realizó con intervención del Ministerio Público, emitió el Atestado número cero cuatro guión DIRPOCC guión DIVAMP guión PNP de fojas uno, de fecha dos de mayo de dos mil dos, enviado a la Fiscalía Provincial Especial de Lima el ocho de mayo de dos mil dos. La citada Fiscalía formalizó denuncia penal (fojas tres mil novecientos treinta y siete, del veinticuatro de mayo de dos mil dos) contra: 1. Vladimiro Montesinos Torres, 2. Nicolás de Bari Hermoza Ríos, 3. Roberto Edmundo Huamán Ascurra, 4. Jesús Salvador Zamudio Aliaga, 5. Augusto Jaime Patiño, 6. José Williams Zapata, 7. Luis Rubén Alatriza Rodríguez, 8. Carlos Alberto Tello Aliaga, 9. Hugo Víctor Robles del Castillo, 10. Víctor Hugo Sánchez Morales, 11. Raúl Huarcaya Lovón, 12. Walter Martín Becerra Noblecilla, 13. José Alvarado Díaz, 14. Manuel Antonio Paz Ramos, 15. Jorge Félix Díaz, 16. Juan Carlos

- Moral Rojas, 17. Tomás César Rojas Villanueva, 18. Jorge Orlando Fernández Robles y 19. Leonel Cabrera Pino, por delito de homicidio calificado en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza. Asimismo, denunció a: 20. Juan Fernando Dianderas Ottone, 21. Martín Fortunato Luis Solari de la Fuente y 22. Herbert Danilo Ángeles Villanueva, por delito de encubrimiento real en agravio del Estado.
3. El Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, mediante auto de fojas cuatro mil ciento setenta y tres, del once de junio de dos mil dos, abrió instrucción en la vía ordinaria contra: 1. Vladimiro Montesinos Torres, 2. Roberto Edmundo Huamán Acurra, 3. Augusto Jaime Patiño, 4. José Williams Zapata Villanueva, 5. Luis Rubén Alatrística Rodríguez, 6. Carlos Alberto Tello Aliaga, 7. Hugo Víctor Robles del Castillo, 8. Víctor Hugo Sánchez Morales, 9. Raúl Huarcaya Lovón, 10. Walter Martín Becerra Noblecilla, 11. José Alvarado Díaz, 12. Manuel Antonio Paz Ramos, 13. Jorge Félix Díaz, 14. Juan Carlos Moral Rojas y 15. Tomás César Rojas Villanueva, por delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal), en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza; contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Acurra, Augusto Jaime Patiño, José Williams Zapata, Luis Alatrística Rodríguez, Carlos Tello Aliaga, Benigno Leonel Cabrera Pino, Jorge Orlando Fernández Robles y Jesús Zamudio Aliaga, por delito de homicidio calificado en agravio de Edmundo Nicolás Cruz Sánchez. De otro lado, en esa misma resolución declaró no ha lugar a abrir instrucción contra: (i) Hugo Víctor Robles del Castillo, Víctor Hugo Sánchez Morales, Raúl Huarcaya Lovón, Walter Martín Becerra Noblecilla, José Alvarado Díaz, Manuel Antonio Paz Ramos, Jorge Félix Díaz, Juan Carlos Morales Rojas, Tomás César Rojas Villanueva por delito de homicidio calificado, en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez; (ii) Benigno Leonel Cabrera Pino, Jorge Orlando Fernández Robles y Jesús Zamudio Aliaga por delito de homicidio calificado en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza; y, (iii) Juan Fernando Dianderas Ottone, Martín Fortunato Luis Solari de la Fuente y Herbert Danilo Ángeles Villanueva por delito de encubrimiento real en agravio del Estado [expediente número veinticuatro guión dos mil dos].
 4. El último extremo denegatorio fue revocado por el auto de vista de fojas doce mil seiscientos cuatro, del dos de abril de dos mil tres.
 5. Independientemente, en cuaderno aparte, por auto de fojas diez mil ochocientos cincuenta, del uno de octubre de dos mil tres, aclarado por auto de fojas diez mil ciento treinta y dos, del treinta de octubre de dos mil tres, el citado Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, en cumplimiento de la orden del Tribunal Superior, abrió instrucción en la vía sumaria contra Juan Fernando Dianderas Ottone, Martín Fortunato Luis Solari de la Fuente y Herbert Danilo Ángeles Villanueva por delito de encubrimiento real en agravio del Estado [expediente número veinticuatro guión dos mil tres].
 6. Ambos procesos penales (veinticuatro guión dos mil tres y diecinueve guión dos mil dos) se acumularon mediante auto de fojas siete mil setecientos cuarenta, del

doce de agosto de dos mil tres, por decisión del auto de vista de fojas siete mil setecientos diecisiete, del veintiuno de julio de dos mil tres.

7. En atención a que la jurisdicción militar inició proceso penal por los mismos hechos, se produjo un conflicto de jurisdicción, resuelto por este Supremo Tribunal –Sala Penal Transitoria– mediante Ejecutoria Suprema de fojas cinco mil seiscientos cincuenta y nueve, del dieciséis de agosto de dos mil dos. Se resolvió: (i) que la instrucción seguida en la jurisdicción castrense continúe y que el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima remita a la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar copia certificada de todo lo actuado en la instrucción seguida contra Augusto Jaime Patiño y otras catorce personas; y, (ii) que permanezca en la jurisdicción penal ordinaria el conocimiento de los hechos atribuidos a Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Ascurra y Jesús Zamudio Aliaga. Por auto de fojas cinco mil seiscientos sesenta y seis, del nueve de setiembre de dos mil dos, el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima cumplió con lo ordenado por la Sala Penal Transitoria de esta Corte Suprema.
8. Por autos de fojas cuatro mil setecientos cuarenta, del once de julio de dos mil dos, se tiene por constituida en parte civil a Edgar Odón Cruz Acuña, padre del agraviado Eduardo Nicolás Cruz Sánchez; y, de fojas cinco mil quinientos setenta, del cuatro de setiembre de dos mil dos, se tiene por constituida en parte civil a Nemesia Pedraza Chávez, madre del agraviado Salomón Víctor Peceros Pedraza. Herma Luz Cueva Torres, madre de la agraviada Meléndez Cueva, se constituyó en parte civil por escrito de fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, del quince de julio de dos mil dos, pero se le requirió acreditar su entroncamiento, lo cual se probó con la partida de nacimiento de fojas seis mil ciento ochenta, con lo que se da por recibida la referida partida por resolución de fojas seis mil ciento ochenta y dos, del veintiséis de diciembre de dos mil dos, aunque la resolución antes citada expresamente no la constituya en parte civil. La secuencia procesal glosada, y en aras de la garantía de tutela jurisdiccional, obliga a entender que Herma Luz Cueva Torres es parte civil en esta causa.
9. Por auto de fojas diez mil ochocientos sesenta y uno, del tres de octubre de dos mil tres, el Estado fue constituido como tercero civilmente responsable.

TERCERO. Que culminada la fase de instrucción, el señor Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Lima mediante requerimiento de fojas doce mil trescientos veinticuatro, del veintidós de setiembre de dos mil seis, formuló acusación contra:

1. Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra como autores mediatos del delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal) en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.
2. Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Ascurra y Jesús Salvador Zamudio Aliaga como autores mediatos del delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal) en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

3. Hebert Danilo Ángeles Villanueva como autor inmediato y Martín Fortunato Luis Solari de la Fuente y a Juan Fernando Dianderas Ottone como autores mediatos, del delito de encubrimiento real en agravio del Estado.
4. El señor Fiscal Superior solicitó se imponga a Vladimiro Montesinos Torres veinte años de pena privativa de libertad, a Nicolás de Bari Hermoza Ríos dieciocho años de pena privativa de libertad, y a Roberto Edmundo Huamán Ascurra y Jesús Salvador Zamudio Aliaga quince años de pena privativa de Libertad. Como reparación civil a favor de los herederos legales de cada uno de los agraviados, pidió la suma de quinientos mil nuevos soles, que abonarán en forma solidaria con el Estado.
5. También solicitó se imponga a Solari de la Fuente tres años de pena privativa de libertad, a Ángeles Villanueva cuatro años de pena privativa de libertad, y a Dianderas Ottone cinco años y cuatro meses de pena privativa de libertad, e inhabilitación. De igual manera, fijó en quinientos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que solidariamente deben abonar a favor del Estado.

CUARTO. Que la Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima por autos de fojas doce mil seiscientos sesenta y uno, del treinta y uno de agosto de dos mil seis, y de fojas doce mil seiscientos setenta y cuatro, del veinte de octubre de dos mil seis, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada, en el primer caso, contra Dianderas Ottone y Solari de la Fuente y, en el segundo caso, contra Ángeles Villanueva, por delito de encubrimiento real en agravio del Estado.

QUINTO. Que la mencionada Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima dictó el auto superior de enjuiciamiento de fojas doce mil seiscientos noventa y ocho, del veintiuno de noviembre de dos mil seis, contra Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra como autores mediatos del delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal) en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza; y, contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Ascurra y Jesús Salvador Zamudio Aliaga, como autores mediatos del delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal) en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

Por auto de fojas diecinueve mil ciento cincuenta y nueve, del cinco de julio de dos mil diez, el proceso en atención a su entidad y dificultad fue declarado complejo.

§ 3. Itinerario del procedimiento en la fase de enjuiciamiento

SEXTO. Que el juicio oral se interrumpió o quebró en dos oportunidades. El primer auto de citación a juicio –de fojas doce mil setecientos sesenta y ocho, del tres de abril de dos mil siete– dio lugar a la audiencia que se inició el dieciocho de mayo de dos mil siete (fojas doce mil ochocientos setenta y ocho) y la última sesión –la centésima décima séptima– tuvo lugar el veinticinco de setiembre de dos mil nueve (fojas dieciocho mil quinientos noventa y nueve). Formalmente se declaró quebrado dicho juicio por auto de fojas dieciocho mil seiscientos veintiséis, del quince de octubre de

dos mil nueve, en atención a que se produjo un cambio de los jueces superiores integrantes de la Sala de Juzgamiento.

El segundo auto de citación a juicio –de fojas dieciocho mil seiscientos setenta y dos, del siete de enero de dos mil diez– determinó la audiencia que se inició el diecinueve de marzo de dos mil diez (fojas dieciocho mil ochocientos seis) y la última sesión –la cuadragésima séptima– se realizó el cuatro de mayo de dos mil once (fojas veinte mil doscientos veintiocho). Dicho juicio se declaró formalmente quebrado mediante resolución de fojas veinte mil doscientos sesenta y cinco, del veinte de mayo de dos mil once, en mérito a que una juez superior se enfermó y no fue posible designar a otro juez.

SÉPTIMO. Que el juicio oral definitivo se inició, previo auto de citación a juicio de fojas veinte mil doscientos sesenta y cinco, del veinte de mayo de dos mil once, el día uno de junio de dos mil once. Se realizaron ciento nueve sesiones hasta el cinco de octubre de dos mil doce (fojas veinticinco mil ochocientos veinte), fecha en que se clausuró el debate. La sentencia de instancia se expidió el día lunes quince de octubre de dos mil doce [fojas veinticinco mil ochocientos treinta y seis].

Cabe puntualizar que ante los problemas del enjuiciamiento de esta causa el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa Número ciento cuarenta y seis guión dos mil once guión CE guión PJ, del cinco de mayo de dos mil once, dispuso que la referida Sala Penal competente se dedique a exclusividad al conocimiento del juicio.

Esta sentencia, por mayoría, contiene la siguiente parte resolutive:

1. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra de la acusación fiscal formulada en su contra por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal) en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.
2. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra de la acusación fiscal formulada en su contra por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal) en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.
3. RESERVÓ el juzgamiento contra el acusado contumaz Jesús Salvador Zamudio Aliaga.
4. ELEVÓ copia certificada de lo actuado a la Fiscalía Suprema en lo Penal para que se dispongan las investigaciones correspondientes que determinen al autor o autores materiales del delito de homicidio calificado en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

§ 4. Del contenido fáctico de la acusación fiscal y la sentencia de instancia

OCTAVO. Que el Señor Fiscal, en su acusación escrita de fojas doce mil trescientos veinticuatro, del veintidós de setiembre de dos mil seis, define los siguientes hechos penalmente relevantes:

1. El día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, como a las veintidós horas con veinte minutos, catorce miembros del MRTA, dirigidos por Néstor Cerpa Cartolini (a) “Evaristo”, premunidos de armamento de guerra y granadas, incursionaron violentamente en la residencia del embajador del Japón Morihisa Aoki y, finalmente, tomaron como rehenes a setenta y dos invitados, entre ministros de Estado, congresistas, jueces supremos, otros altos funcionarios públicos, miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, diplomáticos y otros invitados, peruanos y extranjeros. Sus demandas eran: (i) liberación de los miembros del MRTA encarcelados, (ii) cambios en la política económica del gobierno, (iii) traslado de los emerretistas liberados y de ellos mismos a la selva central, y (iv) pago de un “impuesto de guerra”.
2. Paralelamente a las negociaciones en aras de una solución pacífica a la toma de la residencia del embajador del Japón, a cargo de una Comisión de Alto Nivel, el entonces presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori ordenó al presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas –en adelante, CCFFAA–, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, al asesor presidencial y jefe real del Servicio de Inteligencia Nacional –en adelante, SIN–, Vladimiro Montesinos Torres, y otros altos militares, la elaboración de un Plan Operativo Militar de contingencia o de rescate de los rehenes y toma de la residencia del embajador japonés, a cuyo efecto se instituyó un Centro de Operaciones Tácticas –en adelante, COT–. La preparación del Plan fue elaborado, por orden superior, por el Comandante General de la Primera División de Fuerzas Especiales del Ejército, general de brigada EP Augusto Jaime Patiño, también jefe del COT. Este, a su vez, encomendó su ejecución al coronel de infantería EP José Williams Zapata, quien tenía como adjuntos al coronel Ejército Peruano Luis Alatriza Rodríguez y al capitán de fragata AP Carlos Tello Aliaga, a partir de los cuales se elaboró el Plan de Operaciones Nipón noventa y seis, conocido luego como “Chavín de Huantar”.
3. Ese Plan de Operaciones comprendía, luego de la jefatura a cargo del general Jaime Patiño, un segundo nivel de comando: coronel de infantería Alfredo Reyes Távara, mayor de infantería Jaime Muñoz Oviedo, coronel de infantería Paul da Silva Gamarra, coronel de infantería Edmundo Díaz Calderón, y capitán de comunicaciones José Fernández Fernández. Bajo el mando del coronel de infantería José Williams Zapata se formó la Unidad Contra Terrorista denominada “Patrulla Tenaz”, que se erigió en un tercer nivel de comando, el cual tenía como adjuntos al coronel de infantería Luis Alatriza Rodríguez y al capitán de fragata AP Carlos Tello Aliaga, y estaba integrado por ciento cuarenta y dos comandos, acuartelados y entrenados en la réplica de la residencia en el Cuartel de Chorrillos.
4. La “Patrulla Tenaz” se dividió en dos grupos, subdivididos a su vez en cuatro equipos. El Grupo de Asalto Alfa –encargado de dominar el primer piso de la residencia y rescatar a los rehenes que permanecían en ese lugar– tenía como jefe al coronel de infantería Benigno Leonel Cabrera Pino y como adjunto al teniente coronel de infantería Jorge Orlando Fernández Robles. El Grupo de Asalto Delta –encargado de dominar el segundo piso de la residencia y rescatar a los rehenes que permanecían en ese lugar– tenía como jefe al coronel de infantería Hugo

Víctor Robles del Castillo y como adjuntos a los mayores de infantería Víctor Hugo Sánchez Morales y Renán Miranda Vera.

5. El Grupo de Asalto Alfa se subdividió en cuatro Equipos: 1. El equipo Alfa uno al mando del mayor de infantería César Augusto Astudillo Salcedo. 2. El equipo Alfa dos al mando del capitán de ingeniería Héctor García Chávez. 3. El equipo Alfa tres al mando del mayor de infantería Carlos Vásquez Ames. 4. El equipo Alfa cuatro al mando del mayor de ingeniería Raúl Pajares del Carpio. El Grupo de Asalto Delta, igualmente, se subdividió en cuatro Equipos: 1. El equipo Delta cinco al mando del mayor de infantería Luis Alberto Donosso Volpe. 2. El equipo Delta seis al mando del capitán de infantería Ciro Alegría Barrientos. 3. El grupo Delta siete al mando del capitán de infantería Armando Takac Cordero. 4. El grupo Delta ocho al mando del capitán de infantería Raúl Huarcaya Lovón.
6. Para la ejecución del Plan de Operaciones se contó, además, con el apoyo de otros siete grupos. 1. El Grupo de Francotiradores a cargo del mayor de ingeniería José Bustamante Albújar. 2. El Grupo de Seguridad al mando del teniente coronel de infantería Juan Chávez Núñez, subdividido en dos equipos. 3. El Grupo de Apoyo y Evacuación al mando del teniente coronel de infantería Juan Chávez Núñez, subdividido en tres equipos: A) Al mando del teniente coronel de infantería César Díaz Peche. B) Al mando del teniente coronel de infantería Roger Zevallos Rodríguez. C) Al mando del mayor de artillería José Flor Marca. 4. El Grupo de Personal de las casas aledañas al mando del teniente coronel EP Jesús Salvador Zamudio Aliaga –su misión era brindar seguridad a los diferentes inmuebles aledaños a la residencia y alquilados para la operación de rescate, y por orden del teniente coronel EP, integrante del SIN, Roberto Edmundo Huamán Ascurra–. 5. El Grupo de Personal de Seguridad de las calles aledañas, a cargo del coronel PNP Jesús Artemio Konja Chacón. 6. El Grupo Personal del SIN, al mando de Vladimiro Montesinos Torres –tenía a su cargo las labores de explotación de la información que se obtenía secretamente del interior de la residencia; interceptación de comunicaciones telefónicas, introducción de micrófonos y grabación de las actividades de los subversivos y rehenes; y formulación de la réplica de la residencia del embajador del Japón, tomas fotográficas, filmaciones y apoyo logístico a los que participarían en la operación militar–. 7. El Grupo de Personal SIN-DIE, encargado del traslado de los rehenes y comandos heridos a los hospitales de la Policía Nacional y Ejército Peruano.
7. La operación de rescate se inició el día veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete a las quince horas, al tener comunicación interna –del rehén y vicealmirante AP Luis Giampietri Rojas– de que la vigilancia del inmueble estaba a cargo de un solo subversivo. El Grupo de Demolición de la Marina de Guerra inició su labor de conmoción y los Grupos Alfa y Delta, de la Patrulla Tenaz, iniciaron en simultáneo su incursión prestamente en la primera y segunda plantas del predio.
8. Es de destacar que en el segundo piso los integrantes del Equipo Delta ocho –que ingresaron por el balcón del cuarto signado con la letra “I”–, lugar donde encontraban varios rehenes, entre ellos el secretario de la embajada Hidetaka Ogura, se produjo un enfrentamiento con los terroristas agraviados Peceros

Pedraza y Meléndez Cueva cuando se acercaban armados a la zona de evacuación. Quienes se enfrentaron con los citados subversivos fueron el capitán de infantería Raúl Huarcaya Lovón y el capitán de ingeniería Walter Martín Becerra Noblecilla.

9. Sin embargo, conforme con la declaración de Hidetaka Ogura tal enfrentamiento no se produjo, pues los terroristas agraviados fueron capturados vivos, de lo que se colige que fueron victimados cuando se hallaban rendidos. Los cadáveres se encontraron en el citado cuarto “I”. Por otra parte, acorde con la declaración del mayor de infantería Luis Alberto Donoso Volpe, durante el enfrentamiento con los terroristas, luego de producido este, uno de los comandos se encargaba de verificar si alguno se encontraba con vida y de acuerdo a la técnica ya trazada efectuar el tiro de seguridad. Por tanto, se actuó bajo las directivas impartidas por los altos mandos: Fujimori Fujimori, Hermoza Ríos y Montesinos Torres.
10. Los rehenes del cuarto signado con la letra “H”: Serpa Segura, Urrelo Álvarez, Montes de Oca Begazo, Pantoja Rodolfo, Tsuboyama Matsuda y Garrido Garrido fueron conducidos a través de los túneles al jardín de la denominada Casa número Uno, donde se encontraba el Técnico EP Manuel Túllume Gonzales –que filmaba dicha escena–. Igualmente, pasaron a dicho espacio los rehenes del cuarto “I”, el testigo Hidetaka Ogura y otros funcionarios japoneses. En esas circunstancias, uno de los liberados, no identificado, alertó que entre los rehenes se encontraba un subversivo –que era el agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito” –, por lo que los suboficiales PNP Raúl Reyes Robles Reynoso y Marcial Teodorico Torres Arteaga, miembros del SIN, lo capturaron y por radio comunicaron el suceso al jefe del Grupo de Personal de las casas aledañas, teniente coronel EP Jesús Salvador Zamudio Aliaga, quien ordenó –al decir de ambos efectivos policiales– que un efectivo se acercaría a recogerlo, lo que en efecto ocurrió: un comando se llevó al terrorista agraviado al interior de la residencia. No obstante, fue encontrado muerto sobre una plataforma de concreto ubicada en la parte posterior del pasadizo exterior de la residencia, colindante con la casa de la Cooperación Técnica Alemana y la Casa número uno, con un impacto por proyectil por arma de fuego con orificio de entrada en la región posterior del cuello y salida en la región lateral derecha de la cabeza. La detención del terrorista agraviado Cruz Sánchez también fue presenciada por el diplomático japonés Hidetaka Ogura, por lo que su muerte se imputa al teniente coronel EP Zamudio Aliaga, quien siguió la cadena de mando militar.
11. Existió una cadena de mando militar y una cadena de mando paralela. La primera que integraba la Patrulla Tenaz, bajo la autoridad del Jefe de la Unidad de Intervención, coronel EP Williams Zapata, y el jefe del COT, general EP Jaime Patiño, quien a su vez daba cuenta al Presidente del Comando Conjunto general EP Hermoza Ríos, el cual finalmente coordinaba con el jefe real del SIN Montesinos Torres y el Presidente de la República Fujimori Fujimori. La segunda, la cadena paralela, a cargo de las ejecuciones extrajudiciales, bajo la dirección del Presidente Fujimori Fujimori, el general EP Hermoza Ríos, el Jefe real del SIN Montesinos Torres, el cual se comunicaba con el teniente coronel EP Huamán Ascurra, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga y el personal del SIN.

12. Por lo demás, no se previó en la ejecución de la operación capturar con vida a ningún emerretista. Ningún comando contaba con instrumentos para reducir y trasladar terroristas de un lugar a otro. Además, se tenía que aplicar la táctica del “Tiro Instintivo Selectivo” –en adelante, TIS–. La Fiscalía Superior agrega que el acusado ausente Zamudio Aliaga reportaba cualquier incidente a través de la cadena de mando paralela, la que era conocida por el general EP Jaime Patiño y el coronel Williams Zapata; que los comandos contaban con radios portátiles que permitían la comunicación con su cadena de mando militar; que, por ello, la información entre todos ellos era posible.

NOVENO. Que el Fiscal Adjunto Superior en la acusación oral de fojas veinte mil cuatrocientos setenta, del seis de julio de dos mil once, insiste en la ejecución extrajudicial de los tres terroristas agraviados: los dos primeros en el segundo piso de la residencia del embajador del Japón Narihisa Aoki, y el último en el primer piso de la residencia, en la parte exterior. La técnica del “TIS” consiste –a partir de la versión del coronel EP Williams Zapata– en efectuar tres disparos en dos segundos a las partes vitales del adversario: cabeza y tronco, y luego un tiro de seguridad o de remate en la cabeza del enemigo para asegurarse que esté fuera de combate. Además, cada Unidad y Equipo de la Patrulla Tenaz fue asignado a una tarea y zona específica, a fin de evitar fuego cruzado y un desorden en la operación de rescate.

Por otra parte, ratificada la existencia de una cadena de mando paralela, conocida por los altos mandos (Fujimori Fujimori, Hermoza Ríos, Montesinos Torres, Jaime Patiño, Williams Zapata), que un nivel intermedio integraba los tenientes coroneles EP, miembros del SIN, Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. Montesinos Torres y Huamán Ascurra, todos ellos participaron tanto en los actos preparatorios como en la ejecución del Plan de Operaciones, y más aun en la fase posterior para procurar la desaparición de las huellas y pruebas del delito. Esta cadena de mando paralela tuvo injerencia directa, de facto, en la cadena de mando militar: las muertes de los tres terroristas capturados vivos lo prueban. Los superiores de la cadena de mando militar conocieron de lo ocurrido al tener conocimiento de la captura de los tres terroristas y, por tanto, no fueron ajenos a su muerte.

Finalmente, reitera que los acusados tuvieron el dominio funcional, a título de autoría mediata, del asesinato de los tres terroristas agraviados y decidieron su muerte. Además, se siguió un esquema que impidió a los forenses y personal médico cumplir con su misión: extraer muestras orgánicas para la realización de pericias auxiliares, tomar fotografías y realizar filmaciones, así como acceder inmediatamente al teatro de los hechos.

DÉCIMO. Que la sentencia de instancia de fojas veinticinco mil ochocientos treinta y seis, del quince de octubre de dos mil doce, apartándose de la acusación fiscal estableció lo siguiente:

1. En cuanto a los emerretistas agraviados Meléndez Cuevas y Peceros Pedraza señaló: **A)** Que ambos agraviados murieron en combate, para lo cual existe la admisión de dos comandos que admiten haberles dado muerte en combate cuando los terroristas ingresaron armados al cuarto “I” en el momento en que se realizaba

- la evacuación de los rehenes japoneses. **B)** Que todos los terroristas muertos presentan gran número de disparos, al igual que Meléndez Cuevas y Peceros Pedraza, lo que se debe a que los comandos se desplazaban en pareja por los ambientes de la residencia y efectuaban disparos al observar a un terrorista. **C)** Que las pericias no determinan la consecución de los disparos, por lo que no se puede determinar cuál de ellos fue de necesidad mortal. **D)** Que la única versión inculpativa es la Hidetaka Ogura, quien no tuvo la visión suficiente para ver que los dos agraviados se rendían (la escalera metálica colocada en el balcón, por donde descendían los rehenes liberados, no permite observar claramente el cuarto en referencia).
2. Respecto al emerretista agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito” puntualizó: **A)** Que fue detenido cuando había terminado el combate en la residencia, y los rehenes de los cuartos “H” e “I” ya se encontraban evacuados y esperaban ser recogidos en la casa aledaña número 01. **B)** Que el agraviado fue detenido por dos efectivos policiales, miembros del SIN. **C)** Que la frecuencia del sistema de comunicaciones solo permitía contactos entre los miembros del SIN, por lo que los efectivos policiales Robles Reynoso y Torres Arteaga solo podían comunicarse con su superior jerárquico, con el teniente coronel EP Zamudio Aliaga, y éste con aquellos. **D)** Que las pericias acreditan que el agraviado falleció a causa de un solo disparo, calibre nueve milímetros, en la cabeza, que se produjo a una distancia entre sesenta centímetros a seis o siete metros; además, el cuerpo, al momento del impacto, tuvo una movilidad casi nula o la cabeza un tanto gacha.
 3. En lo atinente a la existencia de una cadena de mando paralela estipuló: **A)** Que no se probó la realidad de una cadena de mando paralela, además entre la “Patrulla Tenaz” y los miembros del SIN no existió una única comunicación radial, ni entre ellos medió disposiciones u órdenes de acatamiento u obediencia. **B)** Que de constar tal cadena de mando paralela, tal situación sería de conocimiento, además, de los miembros de la “Patrulla Tenaz”, lo que ha sido negado por ellos. **C)** Que la directiva para eliminar a todos los terroristas secuestradores una vez rendidos pondría en cuestión al éxito de la operación militar y complicaría al Perú en la escena internacional, a propósito de las conversaciones realizadas con varios países en el marco de un proceso de negociación. **D)** Que el desarrollo de la operación militar obligaba acciones bajo los factores de rapidez y sorpresa, que impedían una intervención de los superiores jerárquicos y menos de personas ajenas a la operación al momento mismo de encontrarse frente a frente con subversivos armados. **E)** Que ninguna prueba testifical o documental permite dar por acreditada una orden o disposición ilícita bajo el supuesto de la efectiva existencia de una cadena de mando paralela. **F)** Que, finalmente, en tiempo corto y en plena acción de combate no es posible una transmisión de comunicaciones desde el nivel más bajo hacia el más alto y viceversa, tanto más si los imputados han negado ese hecho.
 4. En lo concerniente a la situación jurídica del ausente teniente coronel Zamudio Aliaga, estableció: **A)** Que si bien no se ha probado la existencia de una “cadena de mando paralela”, se acreditó la muerte del agraviado Cruz Sánchez, luego de ser detenido por efectivos del SIN, bajo las órdenes de Zamudio Aliaga. **B)** Que

como el personal policial que capturó al agraviado Cruz Sánchez integraba el Grupo dirigido por Zamudio Aliaga, corresponde revisar en un juicio oral la situación jurídica del citado encausado, a la vez que investigar la forma y circunstancias de ese deceso a título de autoría material o directa.

§ 5. De la impugnación por las partes procesales

DÉCIMO PRIMERO. Que leída la sentencia en la última sesión del juicio oral –véase acta de fojas veintiséis mil ciento tres, del quince de octubre de dos mil doce– el Fiscal Adjunto Superior formuló recurso de nulidad en ese acto (fojas veintiséis mil ciento siete vuelta), y por escrito lo hicieron los representantes de la parte civil de los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, y de Cruz Sánchez, a fojas veintiséis mil ciento once y veintiséis mil ciento ocho, del dieciséis de octubre de dos mil doce y dieciséis de octubre de dos mil doce, respectivamente.

Los tres recursos de nulidad fueron admitidos por resoluciones de fojas veintiséis mil ciento siete vuelta, del quince de octubre de dos mil doce (Ministerio Público), veintiséis mil ciento nueve (parte civil de Cruz Sánchez) y veintiséis mil ciento doce (parte civil de Peceros Pedraza y Meléndez Cueva), ambos de fecha dieciséis de octubre de dos mil doce, respectivamente; y, tras ser formalizados a fojas veintiséis mil ciento dieciocho del veintinueve de octubre de dos mil doce (Fiscal), veintiséis mil doscientos uno del treinta y uno de octubre de dos mil doce (Cruz Sánchez), y veintiséis mil ciento setenta y uno del treinta y uno de octubre de dos mil doce (Peceros Pedraza y Meléndez Cueva) fueron concedidos por autos de fojas veintiséis mil ciento sesenta y siete, del veintinueve de octubre de dos mil doce (Ministerio Público), y de fojas veintiséis mil doscientos treinta y cuatro, del cinco de noviembre de dos mil doce (parte civil de todos los agraviados).

DÉCIMO SEGUNDO. Que el señor Fiscal Adjunto Superior, en su recurso formalizado de fojas veintiséis mil ciento dieciocho, del veintiséis de octubre de dos mil doce, introduce como pretensión la nulidad de la sentencia absolutoria por no considerarla fundada al amparo implícito del artículo trescientos uno *in fine* del Código de Procedimientos Penales. Las infracciones jurídicas que integran la causa de pedir impugnativa se refieren a la incorrecta valoración de la prueba y a la inaplicación de la excepción estipulada en el artículo diecinueve del Código de Justicia militar, referida a la obediencia debida de órdenes superiores notoriamente ilícitas.

En el ámbito del derecho probatorio afirma: (i) la realización de las necropsias en lugar y por personas incompetentes al vulnerar el Reglamento de Servicio de Necropsia aprobado por Decreto Supremo número cero cero tres guión sesenta y nueve diagonal PCM; (ii) la valoración de documentos ilustrativos que no se sometieron al contradictorio; (iii) las irregularidades en el acta de identificación y levantamiento de cadáveres, pues se firmó en lugares y momentos distintos, lo que le resta validez legal y eficacia jurídica; (iv) la no aplicación de los “Principios relativos a la eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas mediante resolución número mil novecientos ochenta y nueve diagonal sesenta y

cinco, del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, y del artículo tres Común de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve; y, (v) la inaplicación de las reglas de la prueba indiciaria, pues por la naturaleza y características de los hechos no es posible exigir prueba directa.

DÉCIMO TERCERO. Que la parte civil que representa a los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, en su recurso formalizado de fojas veintiséis mil ciento setenta y uno, del treinta y uno de octubre de dos mil doce, implícitamente introduce como pretensión la nulidad de la sentencia absolutoria por no considerarla fundada al amparo implícito del artículo 301° *in fine* del Código de Procedimientos Penales. Estima que existen suficientes elementos probatorios para sustentar una condena. Las infracciones jurídicas que integran la causa de pedir impugnativa se refieren, de un lado, a la valoración de la revista “Base Tokio” que no fue propuesto por las partes ni se debatió en el juicio, y a la no valoración del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación –en adelante, CVR–; y, de otro lado, a la incorrecta distinción entre cadena de mando y cadena de comando, contraviniendo lo señalado sobre el poder de mando en la autoría a través de aparatos organizados de poder.

DÉCIMO CUARTO. Que la parte civil que representa al agraviado Cruz Sánchez en su recurso formalizado de fojas veintiséis mil doscientos uno del treinta y uno de octubre de dos mil doce, formula igual pretensión impugnativa que la de los restantes agraviados. En cuanto a las infracciones jurídicas que integran la causa de pedir impugnativa destaca que se valoraron incorrectamente las pericias referentes a la posición de la víctima cuando fue ejecutada, así como las declaraciones de los policías captores Robles Reynoso y Torres Arteaga.

§ 6. Del trámite en sede suprema

DÉCIMO QUINTO. Que corrida vista al señor Fiscal Supremo en lo Penal por decreto de fojas doscientos setenta y cinco del cuaderno de recurso de nulidad, del trece de noviembre de dos mil doce, este cumplió con emitir el dictamen de fojas doscientos setenta y seis guión trescientos cuarenta y uno, del veintiséis de abril de dos mil trece, del citado cuaderno, en el que concluyó porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida. El dictamen apoya el razonamiento y razonabilidad de la sentencia de instancia: los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva murieron en acto de combate –las pericias no descartan esa conclusión–, el agraviado Cruz Sánchez fue victimado luego de ser capturado vivo, no está probada la existencia de una cadena de mando paralela, la muerte de Cruz Sánchez no se debe a una decisión superior, la operación de rescate no tenía como objetivo adicional eliminar extrajudicialmente a los subversivos secuestradores, los hechos no pueden calificarse de delitos de lesa humanidad, y la operación “Chavín de Huantar” no fue parte de un patrón de violación de derechos humanos.

DÉCIMO SEXTO. Que han solicitado informe oral: 1) la parte civil que representa al agraviado Peceros Pedraza por escrito de fojas trescientos noventa y siete, del treinta

de enero de dos mil trece, completado a fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del seis de junio de dos mil trece; 2) la Procuraduría Pública del Consejo de Ministros por escrito de fojas cuatrocientos dos, del treinta y uno de enero de dos mil trece; 3) la defensa del encausado Montesinos Torres por escrito de fojas cuatrocientos seis, del cuatro de abril de dos mil trece; 4) la Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa por escrito de fojas cuatrocientos quince, del treinta de abril de dos mil trece; 5) la defensa del acusado Hermoza Ríos por escrito de fojas cuatrocientos veintisiete, del veintiocho de mayo de dos mil trece; 6) la defensa del encausado Zamudio Aliaga por escrito de fojas cuatrocientos treinta y ocho, del tres de junio de dos mil trece; y, 7) la parte civil que representa al agraviado Cruz Sánchez por escrito de fojas cuatrocientos cuarenta y nueve, del ocho de julio de dos mil trece.

La vista oral se fijó para el día miércoles diez de julio último, conforme al decreto de fojas cuatrocientos veintiuno, del veinticinco de mayo de dos mil trece.

DÉCIMO SÉPTIMO. Que la audiencia pública se llevó a cabo en esa fecha, ocasión en que informaron los siguientes letrados: **1.** Gloria Cano Legua por los agraviados Peceros Pedraza, Meléndez Cueva y Cruz Sánchez. **2.** César Pérez Escobar por el encausado Hermoza Ríos. **3.** Gustavo Lino Adrianzén, Olaya Procurador Público del Ministerio de Defensa. **4.** Carlos Enrique Cosa Valente Chamorro, Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Llevada a cabo la deliberación y votada la causa, se ha cumplido con absolver el grado y emitir la presente Ejecutoria Suprema.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 1. *Del ámbito impugnativo general*

PRIMERO. Que como ha quedado expuesto en los fundamentos fácticos décimo segundo al décimo cuarto, han recurrido la sentencia de instancia la Fiscalía Superior, la parte civil que representa a los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, y la parte civil que representa al agraviado Cruz Sánchez.

En términos estrictos, las infracciones jurídicas denunciadas tienen su base en las normas de derecho probatorio, a partir de las cuales se fijaron los hechos declarados probados (distintos parcialmente a los propuestos por la Fiscalía).

Desde el Ministerio Público no se cuestionó la propia operación de rescate a cargo de los comandos de las Fuerzas Armadas, como sustento de la intervención del Estado para liberar a los rehenes y poner fin a un estado delictivo permanente, perpetrado por catorce individuos armados adscritos al MRTA. Lo que se impugna, desde la *questio facti* es, en primer lugar, si se mató a los tres agraviados una vez que fueron reducidos y estaban rendidos; y, en segundo lugar, si la muerte de los tres agraviados, integrantes del MRTA, se debió a la ejecución de directivas preordenadas desde las más altas instancias estatales. Con este último lineamiento, se incorporó como soporte dogmático material la autoría mediata mediante dominio de un aparato de poder organizado, ya asumido por este Supremo Tribunal en varios casos especialmente relevantes.

SEGUNDO. Que desde la parte civil el cuestionamiento es más amplio. Alcanza, como contexto, la política antisubversiva del gobierno del presidente Fujimori Fujimori. Luego, en lo específico, la elaboración y ejecución del Plan Chavín de Huantar –orden de no tomar prisioneros, corroborado, según los recurrentes, con la utilización del denominado “TIS”–, la intervención de Montesinos Torres y de los efectivos del SIN en su desarrollo, y los actos posteriores a la culminación de la operación militar, *factum* último en el que también incide la Fiscalía.

TERCERO. Que, de ser así, corresponde determinar, como marco base del caso, si el Plan Chavín de Huantar, en sí mismo considerado, vulneró alguna norma de Derecho ya sea del Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Interno. Básicamente, cabe establecer si, dadas las circunstancias que rodearon la toma en rehenes en la residencia del embajador del Japón y la permanencia en ese recinto de los setenta y dos rehenes –incluyendo la situación nacional e internacional que generó–, la operación –vista su ejecución y resultados– puede calificarse de desproporcionada e importó un uso indebido de la fuerza. Asimismo, cabe un pronunciamiento acerca del procedimiento llevado a cabo inmediatamente después de liberados los rehenes y los alcances de las investigaciones sobre lo acontecido.

Es de rigor tener presente, respecto al uso legítimo de la fuerza, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CDH– recaída en el asunto *Lazo Zambrano Vélez y otros versus Ecuador*, del cuatro de julio de dos mil siete –en adelante SCDH–. En esa oportunidad, la CDH puntualizó que la amenaza delincriminal, subversiva o terrorista, constituye una razón legítima para que el Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. De igual manera, en la sentencia *Neyra Alegría versus Perú*, del diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cinco, la CDH estableció que el derecho a usar la fuerza por parte del Estado, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, no está en cuestión.

El uso de la fuerza, no obstante, ha de ser estrictamente excepcional, necesaria –será extrema cuando implique el uso de armas de fuego– y en la medida que lo requiera el cumplimiento de las tareas de defensa del orden público; esto es, de conformidad con el principio de proporcionalidad –incluye el uso de medios proporcionados– y en función a un objetivo legítimo. Desde ya cabe señalar que liberar rehenes de manos de terroristas, luego de una larga y frustrada negociación, para evitar el uso de la fuerza –secuestro en el que, con consecuencia de lo anterior, corría serio peligro la vida de los rehenes–, es una actividad por entero legítima de las Fuerzas del Orden en cumplimiento de disposiciones del más alto nivel de las autoridades del Estado.

§ 2. De la operación Chavín de Huantar

CUARTO. Que cabe incidir, como datos preliminares, que al momento de ejecutarse la operación Chavín de Huantar el distrito limeño de San Isidro, donde estaba situada la residencia del embajador del Japón, se encontraba bajo Estado de Emergencia,

conforme al Decreto Supremo número cero veinte guión DE guión CCFFAA, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete –seis días antes de la incursión militar– (fojas nueve mil novecientos veintiuno). Ésta era una nueva prórroga de la situación de excepción (Decretos Supremos número cero sesenta y tres guión noventa y seis guión DE guión CCFFAA, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, de fojas nueve mil novecientos dieciocho; y, cero trece guión DE guión CCFFAA, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y siete, de fojas nueve mil novecientos diecinueve), en la que se encargó a las Fuerzas Armadas asumir el control del orden interno en virtud de la entonces vigente Ley número 24150 –ley que después fue declarada parcialmente inconstitucional, en especial su artículo 10° [Sentencia del Tribunal Constitucional cero cero diecisiete guión dos mil tres guión AI guión TC, publicada el veinticuatro de agosto de dos mil cuatro]–.

Al amparo de esa normativa, presenciaron la operación de rescate el Juez y el Fiscal militares y levantaron dos actas.

* La primera acta corre a fojas mil ochocientos uno, del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Es significativo resaltar, en esa acta, lo siguiente:

1. La operación de rescate, por orden del Presidente de la República, se inició a las quince horas con veinte minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Duró, aproximadamente, trece minutos y, luego, dos minutos más tarde, un grupo de comandos desde la azotea del predio levantó las manos en señal de victoria.
2. El Presidente de la República llegó a la residencia aproximadamente a los treinta minutos.
3. En el breve recorrido que se hizo por las instalaciones objeto de intervención, se comprobó que junto a la puerta principal yacían sobre el suelo dos emerretistas muertos; a dos metros de distancia, y casi juntos, otros dos emerretistas, al igual que en el centro de la escalera que conduce al segundo piso.
4. En ese momento, se suspendió la diligencia –según se dice– por razones de seguridad, ya que se tenía conocimiento que lugares estratégicos de la residencia se encontraban minados y con trampas cazabobos. Se dispuso que la diligencia continuaría al día siguiente.

* Al día siguiente, en efecto, se levantó el acta de identificación y levantamiento de cadáveres que corre a fojas mil ochocientos seis, del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete. En el recorrido por la residencia se encontraron cadáveres con diversos impactos de bala, muchos de ellos tenían a su costado fusiles AKM y ametralladoras. En el primer piso, entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, se encontró el cadáver que correspondía, al parecer, al agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito”, con un orificio grande al lado derecho de la cabeza y parte superior de la oreja, quien tenía en la mano derecha una granada que no llegó a lanzar.

QUINTO. Que como parte de la operación de rescate Chavín de Huantar, se cuenta con los siguientes documentos imprescindibles:

1. Directiva COFI guión DOP diagonal PLN, del Jefe del CCFFAA, general EP Hermoza Ríos de fojas seis mil setecientos cuarenta. Esta tiene como datos

- relevantes: (i) Su finalidad, entre otras, era disminuir el costo humano y garantizar la liberación de los rehenes con el menor costo humano posible. (ii) Los objetivos por alcanzar, entre otros, era una intervención rápida y eficaz para neutralizar a los captores; una evacuación ordenada, rápida, y en seguridad de los captores y rehenes, brindando el tratamiento médico oportuno; y una ejecución de la operación dentro de las normas legales y el irrestricto respeto a los derechos humanos. (iii) El concepto estratégico global importa que la operación es conducida bajo un solo comando; que los mandos son responsables de que no se cometa exceso alguno, sin que signifique dejar de actuar con energía; que el respeto irrestricto de los derechos humanos durante el desarrollo de la operación militar constituye una necesidad estratégica primordial; y que la evacuación de los rehenes debe realizarse en forma prioritaria respecto a la evacuación de los captores. (iv) La coordinación con el Consejo Supremo de Justicia Militar para garantizar el marco legal adecuado y la presencia de fiscales durante la operación.
2. Plan de Operaciones Nipón noventa y seis diagonal SZSNC guión dos diagonal seis guión tres diagonal JEMO diagonal primera DIVFFEE, mil novecientos noventa y siete, firmado por el Comandante General de la Primera DIVFFEE, general EP Augusto Jaime Patiño, de fojas seis mil setecientos cincuenta y uno. Señala que: (i) La misión de la patrulla tenaz es dominar la residencia para capturar o eliminar a los emerretistas y rescatar a los rehenes. (ii) La operación consistirá en una dominación del inmueble en forma rápida, violenta y eficaz de capturar o eliminar a los emerretistas. (iii) La ejecución de las operaciones deben enmarcarse en el respeto irrestricto de los derechos humanos. (iv) Las instrucciones de coordinación disponen que no se cometerá ningún exceso y se mantendrá un irrestricto respeto a los derechos humanos, sin que esto signifique dejar de actuar con energía.
 3. Plan de Operaciones Nipón noventa y seis diagonal Tenaz (Patrulla Tenaz, mil novecientos noventa y siete), firmado por el coronel EP José Williams Zapata, de fojas seis mil setecientos cincuenta y siete. Agrega, en lo puntual, que el Grupo Alfa dominará el primer piso y el Grupo Delta el segundo piso. Dominado el inmueble se procederá a la evacuación de los heridos en el siguiente orden: primero rehenes, segundo comandos y tercero delincuentes terroristas. El anexo cinco precisa que la evacuación importa proporcionar tratamiento médico de emergencia y evacuación de los heridos, bajo las prioridades ya descritas. El elemento de apoyo, dominado el inmueble, procederá al tratamiento, clasificación y evacuación de rehenes y delincuentes terroristas. Los Grupos Alfa y Delta tienen como misión apoyar en el tratamiento, clasificación y evacuación de rehenes y delincuentes terroristas heridos e ilesos. Finalmente, el ejecutivo de la patrulla coordinará el empleo de un equipo de filmación antes, durante y después de la operación, y para asuntos de entrenamiento. En este punto, cabe subrayar la declaración del Técnico de Tercera EP, adscrito al SIN, Pedro Jaime Tolentino García.
 4. Informe Número uno diagonal primera DIVFFEE de fojas seis mil setecientos setenta y cuatro, firmado por el Comandante General de la Primera DIVFFEE, general EP Augusto Jaime Patiño, de fecha treinta de abril de mil novecientos

noventa y siete, ocho días después de la operación de rescate. Allí se da cuenta de que: (i) El dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete se realizó el ensayo final con presencia del presidente Fujimori Fujimori. (ii) El SIN se encargó de la administración de las viviendas adyacentes a la residencia y de realizar maquetas a escala de la misma, así como de los artefactos mecánicos y de comunicación empleados durante la operación. (iii) Como parte del entrenamiento se realizaron diversas técnicas de dominación de inmueble con tiro real, TIS con tiro real diurno y nocturno, comunicaciones, explosivos, identificación del enemigo, entre otras. (iv) el dieciocho de abril se instaló el Centro de Operaciones Tácticas (COT), mientras que el veinte de diciembre se inició el entrenamiento y ensayos de la Patrulla Tenaz en base del Plan de Operaciones que inicialmente se denominó “Nipón”, y el dos de enero se reconoció como nuevo Comandante General de la Primera DIVFFEE al general EP Augusto Jaime Patiño. (v) En marzo de mil novecientos noventa y siete, paralelamente a los ensayos, el Estado Mayor de la Unidad de Intervención realizó el reajuste final al Plan en coordinación con los Jefes de Grupo. (vi) El canal de comando fue: Patrulla Tenaz, Centro de Operaciones Tácticas, Comandante General del Ejército y presidente de la República. (vii) Por disposición del Presidente el inicio de las operaciones debía darse cuando los terroristas se encuentren en la planta baja jugando fulbito, lejos de los rehenes; la orden de inicio de operaciones fue emitida por el presidente el veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. (viii) En la acción murieron dos comandos y todos los delincuentes terroristas (doce hombres y dos mujeres); correspondió el levantamiento de cadáveres a los jueces y cadáveres militares, con la participación o apoyo del SIN; y los procedimientos de ley para su entierro corrieron a cargo de la Policía Nacional del Perú –en adelante, PNP–. (ix) A través del rehén colaborador “MAR”, se conoció del plan de seguridad de los terroristas y se concluyó que la intención de los cabecillas era eliminar a los rehenes de connotación política una vez producido el asalto; así se llegó a saber el estado anímico de los cabecillas en las horas previas a la hora del inicio de la operación.

5. De lo consignado en la revista *Base Tokio, El Comercio*, páginas doscientos dieciocho guión doscientos diecinueve, remitida en DVD, se advierte que los comandos portaban casco de combate israelí de acero y fibra de vidrio, fusil de asalto GALIL de calibre siete punto cincuenta y seis milímetros, fusil automático soviético AKM de calibre siete punto sesenta y dos milímetros, subfusiles Herstal P guión noventa de calibre cinco punto cinco milímetros, anteojos de protección Uvex, subametralladora israelí Mini UZI de calibre nueve milímetros, subametralladora alemana Heckler and Kosch de calibre nueve milímetros, chaleco antifragmentario israelí, pistolas Beretta y Browning norteamericanas de nueve milímetros, granadas de estruendo no letales, y uniformes de fabricación norteamericana. Esta prueba documental se refuerza con las declaraciones del acusado Huamán Acurra (fojas quinientos veinticuatro), y de los testigos Williams Zapata (fojas quinientos veintiocho), Robles del Castillo (fojas quinientos treinta y siete), Donoso Volpe (fojas quinientos cuarenta y cinco) y Huarcaya Lovón (fojas quinientos cincuenta y cuatro).

SEXO. Que desde la prueba personal, se tiene lo siguiente:

1. El general EP Augusto Jaime Patiño, en sede preliminar y sumarial (fojas quinientos sesenta y ocho, tres mil seis, cuatro mil quinientos treinta, cuatro mil quinientos cincuenta y cinco, cinco mil doscientos cincuenta y seis y once mil setecientos veintiocho), apunta que el Plan Operativo Nipón guión noventa y siete fue entregado, en original y copia, al general EP Hermoza Ríos. La construcción de túneles estuvo a cargo del SIN. En los ensayos de la operación y la réplica de la residencia estaban presentes el presidente Fujimori Fujimori, Montesinos Torres, Hermoza Ríos y Huamán Ascurra. No fue informado de la captura o rendimiento de algún emerretista, los cuales murieron en combate y no hubo orden de matarlos; Solo se formuló el plan de Operaciones Nipón. No sabe de quién fue la orden para el ingreso, durante la operación, de Huamán Ascurra, tampoco sabía que durante la operación de rescate participó Zamudio Aliaga.
2. El coronel EP Williams Zapata, en sede preliminar, sumarial y plenarial (fojas quinientos veintiocho, mil doscientos cincuenta y ocho, seis mil ochocientos ochenta y tres, once mil quinientos sesenta y seis y veintiún mil seiscientos sesenta y seis y veintiún mil seiscientos setenta y seis), informa que el Plan de Operaciones lo hizo el general EP Jaime Patiño, mientras él formuló el Plan de Operaciones para la dominación de la residencia denominado “Plan de Operaciones Tenaz”. Reconoce que entrenó a la Patrulla Tenaz y la comandó. Se usó la técnica de dominación de inmueble –de origen israelí–, en la que se emplea la técnica del TIS –tres disparos a las partes vitales del enemigo: cabeza o tronco, y luego, si correspondiera, un tiro de seguridad para evitar que el enemigo pueda causar heridos o muertes [en igual sentido se pronuncia, por ejemplo, el capitán EP Tackas Cordero a fojas seis mil trescientos catorce, y el mayor EP Víctor Hugo Sánchez Morales, adjunto del Jefe del Grupo de Asalto Delta, a fojas once mil ciento veintiocho y cinco mil diecinueve, respectivamente]. Si un terrorista se rendía se debía respetar sus derechos y luego entregarlos a los jefes de equipo. Los comandos no utilizaron pasamontañas, sino los del SIN, quienes ingresaron luego del operativo a filmar [el técnico de tercera EP Jaime Tolentino García tenía a su cargo la filmación y tomas fotográficas con otros seis efectivos (fojas seiscientos diez y seis mil trescientos setenta y cuatro)]. Vio a los catorce terroristas muertos en el interior de la residencia. Montesinos Torres –responsable de inteligencia– no tuvo injerencia en la propia operación de rescate. No existió orden de ejecutar extrajudicialmente a los emerretistas. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga dependía del SIN –no integraba la patrulla de comandos– y con él no tenía comunicación alguna, al igual que con el teniente coronel EP Huamán Ascurra –tampoco le cursó orden alguna–, el cual durante la operación se abocó al tema de inteligencia y no participó en la parte operativa. Al día siguiente de la operación, conjuntamente con Hermoza Ríos y Montesinos Torres, recorrieron la residencia para ver los distintos ambientes y los cadáveres.
3. El adjunto del Jefe del Operativo, coronel EP Luis Rubén Alatrística Rodríguez, enfatizó que Huamán Ascurra, del SIN, era el enlace entre el SIN y la Fuerza Operativa y quien proporcionaba información de inteligencia; que se consideró la

- posibilidad de capturar con vida a los terroristas, tan es así que se ubicó un punto de reunión de detenidos situado en las inmediaciones del bar de la residencia, y si algún comando hubiera detenido a un terrorista debía entregarlo al personal del Grupo de Apoyo y, a su vez, dar cuenta a su Jefe de Patrulla y éste al personal policial; que la técnica del tiro instintivo selectivo implica tres impactos inmediatos y uno de seguridad, además como los comandos deben pasar de un lugar a otro deben asegurarse que el terrorista esté neutralizado (fojas mil ciento trece, mil doscientos treinta y nueve y cuatro mil novecientos cuarenta y siete).
4. El teniente coronel EP Jorge Orlando Fernández Robles, Jefe Adjunto del Grupo de Asalto Alfa, declaró que para el rescate se utilizaron las técnicas de tiro instintivo selectivo (TIS) y de dominación de inmuebles; que si los terroristas se rendían tenían órdenes de reducirlos, desarmarlos y conducirlos a las inmediaciones del bar de la residencia para que se haga cargo el grupo de apoyo (fojas seiscientos cincuenta y tres y cinco mil doscientos cuarenta y tres).
 5. El coronel EP Benigno Leonel Cabrera Pino, jefe del Grupo Alfa, que se encargó de la primera planta de la residencia, en sede preliminar a fojas quinientos setenta y seis y sumarial a fojas seis mil novecientos noventa y cuatro, sostuvo que no hubo orden de acabar con la vida de los terroristas, ni se victimó a ningún terrorista rendido; que se utilizó el tiro instintivo selectivo y la técnica de dominación de inmuebles; que todos los terroristas que murieron en su área de seguridad fueron abatidos en combate; que cuando él ingresó a la residencia los terroristas ya estaban abatidos.
 6. El coronel EP Hugo Víctor Robles del Castillo, jefe del Grupo Delta, que se encargó de la primera planta de la residencia, en sede preliminar y sumarial (fojas quinientos treinta y siete, mil doscientos cuarenta y siete y cuatro mil novecientos setenta y cuatro), refirió que no se logró capturar a ningún emerretista por la rapidez de los hechos y la forma agresiva de su actuación; que no vio a ningún terrorista rendido o capturado vivo; que durante los preparativos y ensayos no se tocó el tema de tomar prisioneros; que en este tipo de operaciones el combatiente debe tener la certeza de que el subversivo está definitivamente fuera de combate; que se empleó la técnica israelita y americana, así como la técnica del TIS; que el escenario en que se dio el operativo, teniendo bajas, era difícil creer que un subversivo se rinda, lo que en todo caso queda a criterio de cada comando.
 7. El teniente coronel EP Víctor Hugo Sánchez Morales, adjunto del coronel EP Robles del Castillo y Jefe del Equipo de Asalto número siete, anotó que se consideró la captura de los subversivos, pero en la ejecución de la operación no se capturó a ninguno de ellos; que el tiro de seguridad se utiliza dentro de la conducción misma de la operación, para asegurar la neutralización del elemento subversivo y continuar con el cumplimiento de la misión; que se utilizó la técnica israelí de dominación de inmuebles y el tiro instintivo selectivo (se selecciona un blanco y se dispara tres veces); que lo de 'selectivo' es para proteger al rehén; que no hubo orden de aniquilar terroristas (fojas mil ciento veintiocho y cinco mil ciento diecinueve).
 8. El mayor EP Renán Miranda Vera, adjunto del coronel EP Robles del Castillo, afirmó que la orden de ingresar la dio el coronel EP Williams Zapata; que cayó

herido al ingresar a la residencia; que tenía la orden de respetar la vida y que los terroristas no se rindieron; que se les ordenó respetar los derechos humanos y que tomen prisioneros; que se empleó la técnica del tiro instintivo selectivo y no en ráfaga, con el fin de no herir a los rehenes.

9. El suboficial de Infantería EP José Luis Alvarado Díaz, que integró el Equipo Delta ocho, en su declaración sumarial de fojas seis mil novecientos treinta y seis, reconoció que mató a los terroristas del segundo piso: los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, porque la primera tenía una granada y el segundo un arma UZI; que en ningún momento ambos agraviados dijeron que se rendían y que no los mataran; que habían practicado el tiro instintivo selectivo; que si un terrorista se rendía, debían desarmarlo y dar cuenta a su superior jerárquico inmediato.
10. Tanto el capitán EP Rojas Villanueva (fojas mil cuarenta y siete y siete mil veintiséis) como el teniente EP Moral Rojas (fojas seis mil novecientos ochenta y dos) –del Equipo Delta 08– expresaron que igualmente dispararon contra los dos agraviados. El segundo afirma que observó que la agraviada Meléndez Cuevas tenía una granada en la mano y una bolsa de granadas en la otra, por lo que disparó contra ella, mientras el primero sostiene que disparó contra los dos: la mujer tenía una granada en la mano y el varón un fusil AKM.
11. El capitán de Infantería EP Manuel Antonio Paz Ramos, integrante del Equipo Delta ocho, aludió que el procedimiento de rendición de un terrorista estaba estipulado en reglamentos y en el plan de operaciones, el cual era desarmarlo, revisarlo y entregarlo al jefe de Equipo para su debida evacuación a la zona de reunión de prisioneros –niega haber matado a alguno de los terroristas que se hallaban en el segundo piso– (fojas seis mil novecientos cincuenta y siete).
12. El capitán EP Becerra Noblecilla, integrante del Equipo Delta ocho, asimismo acotó que no se rindió ni capturó a ningún terrorista. Tampoco escuchó gritos de rendición (fojas mil treinta y tres).
13. El mayor EP Raúl Huarcaya Lovón precisó que, como responsable del Equipo Delta ocho, observó que los terroristas no se rindieron, ni hubo orden de ejecutarlos, y era del caso detenerlos si se rendían. Le dieron cuenta del abatimiento de una pareja de terroristas. Dice que fueron el capitán EP Paz Ramos y el suboficial Alvarado Díaz (fojas siete mil trece y mil doscientos sesenta y seis); aunque los tres que dispararon, por sus propias versiones, fueron Alvarado Díaz, Rojas Villanueva y Moral Rojas.
14. El oficial de mar de primera AP César Antonio Aguirre Legua, deslindó que recibió instrucciones de capturar con vida a los emerretistas en caso se rindieran, y que se diferenciaba a un emerretista de un rehén previa identificación por fotografías que se les había mostrado y si portaban armas (fojas cuatro mil ochocientos ochenta y cinco).

SÉPTIMO. Que los imputados, en lo esencial, han ratificado lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes. En efecto:

1. El general EP Hermoza Ríos declaró que la orden de preparar un plan de contingencia partió del Presidente de la República, quien ordenó que la operación

esté a cargo de la Primera DIVFFEE, con intervención de elementos del Ejército y de la Marina; que tenía la máxima autoridad a nivel militar –el planeamiento y ejecución del plan corresponde al área militar, mientras que el campo de inteligencia estaba a cargo del SIN, que no dependía de él–; que se dispuso la utilización del tiro instintivo selectivo, de mucha precisión para evitar matar al rehén; que no se dio la orden que no se tomara ningún prisionero, y se dispuso que debían trasladar a los emerretistas que resultara heridos en la operación hacia los hospitales; que Montesinos Torres estaba a cargo del campo de inteligencia, pero no tenía ningún mando sobre las fuerzas de intervención (fojas seiscientos seis, seiscientos cuarenta, seis mil setecientos treinta y siete, veinte mil cuatrocientos ochenta y cinco vuelta y veinte mil quinientos veintiocho).

2. El asesor presidencial Montesinos Torres se limitó a decir que no participó en la operación de rescate, pues era competencia exclusiva de las Fuerzas Armadas; que el Presidente de la República decidió la formulación de un plan militar de contingencia, pero su prioridad fue una solución pacífica, incluso realizó una intensa diplomacia presidencial (fojas once mil seiscientos noventa y cinco).
3. El teniente coronel EP Huamán Ascurra, Director Ejecutivo de la Dirección de Información Electrónica del SIN, expresó que participó en la operación de rescate en la parte administrativa –no tenía relación con el operativo militar propiamente dicho–; que elaboró dos maquetas de la residencia e intervino en la construcción de los túneles; que la labor del SIN en la operación era filmar y tomar fotografías –sus efectivos estaban cubiertos con pasamontañas y no llevaban armamento–, material que luego se entregó a Montesinos Torres; que durante la operación no tuvo contacto con Zamudio Aliaga, siendo imposible que se den dos líneas de comando pues eso entorpecería la ejecución del operativo; que los efectivos del SIN no tuvieron comunicación con los comandos porque los equipos de radio no estaban integrados; que no se dio la orden de victimar a los terroristas (fojas quinientos veinticuatro, cinco mil setenta y tres, cinco mil trescientos veintiséis, cinco mil quinientos tres, mil doscientos setenta y cuatro y veinte mil quinientos setenta y cuatro).
4. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga, en su manifestación de fojas mil trescientos dos –quien no se puso a derecho en este proceso– mencionó que su puesto de comando era la casa número uno; que su misión específica era brindar seguridad al área comprendida en el boquerón y las casas uno, dos, tres y cuatro, así como la casa de UNIQUE; que en este punto su mando superior era el teniente coronel EP Williams Zapata, a quien daba cuenta de todo –se entiende, de su esfera de acción–; que ingresó a la residencia después de terminado el operativo –se entiende luego del ingreso de los comandos a la residencia–; que lo hizo por la cochera de la residencia y del callejón de la residencia adyacente a la misma; que en el momento que quiso ingresar por una puerta del callejón de la residencia se produjo una explosión, debido a que todo ese sector estaba minado, y al volar los vidrios le impactan en la mano derecha y en la pierna derecha, asimismo, la onda expansiva lo tumbó al suelo; que se paró y luego ingresó al segundo piso la residencia, al que subió por las escaleras que las fuerzas de intervención rápida habían colocado; que en el segundo piso apoyó al personal de rehenes para que

podieron bajar; que en una terraza del área de servicios apoyó a los rehenes y los ayudó a bajar, para que otros efectivos de la fuerza los bajaran de la residencia a las casas contiguas; que después de esto terminó y realizó gestiones para que ingresaran los bomberos; que luego de dirigirse al frontis de la residencia, donde los comandos cantaban el Himno Nacional, se fue a su puesto de comando en la casa de la GTZ.

OCTAVO. Que acerca del conocimiento que las Fuerzas del Orden tenían de lo sucedido en la residencia, caben resaltar las testificales de dos rehenes: almirante AP en situación de retiro Luis Alejandro Giampietri Rojas y el excanciller Francisco Tudela van Breugel Douglas.

1. Giampietri Rojas manifestó que tuvo conocimiento de la operación de rescate veinticuatro horas antes; que por el *beeper* proporcionado por el comandante Fernández –uno de los rehenes– se comunicaba con el exterior –bajo el seudónimo de “MAR” –; que a raíz de ello le enviaron una guitarra con un micrófono en el estuche, donde enviaban mensajes; que mediante los micrófonos y *beeper* señalaba el horario y actividades de terroristas; que por el *beeper* se le informó de la operación militar; que los terroristas amenazaron con volar el edificio si había una incursión militar, quienes hacían ejercicios sobre un posible rescate y decían que nadie se rendiría; que ,finalmente, la mayoría de líderes (los denominados “Árabe”, “Tito” y “Salvador” –salvo Cerpa Cartolini (a) “Evaristo”–) no aceptaban las negociaciones y decían que habían venido a morir –es especial el emerretista agraviado “Tito”, quien era uno de los más violentos–; que los terroristas tenían cuatro jefes y tres de ellos no aceptaron las condiciones del Gobierno, salvo Cerpa; que los terroristas los amenazaron con matarlos; que los emerretistas ponían a un militar rehén en cada una de las ventanas, por si acaso disparaban desde afuera; que en el suelo los pateaban e insultaban, incluso les pusieron un rifle en la cabeza; que permanentemente torturaban, con sus gestos y amenazas, a él, Tudela van Breugel Douglas, Pedro Aritomi, Pedro Fujimori y Gilberto Siura; que los emerretistas prohibieron el ingreso de la Cruz Roja en abril de mil novecientos noventa y siete, peligraban sus vidas; y fue entonces que supo que iba a ejecutarse una operación de rescate: la clave era “Mary está enferma”; que los terroristas, en sus entrenamientos diarios, repetían: “Aquí no se rinde nadie, carajo” (fojas ciento noventa y uno, seis mil novecientos veinticinco y veintiún mil novecientos dieciocho).
2. Tudela van Breugel Douglas dijo que los emerretistas nunca dejaron sus armas y lo amenazaron con matarlo; que los terroristas le mencionaron que matarían a los jueces; que Tito era muy agresivo y el más radical junto con “Salvador”, mientras que el “Árabe” era temeroso y Cerpa moderado, y era con quienes permanecía Hidetaka Ogura; que los emerretistas siempre estaban armados y no les daban comida; que se enteró del operativo de rescate cuando las negociaciones entre los terroristas y el Estado estaban por fracasar –pero no podía comentarlo para no generar pavor en los rehenes–; que ese punto, el fracaso, ocurrió cuando los terroristas no dejaron ingresar la atención médica; que habían minado la residencia con explosivo plástico, tenían tres minas antitanques, mochilas con

granadas y explosivos plásticos; que los agentes que filmaban estaban sin pistolas y con pasamontañas (fojas trescientos treinta y nueve y veintiún mil setecientos setenta y tres).

Otra declaración importante es la del propio Roberto Rosendo Fernández Frantzan, quien en su declaración sumarial de fojas seis mil novecientos cuarenta y siete afirmó que los terroristas siempre les decían que en caso de un operativo militar, los efectivos militares y policiales rehenes iban a morir primero.

§ 3. De la valoración de la ejecución y resultados de la operación de rescate

NOVENO. Que la operación de rescate se realizó en un contexto complejo y como decisión final, frente a una situación de bloqueo de las negociaciones que importaban una vía pacífica, pese a la intensa actividad diplomática llevada a cabo al efecto, como se indica en el Informe de la CVR (páginas setecientos diecinueve guión setecientos veintitrés) –los testigos Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, como fluye de sus declaraciones ya glosadas, son centrales en este aporte de información, y permiten entender la decisión del gobierno ante lo que sucedía con los rehenes a partir de la actitud reacia de los emerretistas–. La operación Chavín de Huantar se inició cuando se recibió información interna de que estaban dadas las condiciones pues trece emerretistas se hallaban en el primer piso y uno de ellos en el segundo –los del primer piso jugaban un partido de fútbol–. Personal de inteligencia había logrado acceder, a través de mecanismos electrónicos, a escuchar lo que ocurría en el interior de la residencia y, además, a tener en cuenta determinadas rutinas y características de los líderes a través de la colaboración efectiva, por lo menos, de un rehén: el vicealmirante AP, en situación de retiro, Giampietri Rojas.

DÉCIMO. Que sobre este último punto, cabe destacar lo que estipuló el “Manual de lucha contra el secuestro” de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [Naciones Unidas, Nueva York, dos mil seis, Capítulo cuatro, apartado “Operaciones de Rescate”, página treinta y seis]. La operación de rescate agresiva es una opción de último recurso, dado que el objetivo primario es la preservación de la vida. Solo debe emprenderse después de un examen cuidadoso y de haber agotado las demás opciones. La operación de rescate debe ser cuidadosamente planificada y se debe realizar una evaluación minuciosa del riesgo, la cual debe estar a cargo del personal especialmente adiestrado.

Una perspectiva más profunda en orden a un rescate –más aún contra elementos terroristas– tiene lugar cuando se trata de un secuestro y toma de numerosos rehenes por una agrupación terrorista en plena actividad delincencial, con integrantes ideologizados y fanáticos que portaban armamento de guerra, y también explosivos –propriadamente fue una operación de Fuerzas Especiales ejecutadas por miembros terroristas–. Además, cuando existen factores internacionales de por medio y, sobre todo, en momentos en que después de largas y frustradas negociaciones –no por obra de las autoridades públicas– se produjo una lógica de rechazo al Estado por parte de los terroristas, y se conocía –por información interna– de su proceder incluso contra los rehenes. El uso la fuerza letal, en estas condiciones, era absolutamente necesaria en

relación con la fuerza y amenaza que se quería repeler, a fin de liberar a los rehenes de la opresión terrorista –era absolutamente inevitable para proteger numerosas vidas– [en este sentido, SCDH Retén de Catia, del cinco de julio de dos mil seis, párrafos sesenta y siete guión sesenta y nueve].

Es de asumir, en lo pertinente, las disposiciones cuatro, cinco y nueve de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptada por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente –La Habana, veintisiete de agosto al siete de septiembre de mil novecientos noventa–. Así las cosas, (i) era evidente la necesidad de una operación militar de rescate y la consiguiente utilización de armas de fuego, pues otros medios no resultarían eficaces o no garantizarían de manera segura el logro del resultado previsto: rescatar con vida a los rehenes; (ii) el empleo de armas de fuego debe ejercerse con moderación y en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga: los terroristas se hallaban armados, incluso con granadas tipo piña y estaban decididos a enfrentar a las Fuerzas Especiales para evitar el rescate de los rehenes –incluso colocaron minas en los accesos de la residencia– y, por ello, se utilizaron armamento ligero, granadas aturdidoras y técnicas especializadas de acción: dominación de inmuebles y tiro instintivo selectivo, que minimizaron los riesgos; (iii) el uso intencional de armas letales debe ser estrictamente inevitable para proteger una vida y en defensa de otras personas, para soslayar una grave amenaza contra una persona (en este caso los rehenes) –y los propios agentes militares–, y con el propósito de alejar ese riesgo y restaurar la seguridad pública (todo ello se contempló en el Plan de Operaciones Chavín de Huantar y se verificó en su ejecución).

Cabe subrayar, a partir de lo expuesto, que una operación de rescate no está prohibida por el Derecho Internacional; pero, en todo caso, se fijan reglas para su debida y proporcionada ejecución. Un Estado está legitimado y autorizado para llevarla a cabo, pero dentro de los límites y conforme con los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana [Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bulacio versus Argentina*, del dieciocho de setiembre de dos mil tres].

DÉCIMO PRIMERO. Que la operación de rescate, desde el Estado, como han narrado los comandos y oficiales jefes, estuvo precedida de un fuerte entrenamiento de los efectivos militares, en la sede de Chorrillos, donde se construyó una réplica de la residencia del embajador del Japón. Se utilizó, de fuentes estadounidenses e israelitas, las técnicas de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo –y no de ráfaga–, precisamente para evitar lesionar o matar a los rehenes. Es obvio, además, que esta acción militar de rescate, como dicta la experiencia comparada, se conduce dentro de hechos de notable complejidad militar y táctica, en recintos fuertemente defendidos y/o fortificados, incluso minados en sus puntos de acceso.

DÉCIMO SEGUNDO. Que cabe enfatizar que el método militar de dominación de inmuebles y la técnica de tiro instintivo selectivo, tienen antecedentes en el ámbito militar –y en la experiencia internacional– y forman parte de la doctrina militar

contemporánea, con la que se enseña y entrena a los efectivos militares para enfrentar situaciones críticas, entre ellas, el secuestro y la toma de rehenes en lugares cerrados. Se utilizó principios básicos de una incursión armada de rescate de rehenes, propiamente militar, como simplicidad, seguridad, repetición, sorpresa, velocidad y propósito, que funcionaron de manera interconectada.

El Ejército peruano, dos años antes de este suceso, ya enseñaba en la Escuela de Comandos el curso de dominación de rescate de rehenes de inmuebles, aplicando técnicas antiterroristas y de dominio de armamento ligero: UZI, MINI UZI calibre nueve milímetros, entre otros [véase fojas veintitrés mil trescientos ochenta y cinco], curso que incluía el TIS.

De igual manera, el Ejército peruano, con anterioridad a los hechos, había aprobado el Manual de Tiro Instintivo Selectivo, mediante resolución del Comandante General del Ejército Número mil ochenta y seis COINDE diagonal cero cinco punto veintiuno, del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. Conforme con este Manual, los comandos debieron ser debidamente entrenados y capacitados –como en efecto se hizo y por cuatro meses–, primero con un entrenamiento en seco –sin munición pero con el mismo realismo y perfeccionando cada movimiento–, y luego en un entrenamiento con tiro real –con munición de guerra: armas ligeras (pistola, pistola ametralladora y fusil de asalto)–. El TIS permite un tiro rápido por excelencia, con un alto grado de efectividad en campo abierto y cerrado. Se utilizan los órganos como punto de referencia y se permite disparar dos cartuchos en un tiempo promedio de dos segundos, eliminando al enemigo aunque se encuentre en una multitud haciendo uso de la selección. El tiro es de dos disparos rápidos sobre el blanco en un tiempo máximo de dos segundos; los disparos se realizan sobre la cabeza en distancias cortas (seis, ocho y diez metros) y, sobre el cuerpo, a distancias largas. Sin embargo, para reglar los órganos de puntería del arma se cumple con disparar sobre la guía de referencia: pecho y con tres cartuchos, luego de lo cual se procede a centrar los órganos de puntería del arma si las balas no hubieran impactado en forma correcta en el blanco.

Cabe aclarar que el denominado “tiro de seguridad” solo se ejecuta en una operación de combate, en el desarrollo del enfrentamiento frente a frente. Cuando el delincuente terrorista es impactado, el comando se asegura que ya no sea un peligro o amenaza, y sigue progresando en la operación. No hay, pues, en estas dramáticas circunstancias, nada de ilegítimo o desproporcionado en la conducta de un miembro de las Fuerzas Especiales en plena acción de combate.

DÉCIMO TERCERO. Que desde esta perspectiva y a tenor de los resultados, cabe reconocer que, en este caso, desde el COT y demás órganos de planeamiento y ejecución, se realizaron y cumplieron los objetivos esenciales trazados: rescate de los rehenes vivos, salvo el caso lamentable de un juez supremo y de dos rehenes heridos. Los factores de sorpresa y desfase, siempre inevitables en esta clase de operaciones, a tenor de los resultados –mínimos, por cierto–, de ninguna manera pueden comprometer la bondad, rigor y éxito militar de la operación de rescate.

Si se toma en cuenta el conjunto de análisis que es menester realizar para evaluar una Operación de Fuerzas Especiales, se tiene: (i) análisis del entorno para identificar y

justificar la operación –ya descriptos en los fundamentos jurídicos precedentes–; (ii) el análisis del objetivo, la residencia, en cuya virtud se efectuaron maquetas y se construyó una réplica de la misma; (iii) el análisis de las fuerzas enfrentadas [número de delincuentes, armamento que poseían, características del lugar de atrincheramiento y, entre otros factores, características y número de las personas retenidas] –la información valiosa, desde el punto de vista militar, de lo que ocurría en la residencia y de las rutinas seguidas por los emerretistas, abonó mucho en esa línea–; (iv) el análisis del entrenamiento, que tuvo lugar en un lapso de cuatro meses, con la definición de las tácticas –ya enunciadas y de reconocida eficacia en la experiencia comparada– que se iban a utilizar; (v) el análisis de la misión, a partir de los planes aprobados y que siguieron los estamentos previamente estipulados –véase, en especial, fundamento jurídico quinto–; (vi) el análisis de la operación, que a la luz de los resultados fue lo mejor que pudo hacerse en términos estrictamente castrenses y en argumentaciones de racionalidad.

Cabe resaltar, además, que toda operación de rescate tiene tres reglas fundamentales: 1) Salvar a cualquier costo la vida de los rehenes. 2) Proteger la vida de los militares en acción, siempre que no implique afectar la primera regla. 3) Evitar la muerte de los terroristas, siempre que no importen incumplir las dos reglas anteriores. Ello puede explicar, con claridad, los costes y resultados de la operación analizada.

DÉCIMO CUARTO. Que en estas circunstancias las preguntas clave serían: ¿se pudo evitar la muerte de los terroristas?, ¿se pudo evitar la muerte de un rehén?, ¿se pudo evitar la muerte de dos comandos y los heridos por parte de las Fuerzas Especiales?, ¿se pudo coordinar mejor la relación Fuerzas Especiales y SIN?

Son preguntas sensibles y su evaluación *ex post* merece que se realice desde (i) la información que se tenía *ex ante*, (ii) las características y situación de la residencia, (iii) la actitud y aptitud de los emerretistas [importante resaltar, primero, que de las cuatro demandas de los terroristas, dos eran absolutamente inviables, al punto que frente a las negociaciones finalmente no aceptaron una salida a la crisis, lo que revela una disposición previa a un desenlace fatal en perjuicio de los rehenes; segundo, que portaban armamento de guerra; y, tercero, que diariamente hacían ejercicios militares], (iv) la cantidad (setenta y dos) y características de los rehenes (jueces, congresistas, militares y policías, altos funcionarios públicos, diplomáticos, familia del Presidente, etcétera), y (v) la experiencia, capacitación y decisión de los jefes y los comandos, que exigía el acceso a una instalación cerrada y múltiples pero coordinadas acciones para enfrentarse a los terroristas, reunir a los rehenes y sacarlos del predio.

Una sede o instalación que se sabía: **a)** minada parcialmente [tan cierto que el teniente EP Raúl Cruz Vargas sufrió la amputación del pie izquierdo y el teniente coronel EP Zamudio Aliaga fue levemente herido por las esquirlas tras una explosión; además, corre a fojas mil ochocientos uno que el Juez y el Fiscal militar debieron suspender la diligencia frente a la posibilidad de activación de explosivos]; **b)** con emerretistas decididos a enfrentarse a las Fuerzas Especiales –entrenaban diariamente en técnicas de combate frente a una incursión militar– y contaban con fusiles de asalto AKM, un lanzador de cohetes antitanque RPG guión siete, chalecos antibalas, caretas antigás, granadas de fragmentación y explosivos–; así como, **c)** con una gran cantidad de

rehenes, pese a los canales de comunicación interna que se logró instaurar, desde luego, exigía muchísimo al Estado y sus responsables estratégicos y tácticos, al igual que a sus ejecutores.

DÉCIMO QUINTO. Que una evaluación de conjunto permite concluir que no se produjeron errores tácticos significativos, los que ni siquiera han sido insinuados por la parte acusadora.

Todos los emerretistas se erigieron, por su propia conducta y actuación antes –por su adscripción terrorista y su intervención en la toma de la residencia del embajador de Japón– y en el enfrentamiento propio tras la operación de rescate mismo, en objetivos militares legítimos. Al respecto, como quedó expuesto, ellos eran la tercera prioridad en la operación misma, pues primero eran los rehenes y, luego, los comandos.

Cabe significar, por ejemplo, que el artículo cincuenta y dos, apartado dos, del artículo cincuenta y dos del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, relativos a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, de mil novecientos setenta y siete, permite sostener –por extensión al ámbito de una operación de Fuerzas Especiales de rescate de rehenes a manos de organizaciones terroristas alzadas en armas contra el Estado democrático– que los ataques deben limitarse estrictamente, como se hizo, a los objetivos militares, los cuales se circunscriben –entre otros supuestos– a todas aquellas personas que, por el rol que desempeñan, contribuyen eficazmente a la acción militar, o cuya captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Es pertinente reiterar que una operación de rescate de rehenes, que es sorpresiva, violenta y rápida, importa la realización de explosiones que generan humo, polvo y gran confusión en los ambientes donde se encuentran captores y rehenes. Los rendidos, en esas circunstancias tan confusas, con visibilidad y audición disminuida, deben mostrar claramente su intención de rendirse con diversos gestos universalmente aceptados: levantar los brazos, arrojar las armas, enarbolar una bandera blanca. Esto último, no está probado que se produjo por parte de los emerretistas.

DÉCIMO SEXTO. Que desde el Derecho Internacional Humanitario –en adelante, DIH–, en tanto parte del orden público internacional, de normas de *ius cogen* internacional y de carácter *erga omnes*, que son irrenunciables, es de aceptar que si bien el MRTA (i) tenía una estructura efectiva y centralizada, de carácter militar y una clara cadena de mando de arriba hacia abajo –que se reprodujo en la toma de la residencia del embajador del Japón–, sin embargo carecía (ii) de un control territorial, siquiera en parte mínima, del país –no se puede estimar que las instalaciones de la embajada equivalen a control territorial– que le permitiera (iii) realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, de duración e intensidad de cierto nivel; menos, (iv) poseía capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II.

Ahora bien, como en el presente caso, los miembros del MRTA –los catorce terroristas– tomaron directa o personal intervención en esta acción terrorista de secuestro y toma en rehenes, que es un delito permanente y, por tanto actual, en perjuicio de inocentes –en decidida ejecución de sus planteamientos políticos

inhumanos y antidemocráticos—, se tornaron en objetivos militares legítimos durante esa participación, en aras de la ejecución de una operación de rescate.

DÉCIMO SÉPTIMO. Que, de otro lado, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —en adelante, DIDH—, cabe acotar lo siguiente:

1. Está permitido el uso de fuerza letal en caso de defensa propia o de un tercero, o en caso de peligro inminente para uno o terceros, que es el caso de rescate de rehenes. Eso fue lo que llevó a cabo el COT y la Patrulla Tenaz.
2. La SCIDH *Zambrano Vélez versus Ecuador*, ya citada, del cuatro de julio de dos mil siete, ratificó los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado. Destacan los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad. Así, en clave de excepcionalidad, el uso de la fuerza debe tener lugar cuando se han agotado y fracasado todos los demás medios de control; y el uso de fuerza letal se hará efectivo en casos absolutamente necesarios y en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. El principio de necesidad solo justifica las medidas de violencia militar no prohibidas por el Derecho Internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo, con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad, como complementario y limitativo del de necesidad, prohíbe las medidas de violencia no necesarias, y en un enfrentamiento la fuerza debe usarse contra aquellas personas que constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave. El principio de humanidad, como complementario y limitativo del de necesidad, prohíbe las medidas de violencia no necesarias, y en un enfrentamiento la fuerza debe usarse contra aquellas personas que constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave.
3. En el *sub-lite*, no se trató, como resulta obvio, de un asesinato planificado. Se utilizaron medios legítimos, sin renuncia a la función estatal de restablecer el orden interno frente a una situación de violencia terrorista: armamento de guerra ligero y granadas aturdidoras (las explosiones de inicio solo fueron para abrir las puertas principales y generar confusión). El principio de proporcionalidad, aplicado aquí, permitió evitar sufrimientos y daños innecesarios. Solo se ejerció violencia indispensable para someter a los secuestradores terroristas. El resultado final, apreciado globalmente, da cuenta de la aplicación, en atención a las circunstancias de un enfrentamiento armado estrictamente focalizado, con bajas por parte de los terroristas y comandos —y con quince heridos por parte de los comandos—. Ello fue posible, a partir de un Plan Operativo previamente concebido, y de un entrenamiento riguroso y adecuado de las Fuerzas Especiales. En esa acción, además, medió la intervención —en ese mismo momento— de la jurisdicción militar, que al culminar el rescate inspeccionó el inmueble y el propio teatro de los hechos, levantando las actas respectivas. El diseño legal fue claro; luego se harán las puntualizaciones técnico jurídicas correspondientes.
4. Cabe destacar que los muertos y heridos, por parte de comandos de la Patrulla Tenaz, demuestran que los terroristas emerretistas se les enfrentaron y dispararon contra ellos. El dictamen pericial de análisis químico de ingeniería forense de

fojas mil cuatrocientos sesenta y tres da cuenta que el análisis de las muestras examinadas a seis emerretistas arrojó resultado positivo para plomo, antimonio y bario.

DÉCIMO OCTAVO. Que la cantidad de disparos que los emerretistas caídos recibieron por los comandos revela que se trató de fuego cruzado, como finalmente señala el informe de las pericias médico-legales realizadas por el Instituto de Medicina Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducido a fojas tres mil noventa y seis, del dieciséis de agosto de dos mil uno: la multiplicidad de las lesiones en los diferentes segmentos corporales y sus variadas trayectorias son características observadas en los enfrentamientos de grupos armados, utilizando armas de fuego de disparos únicos o de múltiple secuencia (fuego cruzado).

En esta perspectiva, el informe del Profesor Derrick Pounder –admitido a fojas veinticuatro mil trescientos noventa y dos– es clarísimo. El patrón lesional en las trece personas fallecidas en conjunto es semejante y conforme a lo que se esperaría de un combate en espacio cerrado, en una situación de rescate de rehenes. En la mayoría de los fallecidos se aprecia el patrón esperado de lesiones por proyectil de arma de fuego, con un gran número de lesiones letales (de sobredestrucción), que apuntan inicialmente como blanco el torso con lesiones dispersas que reflejan un blanco móvil, y luego apuntan hacia la cabeza y cuello de un adversario ya moribundo y/o reducido. En el caso de Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, no hay elemento en el patrón lesional que sugiera que fallecieron bajo otra situación que no sea dentro de un enfrentamiento armado.

Finalmente, todos los rehenes, salvo uno –que falleció–, fueron rescatados, mientras que otros tres rehenes resultaron heridos por proyectil de arma de fuego.

DÉCIMO NOVENO. Que un punto central de la operación de rescate es analizar si se cumplió el principio de proporcionalidad, si medió o no un excesivo uso de la fuerza en la operación.

El artículo tres del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución número treinta y cuatro guión ciento sesenta y nueve, de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, prescribe que “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas*”.

Ello implica, según el comentario incorporado a la norma, que el uso de la fuerza debe ser excepcional y lo pueden hacer en la medida en que razonablemente sea necesario para un objetivo legítimo. El uso de la fuerza importa, además, el empleo de armas de fuego como medida extrema, cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún modo, la vida de otras personas, de suerte que no pueda utilizarse, dadas las circunstancias, otras medidas menos extremas. Este era el caso, precisamente, de los emerretistas que ocuparon violentamente, con uso de explosivos, la residencia del embajador del Japón, y retenían durante varios meses a setenta y dos rehenes. Los delincuentes terroristas, además, estaban armados y se

enfrentaron a los militares. Es necesario tener en cuenta que ya habían amenazado con victimar, por lo menos, a algunos rehenes.

VIGÉSIMO. Que si se tiene en consideración, como objetivo prioritario, la salvaguarda de la vida de los rehenes, los factores que deben tomarse en consideración están en función a lo siguiente: (i) que se trató de catorce terroristas con entrenamiento continuo; (ii) que tenían armamento de guerra: fusiles AKM, un lanzacohetes RPG guión siete y granadas de fragmentación, así como eran quienes controlaban la instalación cuyo acceso habían minado –lo que les daba una singular ventaja estratégica–; (iii) que se trataba de setenta y dos rehenes de especial significación por sus connotaciones políticas internas e internacionales; (iv) que los comandos tenían armamento ligero y varios de ellos solo disponían de granadas aturdidoras, no de fragmentación como poseían los terroristas –así lo han reconocido, por lo menos, cinco comandos: William Córdova, Camino Antúnez de Mayolo, Bendezú Echevarría, Castañeda Sánchez y Alatriza Rodríguez (fojas mil diez, mil veintidós, mil ciento uno, mil ciento siete y mil doscientos treinta y siete)–; (v) que el inmueble era extenso y con dos plantas, lo que obligó a la formación de varios Equipos y Grupos de acción para neutralizar a los terroristas y rescatar a los numerosos rehenes, en una operación que debía ser sorpresiva, rápida y efectiva.

Nada indica, como consecuencia del enfrentamiento habido, del fuego cruzado producido, del incendio y humo desatado en esas circunstancias, y del resultado final, que medió un uso desproporcionado de la fuerza; menos, que era parte del Plan de Operaciones eliminar a los emerretistas, así se rindieran. Se previó un protocolo de acción en caso se rindieran los terroristas y resulten heridos. Los patrones lesionales de los terroristas caídos no sugieren otra conclusión que su muerte en combate, por fuego cruzado.

Un caso con connotaciones propias, sin embargo, es la muerte de Cruz Sánchez, sobre el que se examinará en un apartado específico.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que cabe añadir, desde la perspectiva específica de una acción de rescate por Fuerzas Especiales frente, asimismo, a individuos integrantes de una organización terrorista, con entrenamiento militar, y en posesión y conocimiento de armas de guerra, que una operación militar será proporcionada cuando no ocasiona víctimas ni daños colaterales excesivos o innecesarios, en relación con el resultado global esperado. Si se toma en cuenta que solo un rehén falleció, dos comandos murieron, cinco rehenes resultaron heridos, quince comandos igualmente resultaron heridos y los catorce terroristas fueron abatidos, es razonable deducir que se empleó, incluso a partir del armamento utilizado por el Estado, la fuerza necesaria para liberar a los rehenes y poner fin al secuestro. Además, se alquilaron casas alrededor de la residencia del embajador del Japón, para disminuir sensiblemente o restar el daño colateral, esto es, que se extienda a otros civiles y otros inmuebles.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en esta perspectiva, los comandos, y quienes los dirigieron, actuaron en el estricto cumplimiento de un deber jurídico, de defensa de la sociedad, de restauración del orden público (artículo 20° numeral 8 del Código Penal),

sustentada en razones de seguridad jurídica. Esta causa de justificación, desde la seguridad jurídica, se explica en la exigencia de una ausencia de contrariedad en el sistema jurídico. El ordenamiento jurídico, en estos casos concretos –como los que son materia de análisis– autoriza excepcionalmente una conducta que implica afectar bienes jurídicos de terceros, en razón a la existencia de un interés público predominante: defensa de la vida y libertad de los rehenes, en correspondencia con la afirmación de la seguridad ciudadana, frente al respeto de la vida o integridad corporal de los emerretistas. Los comandos y quienes lo dirigieron, dado lo ya expuesto, se mantuvieron dentro de lo que le impone el deber, por lo que su conducta está plenamente justificada. La finalidad del deber y la necesidad de realizar el acto típico, en cuanto parámetro del cumplimiento del deber, no han sido vulnerados, de ahí la plena vigencia de la referida causa de justificación [Conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho Penal. Parte general*. Segunda Edición. Jurista Editores, Lima, dos mil doce, páginas seiscientos cuatro a seiscientos siete].

§ 4. De la muerte de los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva

VIGÉSIMO TERCERO. Que acerca de la muerte de los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, desde la acusación se destaca, primero, la versión del diplomático japonés Hidetaka Ogura; y, segundo, las características de las lesiones que presentan, las cuales no serían compatibles con la versión proporcionada por los comandos que indicaron que les dispararon.

Menciona la Fiscalía Superior (i) que cuando se lleva a cabo el rescate de Hidetaka Ogura, desde el segundo piso, al pretender descender por la escalera, al dar vuelta y mirar dentro del ambiente, observó como dos terroristas (un hombre y una mujer) habían sido capturados por los comandos, los cuales los tenían rodeados. Luego, los agraviados fueron encontrados muertos. Por otro lado, (ii) que las lesiones que presentan los dos emerretistas agraviados, con trayectoria de atrás hacia delante y de arriba hacia abajo, difieren de las versiones de los comandos que dicen les dispararon. Todo ello significa, a juicio del Ministerio Público, y también de la parte civil, que los dos agraviados fueron víctimas de ejecución extrajudicial.

VIGÉSIMO CUARTO. Que la sentencia recurrida destaca que Hidetaka Ogura no tuvo la visión suficiente para ver que los agraviados se rendían, pues la escalera se encontraba sostenida en la baranda metálica del balcón, de suerte que no tenía suficiente visión hacia el interior de la habitación, pues el ancho del muro que hace colindar la entrada a la habitación con el extremo de la reja de la baranda del balcón no lo permite. Es más, los rehenes eran evacuados, para su mayor seguridad, uno por uno. Si como Hidetaka Ogura indica, era el penúltimo rehén, y como aparece de lo actuado, el último rehén se aprestaba a bajar pero reingresa a la habitación por sus medicinas, ello significa que Hidetaka Ogura ya no estaba en el lugar o sea en pos de bajar la escalera.

Este planteamiento no es compartido por la jueza Lizárraga Houghthon, quien expresa que la observación de Hidetaka Ogura se produjo antes de subir la escalera, y su apreciación es coherente con las fotografías mostradas en el acto de la audiencia.

VIGÉSIMO QUINTO. Que Hidetaka Ogura declaró que después que los comandos intervinieron el cuarto “I” –allí se encontraban como rehenes los magistrados; mientras que en el cuarto del costado, el cuarto “H”, estaban once ciudadanos japoneses, incluido el citado. Al hacerlo voltear a mirar hacia la entrada principal del cuarto “I” observó que dos miembros del MRTA estaban rodeados por militares de estatura alta –una de ellas era Cynthia–; que antes de bajar por la escalera portátil escuchó que Cynthia gritaba algo así como: “*No lo maten*” o “*No me maten*” [carta de fojas dos mil ochocientos ochenta y siete, del veinte de agosto de dos mil uno; acta de interrogatorio de fojas diez mil cuatrocientos treinta y uno, confeccionada en Japón; y declaración plenarial vía teleconferencia de fojas veinte dos mil novecientos noventa y cinco vuelta].

VIGÉSIMO SEXTO. Que para el juicio de credibilidad del testimonio de Hidetaka Ogura cabe tener en cuenta varios factores. Así: (i) Que recién hizo saber lo ya expuesto en diciembre de dos mil, en una entrevista que salió publicada el dieciocho de diciembre de ese año en el diario *El Comercio*; es decir, tres años y ocho meses con posterioridad a los hechos, que por lo tardío de denunciar o poner en conocimiento público tan grave acontecimiento permite relativizar su versión; (ii) que tanto Carlos Tsuboyama Matsuda (fojas ciento cuarenta y cinco y cinco mil doscientos treinta y siete) –que fue rehén del cuarto “H”– y los jueces supremos Montes de Oca (fojas ciento cincuenta), Pantoja Rodulfo (fojas ciento cincuenta y cinco y mil doscientos treinta y ocho) y Sivina Hurtado (fojas ciento setenta y cinco y veintidós mil ciento ochenta y tres) –que fueron rehenes del cuarto “I”–, como los rehenes Giampietri Rojas (fojas ciento noventa y uno, seis mil ochocientos veinticinco y veintiún mil novecientos dieciocho) y Rosas Domínguez (fojas doscientos y diez mil seiscientos setenta y dos) –marino uno y policía otro, respectivamente–, acotaron que no pudieron ver nada porque había mucho humo, tanto por la balacera como por las detonaciones de bombas [Giampietri Rojas llegó a puntualizar que había muy poca visibilidad, mucho humo porque con las granadas el tapizón y las alfombras se quemaron]; (iii) que, en igual sentido, declaran los comandos del Grupo Delta ocho: Becerra Noblecilla (fojas mil treinta y dos), Moral Rojas (fojas mil cuarenta) y Huarcaya Lovón (fojas quinientos cincuenta y cuatro y siete mil trece), al expresar que no vieron nada por las detonaciones y humo; siendo de enfatizar que el rehén César Aguirre Legua perdió el conocimiento producto del humo negro que había en el interior de la residencia (fojas cuatro mil ochocientos ochenta y cinco); (iv) que, en línea de corroboración de la precisión que contiene la sentencia de instancia, el rehén Giampietri Rojas acotó que Hidetaka Ogura estaba en el balcón que da al cuarto “I”, y bajaba al primer piso por las escaleras puestas por los comandos, no era posible que pudiera mirar hacia atrás.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que un testimonio escrito de relevante significación es el proporcionado en el libro *Rehén Voluntario* del padre Juan Julio Wicht S. J. (Lima: editorial Alfabuara, mil novecientos noventa y ocho). En la acción de rescate –dice– no solo se produjeron explosiones, sino advirtió sonidos de granadas y metrallas, y producto de las explosiones vio el humo denso, oscuro, tóxico; humo que penetró las habitaciones y pasillos cubriéndolo todo, a tal punto que, echado en el suelo, pudo ver

solo las botas de los comandos. Además, conforme pasaban los minutos, insiste, el humo seguía tan denso que hacía imposible saber qué ocurría a dos o tres metros de su rincón (fojas tres mil ochocientos ochenta y uno a tres mil ochocientos ochenta y cuatro).

Otro dato notable que aporta es que el comando que se le acercó lo había identificado. Ello le permitió comprender que los comandos prepararon todo al detalle, estudiaron cada rincón de la casa, y conocían y aprendieron los nombres de todos, además de sus caras (fojas tres mil ochocientos ochenta a tres mil ochocientos ochenta y siete).

VIGÉSIMO OCTAVO. Que no solo tres comandos –y no dos como dice la sentencia recurrida– admiten que dispararon contra los terroristas agraviados en acto de combate, sino que todos los comandos niegan la escena que dice observó Hidetaka Ogura. En una entrevista periodística, ya citada publicada, en el diario *El Comercio*, cuyo texto corre a fojas mil trescientos dieciocho, hizo mención, algo contradictoriamente, que dentro de la residencia no logró ver completamente bien, aunque alcanzó a ver a dos terroristas que habían sido capturados. Todos los testigos apuntan que no podían ver por el humo y lo rápido de lo ocurrido –no es creíble que solo él observe lo que todos los que estaban allí no lo hicieron–. Este hecho, unido a que nadie escuchó gritos de rendición y a lo tardío de su denuncia, no permiten concederle credibilidad, ante la falta de datos, aunque sea periféricos, de corroboración. Además, dos rehenes de especial significación: Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, expusieron en sus declaraciones que Hidetaka Ogura estaba muy vinculado a los emerretistas y que pasaba mucho tiempo con ellos, dato que –aunque no definitivo– contribuye a restar aún más la credibilidad a su testimonio. También disminuye su nivel de sinceridad el hecho de que mencionó en el acto oral [sesión sexagésima octava del veintitrés de abril de dos mil doce] que el Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón obligó a todos los rehenes japoneses someterse a una terapia psicológica, lo que ha sido expresamente negado por el gobierno del Japón [Nota Diplomática de fojas veinticuatro mil ciento cincuenta].

VIGÉSIMO NOVENO. Que, de igual manera, la prueba médico forense no corrobora la imputación y lo expuesto por Hidetaka Ogura. Es más, la descarta definitivamente. No es correcto afirmar que al momento de recibir los disparos, las víctimas se encontraban incapacitadas. En efecto:

1. El Informe médico legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducido a fojas tres mil noventa y seis, puntualiza que por la multiplicidad de lesiones que presentan dichos agraviados y sus varias trayectorias, se trata de características observadas en los enfrentamientos de grupos armados, que utilizaron armas de fuego de disparos únicos o múltiple frecuencia (fuego cruzado).
2. La pericia de medicina forense de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducida a fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, ratificada en el acto oral, da cuenta de que no se comprobó evidencia de “tatuaje”, por lo que no se puede determinar si el disparo se efectuó a corta o larga distancia.
3. Las pericias de balística forense de fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, dos mil setecientos veintinueve y dos mil setecientos treinta y cuatro establecen que

los cadáveres de los dos agraviados no presentaron signos de disparo o cañón aplicado ni presentaron signos de Benassi –propios de disparos a corta distancia, que en restos óseos no desaparecen–. No se encontraron, por tanto, restos de disparos a corta distancia.

4. Las pericias enuncian, respecto a la posición de las víctimas en relación al tirador, que puede tratarse de combate cruzado y que los disparos no son de corta distancia. Además, revelan que los proyectiles que impactaron en las víctimas eran de nueve milímetros.
5. El Informe del profesor Derrick Pounder, igualmente, precisa que el patrón lesional en las trece personas fallecidas en conjunto es semejante y es conforme a lo que se esperaría de un combate en espacio cerrado, en una situación de rescate de rehenes.
6. El Informe del Equipo Peruano de Antropología Forense (fojas mil quinientos cuatro) se menciona que es factible concluir, por lo menos en ocho de los catorce casos, en que las víctimas se habrían hallado incapacitadas al ser disparadas. La movilidad de la víctima fue mínima o igual a cero. No obstante, el perito José Pablo Baraybar Do Carmo, en sede sumarial y plenarial (fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho y veintiún mil cuatrocientos treinta y siete), narra que el informe que elaboró conjuntamente con Clyde Collins Snow no hace referencia a la posición específica de la víctima en relación al victimario, y que el informe es de cuello y cabeza, y se tiene que leer en forma complementaria con el de medicina legal.
7. Esto último, es criticado por Derrick Pounder, que lo califica de una debilidad fundamental e irreplicable, pues no es posible realizar una reconstrucción significativa de los disparos sin tomar en consideración las lesiones infringidas en el torso, así como en la cabeza y en el cuello del occiso. El Informe antes aludido es parcial, no toma en cuenta los hallazgos encontrados en las necropsias iniciales, cuando las personas acababan de morir y las lesiones por proyectil de arma de fuego en la piel estaban disponibles para su examen y documentación.

§ 5. De los agravios de las partes recurrentes

TRIGÉSIMO. Que a pesar que lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes desestima la pretensión impugnativa de las partes acusadoras, al concluir que no existió una ejecución extrajudicial –cabe insistir que el caso de Cruz Sánchez (a) “Tito” tiene un encuadre específico, que luego se analizará–, y que la operación militar Chavín de Huantar cumplió con los estándares del Derecho Internacional y con los propios del Derecho Penal nacional (los comandos militares –miembros del Ejército y de la Marina– y quienes los dirigieron –de uno u otro modo, los imputados a quienes se les atribuye autoría mediata e, incluso, a otros más desde diversas perspectivas jerárquicas en la cadena de mando– actuaron en cumplimiento de un deber jurídico), es menester responder algunos motivos –puntos o cuestiones planteados– de su pretensión en cumplimiento de los principios de exhaustividad y congruencia.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que una primera cuestión se refiere a que los cadáveres se llevaron al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú y no a la Morgue Central de Lima. Ello, además, importó que se impida a los peritos de Criminalística de la Policía Nacional el acceso a la residencia del embajador del Japón. Todo lo cual implicaría una voluntad de ocultar o desaparecer las pruebas o vestigios de la comisión de delito.

Este motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que es cierto que el Decreto Supremo número cero cero tres guión sesenta y nueve guión PM guión JC, que aprobó el Reglamento de Necropsias, disponía que estas se realicen por los médicos legistas y que la necropsia comprende siempre la apertura de las cavidades craneales, pectoral y abdominal. Ello supone, como es lógico, la intervención de la jurisdicción penal ordinaria.

No obstante, no sucedió así. En esa ocasión, no solo el ámbito territorial, donde se encontraba la residencia del embajador del Japón, estaba bajo el Estado de Emergencia –tal como ha sido puntualizado anteriormente– sino que la jurisdicción que la regía era la castrense; de conformidad con el artículo 10° de la Ley número 24150, de modo que la autoridad judicial militar era la competente para realizar los actos de investigación y levantamiento de los cadáveres.

Las primeras diligencias las hizo el Juez Militar, acompañado del fiscal militar, como fluye de las dos actas respectivas: de intervención de las Fuerzas del Orden en cumplimiento al Plan de Operaciones Chavín de Huantar, y de identificación y levantamiento de cadáveres de los delincuentes terroristas pertenecientes al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru encontrados en la residencia del embajador del Japón, de veintidós y veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete, respectivamente.

TRIGÉSIMO TERCERO. Que es evidente que la norma que sustentó el concurso de la jurisdicción militar fue declarada inconstitucional y que, también posteriormente, la jurisprudencia tanto nacional [Sentencia del Tribunal Constitucional número cero diez guión dos mil dos guión AI diagonal TC, del tres de enero de dos mil tres, párrafos noventa y cuatro al ciento nueve] como internacional consideró que las imputaciones acerca de crímenes contra los derechos humanos no pueden ser de conocimiento por la jurisdicción militar –esta línea jurisprudencial, luego de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Sentencia Castillo Petruzzi versus Perú, del treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve, párrafos ciento veintiocho al ciento treinta] y del Tribunal Constitucional, está plenamente asumida por este Supremo Tribunal–. Como el análisis es *ex ante* y no *ex post*, no es posible cuestionar, aquí y ahora, la legalidad de esa decisión normativa y, luego, judicial de intervenir la justicia castrense, a los efectos de estimar que los imputados y otras altas autoridades, a sabiendas o dolosamente, negaron el acceso a la justicia penal ordinaria, el juez legal del caso, e impidieran una investigación alternativa e independiente de los hechos.

Dos datos pueden mencionarse. Primero, que los imputados actuaron –visto el encuadre normativo en el momento de la actuación– de buena fe, al definir la intervención de la jurisdicción militar y coordinar con ella, como se menciona en el

Plan Operativo, por lo que, por tal razón, medió, en todo caso, error de prohibición invencible. Así las cosas, no es posible sostener desde el Derecho Penal que se actuó delictivamente. Segundo, que las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales recién se produjeron, por obra del diplomático Japonés Hidetaka Ogura, el dieciocho de diciembre de dos mil a un medio de comunicación social *–El Comercio–*, no a la Fiscalía, y las denuncias formales de los familiares de las víctimas el cuatro de enero de dos mil uno: tres años y ocho meses después de los hechos. Inicialmente, las actas de la jurisdicción castrense, ya mencionadas, no dan cuenta de dato relevante alguno que importe indicio de criminalidad; incluso de Cruz Sánchez se menciona que tenía una granada en la mano que no llegó a lanzar [folio siete del acta respectiva].

TRIGÉSIMO CUARTO. Que mal se puede sostener, entonces, que estaba preestablecido un procedimiento para ocultar una voluntad delictiva de ejecuciones extrajudiciales dispuestas por las más altas escalas de la cadena de mando. El noveno principio, relativo a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social en su Resolución número mil novecientos ochenta y nueve diagonal sesenta y cinco, del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, estipula que se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial, de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. La investigación es la que ha dado lugar a este proceso, ya con intervención de la justicia penal ordinaria, independiente, objetiva e imparcial, frente a las denuncia de ilicitudes penales.

TRIGÉSIMO QUINTO. Que resta deslindar la denunciada influencia negativa de las necropsias realizadas en el Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Si bien las necropsias inicialmente elaboradas no fueron completas y se ha explicado que la autopsia es parcial cuando se tiene la certeza diagnóstica de que la causa de muerte está localizada en algún órgano del cuerpo humano [ver necropsias preferenciales de los tres agraviados de fojas mil setecientos nueve, mil setecientos doce y mil setecientos trece, analizadas por los pertinentes informes médico-legales de fojas mil quinientos cuarenta y ocho y siguientes], es de acotar que la orden de realización de las pericias provino de la autoridad judicial militar, orden que cumplieron los médicos del Hospital Central, en cuyo resultado el Jefe del Departamento de Anatomía Patológica cumplió con ratificarse *–atento a su carácter de pericia institucional–*, como se advierte de las declaraciones de fojas trescientos sesenta y uno, trescientos noventa y siete y trescientos setenta y dos, en concordancia con los médicos de sanidad que participaron en las necropsias, que declararon a fojas cuatro mil setecientos ochenta, cuatrocientos setenta y seis y cuatrocientos ochenta y dos.

Las opiniones forenses del Instituto de Medicina Legal sostienen que tales necropsias no aportaron datos conclusivos sólidos [ver observaciones del Informe Médico Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho]. Además, luego se dispuso el entierro de once cadáveres como NN en diversos cementerios de la ciudad.

En el primer caso, a los efectos de determinar las causas de la muerte, aunque se oscureció parcialmente un correcto resultado forense, posteriormente se realizó la exhumación de cadáveres [ver Partes de fojas dos mil quinientos treinta y siete, dos mil quinientos cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y dos, así como protocolos de exhumación de fojas tres mil trescientos dos, tres mil trescientos trece y tres mil trescientos noventa y cinco] y se emitió el Informe de Medicina Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, que ha permitido determinar la existencia de un “fuego cruzado”.

Cabe destacar que Baraybar Do Carmo, experto del Equipo Peruano de Antropología Forense, que por lo demás no es una institución de carácter oficial –no son expertos habilitados y sometidos a la carrera administrativa integrada al Instituto de Medicina Legal, encargados por ley de este tipo de pericias forenses– señaló que no puede afirmar la posición en que se encontraban los tres agraviados. A lo mucho puede establecer un patrón de conducta, de cómo ingresó la bala; mas no dice, en algún momento, cómo fueron victimados los terroristas.

De ser así, en lo que es relevante a los efectos de esta causa, tales limitaciones, suplidas en lo esencial con las diligencias forenses realizadas en el proceso, no son significativas ni permiten sostener que sus deficiencias determinaron una pérdida total del material probatorio que impidió una conclusión científica aceptable de los hechos.

Por último, cabe puntualizar que el entierro de cadáveres como NN solo se produjo respecto de aquellos que no fueron identificados. De tres de ellos, previa identificación, se entregó los cadáveres a sus parientes, incluyendo el del jefe terrorista Cerpa Cartolini (a) “Evaristo” –el resto eran Cruz Sánchez y Rolly Loli Fernández– [ver Memorando de fojas Un mil setecientos cincuenta y cuatro].

TRIGÉSIMO SEXTO. Que la Fiscalía Superior denuncia la inaplicación del artículo 19° del Código de Justicia Militar, pues se cumplió con ejecutar órdenes notoriamente ilícitas. El citado Código, a diferencia del Código Penal común, añade el requisito de que la orden no debe ser notoriamente ilícita. Es claro, sin embargo, (i) que el artículo 20°, inciso 9, del Código Penal, supone, de acuerdo con la Constitución, que no existe el deber de cumplir órdenes ilícitas, y (ii) que la locución “notoriamente ilícita” alude, en principio, a los delitos más graves (un asesinato, sin duda, lo es), los mismos que constituyen una violación a las reglas fundamentales de la convivencia social [Conforme: HURTADO POZO. *Manual de Derecho Penal*. Tercera edición, Grijley, Lima, dos mil cinco, páginas quinientos ochenta y cuatro a quinientos ochenta y cinco].

Tal motivo no puede prosperar.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en efecto, la denuncia de inaplicación de la norma material parte de entender, con carácter previo, que se produjeron ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias por parte de las Fuerzas Especiales y por mandato de los imputados. Lo analizado en la tercera y cuarta sección de la parte Fundamentos de Derecho de la presente Ejecutoria Suprema, y lo indicado en los fundamentos jurídicos quinto al séptimo de esta misma Parte, constituyen motivación razonada y razonable suficiente y a ella se ha referido la sentencia de instancia.

Cabe sí destacar, primero, que existe prueba testifical y documental que revela no solo la exigencia de las autoridades del respeto de los derechos humanos [véase fojas seis mil setecientos treinta y nueve, seis mil setecientos cincuenta y uno, seis mil setecientos cincuenta y siete y seis mil setecientos setenta y cuatro] y que incluso en los planes de ejecución se tenía prevista la posibilidad de rendición y la forma en que debía procederse frente a ellos [véase declaraciones de los comandos de fojas quinientos veinte y siete, quinientos veinte y ocho, quinientos cuarenta y cinco, quinientos sesenta y tres, quinientos setenta y seis, seis mil noventa y dos, novecientos dieciséis y siete mil trece]. Segundo, decir que no se contaba con instrumentos para asegurar a un rendido o capturado, en el contexto de una operación de Fuerzas Especiales de rescate de rehenes y según la forma como se llevó a cabo, con secuestradores terroristas que anunciaron enfrentamientos armados y que en el acto de la acción de rescate se luchó con los comandos, no tiene solvencia técnica ni rigor para analizar operaciones de esta naturaleza.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que es importante precisar que los actos permitidos por el ordenamiento comprenden dos requisitos y exigen tres condiciones para su debida aplicación [Conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro]. El primer requisito es que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las normas jurídicas a hacer uso de medios letales, y el segundo es que el hecho típico se haya producido en el ejercicio de sus funciones; sin duda, se trató de una operación militar de rescate que, dadas las circunstancias, era de indispensable realización y estaba conforme con el ordenamiento jurídico.

La primera condición, en cuanto a la conducta del agente oficial, es que para el cumplimiento de su deber tenga necesidad de hacer uso de medios violentos. La segunda es que se utilice el medio violento menos peligroso y del modo menos lesivo posible en consideración a las circunstancias. Y la tercera estriba en que sea proporcional la violencia utilizada en relación con el hecho que origina la intervención de las Fuerzas Especiales. Esas condiciones ya han sido analizadas. La necesidad de la operación militar de rescate se dio cuando se frustró la negociación y se contaba con información de una conducta agresiva de los secuestradores contra los rehenes, además se utilizó armamento de guerra ligero y las técnicas militares de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo, frente a terroristas fuertemente armados y decididos, como en efecto hicieron, al enfrentarse a los comandos.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que la Fiscalía Superior, como tercer motivo, establece que se vulneró el juicio de fiabilidad al valorar dos informes técnicos, médicos forenses, presentados por la Procuraduría del Estado del Ministerio de Defensa de los doctores Juan Manuel Cartagena y Derrick Pounder.

El motivo no puede tener éxito.

CUADRAGÉSIMO. Que, en principio, los informes en cuestión han formado parte de las actuaciones. El del profesor Derrick Pounder (fojas veinticuatro mil ciento cincuenta y

cinco) fue admitido por decisión dictada en audiencia y oralizado (fojas veinticuatro mil trescientos treinta y siete). Los dos Informes del médico forense español Juan Manuel Cartagena (fojas veintitrés mil seiscientos treinta y dos y veintitrés novecientos noventa y nueve), si bien medió oposición de la parte civil, la Sala los admitió y oralizó a fojas veintitrés mil setecientos cincuenta y uno y veinticuatro mil ciento seis. La oposición, en este caso, carece de virtualidad. Se trata de documentos, sin duda técnicos, cuyo análisis está reservado a las partes y, fundamentalmente, están sujetos a la verificación jurisdiccional.

Si bien fueron considerados como “documentos ilustrativos”, tal carácter ilustrativo o no otorgado por la Sala Sentenciadora es irrelevante, en tanto que puede ampararse en él, como prueba documental –no puede ser otra cosa que un medio de prueba, ni siquiera atípico–, para examinar, con arreglo a la sana crítica racional –a la luz de la experiencia, la lógica y el recto entendimiento humano, que apuntan a una justificación racional–, las pericias médico y antropológico forenses. Son puntos de apoyo técnico que extienden el espectro del análisis que debe hacerse de toda pericia y, como tal, tienen un carácter complementario (uno de los elementos que compone el concepto mismo de sana crítica es el de los conocimientos científicamente aceptados socialmente, de ahí que toda información que permita profundizar en este análisis no puede dejar de tomarse en cuenta).

En tanto la meta del proceso es el esclarecimiento sobre el hecho y la responsabilidad atribuida a los acusados, negar su análisis contraría ese objetivo, constitucionalmente legítimo. Cabe añadir que las conclusiones periciales serán obviamente más confiables cuando se vean armoniosamente corroboradas por el resto del material probatorio incorporado a la causa; cuando concuerde con el dicho de los testigos, documentos y demás constancias, su eficacia aumenta [JAUCHEN, EDUARDO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, dos mil doce, páginas cincuenta y cinco y cincuenta y nueve].

En tanto los informes fueron ofrecidos por parte legitimada y constan en las actuaciones que no se afectó el derecho de defensa ni el principio de contradicción. Muy bien pudieron hacer referencia a ellos en la fase respectiva y, concretamente, en los alegatos. Como ha estado disponible en las actuaciones, examinarlos constituye una labor que hace compatible la valoración de la prueba con el principio de exhaustividad, en cuya virtud todos los elementos probatorios integran una unidad y el juez debe analizarlos y comprobar su vinculación, o los grados de conformación o rechazo de las hipótesis en juego [RIVERA MORALES, RODRIGO. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons, Madrid, dos mil doce, páginas doscientos cuarenta y uno a doscientos cuarenta y dos].

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que la Fiscalía Superior denuncia, como cuarto motivo, que el acta de identificación y levantamiento de los cadáveres de los delincuentes terroristas no fue realmente firmado por los peritos que participaron en dicha diligencia, pues fueron impedidos de ingresar a la residencia, acta que firmaron en lugares y momentos distintos. Estima, por consiguiente, que carece de eficacia y es inválida por vicios insalvables.

El motivo carece de consistencia para ser aceptado.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que se trata de un acta judicial, realizada al día siguiente de la operación militar de rescate por el Juez Militar, en compañía del fiscal militar, y refrendada por el Secretario Letrado. Cabe significar, primero, que la diligencia materia del acta de intervención de las Fuerzas del Orden de fojas un mil ochocientos uno, levantada el mismo día de la operación militar de rescate, tuvo que suspenderse porque existía peligro para la seguridad del personal judicial porque “[...] se tenía conocimiento de que lugares estratégicos de la residencia se encontraban minados y con trampas ‘cazabobos’”.

Segundo, que la diligencia de identificación y levantamiento de cadáveres, materia del acta de fojas un mil ochocientos seis y siguientes, fue dirigida por el Juez Militar, con intervención del Fiscal militar, y refrendada por el Secretario Letrado. En las páginas siete y ocho se precisó que la diligencia inicial se suspendió por la presencia de artefactos explosivos que el personal especializado desactivó –lo que confirma este aserto, que tipifica una causa de fuerza mayor insuperable para no continuar ese mismo día la diligencia judicial–. En la página ocho del acta en cuestión, se anotó que el Juez Militar dispuso el levantamiento de los cadáveres y ordenó el traslado de los mismos al Hospital Central de la Policía Nacional para las autopsias respectivas, así como que los funcionarios judiciales se constituyen a dicho hospital y se ordenó al médico de patología, comandante PNP Herbert Ángeles Villanueva, practique las necropsias de ley, igualmente dispuso que personal especializado realice la identificación respectiva de los cadáveres. Esa acta fue firmada, además del personal judicial, por seis miembros de la PNP: dos peritos dactiloscópicos, dos odontólogos y dos oficiales médicos de Anatomía Patológica del Hospital Central de la Policía Nacional. La Nota Informativa de fojas un mil setecientos, da cuenta del traslado de los cadáveres de los terroristas al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Por orden del Juez Militar no se realizaron actas de Inspección Técnica Policial (Informe Policial de fojas un mil seiscientos noventa y siete). Las necropsias se remitieron conforme aparece del oficio de fojas un mil setecientos siete, del treinta de junio del dos mil uno, cursado por el Director General del referido Hospital Central. El Jefe del Departamento de Anatomía Patológica, en su ampliación de manifestación de fojas un mil doscientas setenta y nueve, informó de la actividad que le tocó cumplir, por orden judicial, al Hospital Central, al punto de concluir que los catorce cadáveres muestran disparos a larga distancia.

Los peritos de dactiloscopia cumplieron con su rol al tomar las huellas de los cadáveres, aunque según menciona uno de ellos se le obligó firmar el acta judicial de levantamiento de cadáver [ver declaraciones de fojas trescientos setenta y siete y trescientos ochenta y cinco]. Este último dato no es particularmente significativo, porque solo está referido al mandato judicial y al momento en que el Juez Militar se trasladó al Hospital Central de Policía, no a toda la fase previa y esencial, de lo que se halló en el teatro de los hechos y su descripción. El traslado se cumplió, se acató la orden judicial y las pericias anatómicas se realizaron.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que el motivo por el cual el acta de levantamiento de cadáver culminó al día siguiente está absolutamente justificado. No puede formularse

reparo por esa circunstancia de fuerza mayor. Es evidente que la escena de los hechos fue removida, pues se requería auxiliar a los heridos, apagar el fuego y, luego, revisarla para eliminar el peligro de artefactos explosivos [declaraciones de efectivos de la Unidad de Desactivación de Explosivos Reyna Zelada y Párraga Zapatero, de fojas quinientos quince y quinientos veinte]. Nada indica que durante ese lapso manos extrañas alteraran dolosamente el teatro de los hechos para ocultar ilicitudes penales. Recuérdese que el inmueble constituía un recinto diplomático, lo que contribuía a las exigencias de mayor cuidado y a coordinaciones con el personal diplomático japonés. Luego de la operación de rescate no ingresaron personas ajenas a la residencia, apuntó el general PNP Gamero Febres, encargado de la custodia [declaración sumarial de fojas once mil ochocientos cincuenta y ocho].

Determinados cuestionamientos a la última acta, acerca de la firma del personal del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú y de Criminalística de la propia Policía Nacional del Perú, aun cuando completan la actuación judicial, no son relevantes respecto del propio levantamiento de cadáveres y de la específica descripción del teatro de los hechos, que solo corresponde definirlo a la autoridad judicial. Los peritos habían intervenido, según el acta, recién cuando el personal judicial se trasladó al Hospital Central: cabe señalar que se trasladó a los cadáveres, que las autopsias se realizaron en ese hospital y que las huellas se tomaron.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que la Fiscalía y la parte civil insisten en que se produjo una “cadena de mando paralela”, que partía desde el presidente Fujimori Fujimori, el jefe del CCFFAA Hermoza Ríos, el asesor presidencial Montesinos Torres, el comandante general de la DIVFFEE Jaime Patiño, el jefe de la Patrulla Tenaz y los miembros del SIN, Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. Los efectivos del SIN, con Montesinos Torres como eje rector y la intervención del general EP Hermoza Ríos, tenían injerencia de facto en la operación militar, al punto que se encargaron de matar a los subversivos que quedaban vivos.

Se parte de la afirmación de que Montesinos Torres integraba el COT; que él coordinaba directamente con el presidente Fujimori Fujimori y recibía informes de los tenientes coroneles EP Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. La cadena de mando paralela era conocida por el general EP Jaime Patiño y el coronel EP William Zapata. A través de la cadena de mando militar llegó la información de los tres detenidos y fue al más alto nivel que se decidió la muerte de los rendidos por las instancias ejecutoras. Este motivo no es viable.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, como es evidente, todos los integrantes de la Patrulla Tenaz han negado vínculo alguno con los miembros del SIN, al punto de estar supeditados a ellos o, cuanto menos, entregarle a los emerretistas rendidos para su ejecución extrajudicial. Esa negativa alcanza a los jefes de la cadena de mando militar. En las operaciones propiamente militares de rescate no participó Zamudio Aliaga, tal como declara el suboficial PNP Raúl Robles Reynoso, en su testimonial sumarial de fojas once mil novecientos cinco. Zamudio Aliaga mencionó que solo ingresó después de terminada la operación de rescate para ayudar a la evacuación de heridos y rehenes, y su posición de mando estaba ubicada en el exterior de la residencia [manifestación

de fojas un mil trescientos dos]. El suboficial de tercera PNP Marcial Teodorico Torres Arteaga apuntó que terminado el operativo, los efectivos del SIN ayudaron a que los rehenes salgan de los túneles; a estos mismos les correspondió la filmación del operativo [declaración de fojas seis mil quinientos cinco]. Montesinos Torres, en el momento de la operación, se encontraba en el SIN, como declaró el efectivo de inteligencia Alejandro Montes Walters [instructiva de fojas seis mil seiscientos], luego de lo cual se desplazó a la residencia [instructiva de Javier Pérez Pezo de fojas seis mil seiscientos dieciséis].

El teniente coronel EP Pajares del Carpio es enfático: no tenían que obedecer ninguna orden de Huamán Ascurra –quien se encontraba en el Bunker, en la Casa número uno, cuando se produjo el operativo [declaración del Suboficial PNP Churata Apaza de fojas seis mil cuatrocientos noventa y seis], ni Zamudio Aliaga, porque no figuraban en la línea de comando, a quienes ni siquiera vio durante la operación [declaración de fojas tres mil veintisiete].

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que no hay duda de la intervención en el COT de Montesinos Torres, por orden del presidente Fujimori Fujimori. El SIN realizó, además, tareas de información, interceptación telefónica, comunicación con rehenes y análisis de la información acopiada, así como la elaboración de maquetas de la réplica de la embajada y la construcción de túneles. Tenía a su cargo, además, la custodia y control de las casas aledañas a la residencia, la filmación y tomas fotográficas de lo sucedido en la operación, y el apoyo en el traslado de heridos –Ramos Viera, del SIN, agregó que también les correspondió la logística: uniformes, materiales y municiones para las Fuerzas Especiales [fojas quinientos ochenta y tres]–. Los mecanismos de comunicación eran propios para cada institución: los comandos y sus mandos, y del SIN y sus mandos.

Aclaró Hermoza Ríos que Montesinos Torres llegó luego de que acabó la operación Chavín de Huantar y no tenía ningún mando sobre las fuerzas de intervención y, por ende, no podía dar órdenes [declaración plenarial de fojas veinte mil quinientos veintisiete]. El general EP Jaime Patiño, comandante general de la DIVFFEE, precisó que no recibió información de Montesinos Torres durante el desarrollo de la operación. La no injerencia de Montesinos Torres en el aspecto militar es afirmada por el coronel EP Williams Zapata en su declaración sumarial de fojas once mil quinientos sesenta y seis y en su declaración plenarial de fojas veintiún mil seiscientos setenta y ocho.

El suboficial PNP Olivares Príncipe que estaba como personal de seguridad en la Casa número tres, bajo el mando del suboficial PNP Clavijo Arrece, se limita a decir que Montesinos Torres estaba a cargo de la operación. Esa información, por provenir de un suboficial con un puesto menor en la operación no tiene mayor fundamento, tanto más si Clavijo Arrece no la corrobora, quien además alude a la ausencia de Huamán Ascurra ese día [fojas un mil ciento cuarenta y un mil ciento cincuenta y nueve]. El técnico de tercera EP Tolentino Tapia, en su manifestación de fojas seiscientos diez y testifical de fojas seis mil trescientos setenta y cuatro sostiene, primero, que era el encargado de filmar el operativo, que la información la revisaba y evaluaba el teniente coronel EP Huamán Ascurra, y que el día del rescate Huamán Ascurra y el coronel EP

William Zapata informaban todos los detalles a Montesinos Torres; y, segundo, que Huamán Ascurra y William Zapata estuvieron en los puestos de comando, pero quien comunicaba lo ocurrido a Montesinos Torres era el primero, que ingresó a la vivienda inmediatamente después de cesar el combate para filmar, y que Huamán Ascurra estaba a cargo de la operación de inteligencia.

Esta última declaración no es uniforme, aunque confirma lo que todos han expresado: Huamán Ascurra tenía a su cargo labores típicamente de inteligencia, y que él daba cuenta a Montesinos Torres –su grado y puesto de ocupación, sin duda, no le permitía acceso a las líneas más delicadas de comunicación durante la operación militar–. No está probada una interferencia del área de inteligencia del área de intervención propiamente dicha, menos que Montesinos Torres, por encima del jefe del CCFFAA y del comandante general de la Primera DIVFFEE cursara órdenes a William Zapata, jefe de la Patrulla Tenaz. Como ha quedado establecido, a partir del análisis que se ha efectuado, no se produjo, respecto de los emerretistas Meléndez Cueva y Peceros Pedraza una ejecución sumaria o arbitraria.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que los documentos filmicos se entregaron a Montesinos Torres, pero no se ha podido contar con ellos: han desaparecido. Sin embargo, tal circunstancia y determinadas afirmaciones, no uniformes y sin contrastar, no permiten sostener que existía un comando paralelo, por lo demás de muy difícil presencia en el curso de una operación militar –compleja y de gran precisión, cuyo éxito dependía de una sola orden centralizada del más alto nivel de la cadena de mando– que alcanzó los resultados esperados. La declaración plenarial del ministro de defensa Aurelio Loret de Mola de fojas veintiún mil cuarenta y ocho, como anota el Fiscal Supremo, formulando interrogantes y descalificaciones a los integrantes del SIN, es solo una apreciación que en el contexto del caso y en el marco de las investigaciones judiciales realizadas no consolida los cargos de la existencia de una línea de mando paralela y una misión específica por aquella de eliminar emerretistas heridos o capturados.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que la Fiscalía, en línea de acreditación de los hechos, como quinto motivo, menciona que, a falta de prueba directa, se debió recurrir a prueba indiciaria. La acusación recurrió a ese tipo de prueba, lo que le permitió estimar, primero, que existió una línea de mando paralela y, segundo, que se ejecutó arbitrariamente a tres emerretistas rendidos y capturados.

Tampoco este motivo es viable.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, por lo demás, es claro que en el presente proceso –o en otros– a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Cabe recordar que en el *sub lite* se tiene, siempre desde la perspectiva de las partes acusadoras, tres testimonios sobre hechos inmediatamente previos a la muerte de los tres emerretistas agraviados y prueba pericial forense sobre las lesiones por proyectil por arma de fuego que registran los aludidos agraviados, así como datos subsecuentes al hecho –lógicas de encubrimiento real– que fundan la pretensión acusatoria.

Otro tema es, como se ha dejado claro, que tales datos o informaciones no son indicios –ante su falta definitiva de acreditación–, menos graves y concordantes, respecto de las que no es posible hacer uso de una inferencia correcta, la cual necesariamente debe partir de realidades constatables.

QUINCUAGÉSIMO. Que la prueba por indicios requiere, como es sabido, (i) que los indicios –su objeto no es el directamente final de la prueba: la conducta delictiva– se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas; y, (ii) que los hechos constitutivos de delito y la participación de los acusados en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

El control impugnativo de la racionalidad y solidez de la inferencia puede efectuarse tanto (i) desde el canon de su lógica o coherencia –de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él–, como (ii) desde el de su suficiencia o carácter concluyente –no siendo razonable cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa–. Es de rechazar no solo los supuestos de inferencias ilógicas o inconsistentes, sino también las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, en el presente caso, la versión de Hidetaka Ogura, respecto de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, no es creíble y no tiene puntos de corroboración; es decir, no constituye indicio, probado y concluyente y, menos, grave. Las pruebas de descargo enervan la atendibilidad de su versión. Por otro lado, las pruebas forenses hacen mención, finalmente, a un fuego cruzado, en combate, no a una ejecución sumaria de unos emerretistas vencidos y desarmados.

La proporcionalidad y plena racionalidad de la operación Chavín de Huantar, unida a sus resultados, impiden considerar que formó parte de su ejecución, con el concurso de otros efectivos, propiamente los de inteligencia, el matar alevosamente a los emerretistas capturados. No está probado que se instituyó una cadena de mando paralela a la propiamente militar en la dirección y ejecución de la operación militar de rescate a fin de dar muerte a los emerretistas que pudieran resultar heridos o ilesos luego de la operación de rescate. De ser así, tampoco puede admitirse que se pretendiera generar mecanismos de impunidad al borrar los vestigios materiales y el cuerpo del delito. La actuación de la justicia militar –más allá de la jurisprudencia ulterior a la ley de la materia en sentido negativo a esa regulación– fue inmediata y el presente proceso revela que se efectuó un conjunto de actos de esclarecimiento para determinar si hubo o no ejecuciones sumarias o arbitrarias, como pauta o línea acción de las máximas autoridades del Estado, de las Fuerzas Armadas y el aparato de inteligencia.

En tal virtud, los puntos de partida de la acusación se basan en meras conjeturas y las inferencias utilizadas son inconsistentes y no concluyentes.

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO. Que la Fiscalía Superior, como sexto motivo, enfatiza que los asesinatos materia de acusación, desde el Derecho Internacional, son delitos de lesa humanidad y, como tales, debieron calificarse.

El problema, en principio, no es de si se acepta o no esa categoría jurídico penal internacional, sino si, en efecto, en virtud a las pruebas actuadas y al marco fáctico específico, con sus implicancias internacionales, los hechos, que importarían la ejecución sumaria de tres emerretistas, pueden calificarse de delitos de lesa humanidad según el Derecho Internacional.

No es así. Por tanto, este motivo decae también.

QUINCUGÉSIMO TERCERO. Que desde el año mil novecientos cuarenta y cinco [artículo seis, numeral c) del Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg] se tiene una definición de los elementos del tipo legal de lesa humanidad en el Derecho Internacional Penal, que ha adquirido una mayor concreción, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (suscrito el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho en Roma y vigente desde el primero de junio del dos mil dos) –en adelante, ECPI–, lo cual no quiere decir, desde luego, que desde su vigencia pueden ser invocados por los Estados, pues el Estatuto de Roma regula el ámbito de competencia material y temporal de la Corte Penal Internacional (artículos cinco y once del ECPI); no crea e incorpora al ordenamiento internacional tal tipo legal, pues el delito de lesa humanidad, desde mil novecientos cuarenta y cinco, forma parte de la costumbre jurídica internacional, fuente del Derecho Internacional. La omisión del Estado peruano en este ámbito es patente.

Los elementos del tipo legal internacional de lesa humanidad son:

1. El comportamiento típico, en el que destacan los denominados “elementos de contexto” requieren de la existencia de un ataque y que este sea generalizado o sistemático. En primer lugar, debe configurarse una línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos de asesinato, exterminio, esclavitud, entre otras formas delictivas. En segundo lugar, el ataque debe realizarse a gran escala –es una acción masiva o frecuente– contra un número importante de personas atacadas o a múltiples víctimas. En tercer lugar, los actos de violencia deben tener una naturaleza organizada –política común o plan preconcebido, que supone la existencia de importantes recursos públicos o privados–, al punto que es improbable su ocurrencia esporádica.
2. Sujeto pasivo. El ataque está dirigido contra la población civil. esta puede ser definida como el conjunto de individuos que ocupan un espacio geográfico determinado, ajenas completamente a las hostilidades. Pero no solo comprende a los no combatientes, sino a los que no forman parte de las hostilidades por haber depuesto las armas, por encontrarse enfermos o detenidos. Los integrantes de las fuerzas armadas o paramilitares serán calificados como población civil siempre que no ejecuten ataques contra los bienes jurídicos penales y que no estén inmersos en las hostilidades.
3. Sujeto activo. El funcionario estatal que cumpla o promueva una política de Estado de violación de derechos humanos o el miembro de una organización

destinada a violar derechos humanos. Sus actos han de ser parte del ataque. Su finalidad es excluir los actos aislados; es decir, cuando tengan que ver tan poco con el ataque, considerando el contexto y las circunstancias en que fue cometido.

4. Conocimiento del ataque. El autor debe saber que existe un ataque contra la población civil -no es necesario que el perpetrador tenga un conocimiento detallado del ataque y sus motivos no son relevantes ni que comparta la finalidad del ataque, pues puede hacerlo por razones meramente personales-, y que su acto individual forma parte de aquél. Debe conocer el contexto del ataque, que ha de ser generalizado o sistemático contra una población civil.

QUINCUGÉSIMO CUARTO. Que, en el presente caso, la operación militar de rescate, más allá de la calificación que merezca el régimen del presidente Fujimori Fujimori –sobre la que incide la acusación y la parte civil–, no constituyó, para el Derecho Internacional Penal, un delito de lesa humanidad pues, fundamentalmente, carece de los *elementos configuradores generales*, también denominados *elementos de contexto*, para ser calificado como tal. No se trató de un ataque sistemático y generalizado, sino una operación de rescate focalizada que cumplió su finalidad: rescatar rehenes sometidos a esa condición por integrantes del MRTA. Los resultados de la acción de rescate no importaron un ataque generalizado, de grandes proporciones –que puedan enlazarse con otros hechos atribuidos a los órganos de poder en ese periodo–, ni se llevó a cabo mediante un plan común para matar, de modo sistemático, a los emerretistas, quienes por lo demás no pueden calificarse de población civil: no se rindieron ni depusieron las armas –es de insistir que un caso singular es el de Cruz Sánchez (a) “Tito”–. Los planes de operaciones, los entrenamientos realizados, las labores preparatorias, el hecho de que varios comandos resultaron heridos –al punto que uno de ellos sufrió la amputación de una pierna– y dos fallecieron en acto de combate, da cuenta de que se trató de un enfrentamiento, luego de agotarse todas las posibilidades de diálogo pacífico, pese a que se acudió a la comprensión de otros países. Además, había directivas acerca de cómo tratar a los terroristas capturados y heridos.

Más allá de esta conclusión es pertinente reafirmar, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial la *Sentencia Almonacid Arellano versus Chile*, del veintiséis de septiembre de dos mil seis, y *Barrios Altos versus Perú*, del catorce de marzo de dos mil uno, que estos delitos proscriben las disposiciones de amnistía, las disposiciones sobre prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de las violaciones graves de los derechos humanos.

QUINCUGÉSIMO QUINTO. Que como el Perú no tiene tipificado expresamente el tipo legal de delito de lesa humanidad, ha de acudirse a lo que se denomina “doble subsunción”. Esta figura se da cuando la conducta se adecúa a un delito nacional y, paralelamente, a las normas internacionales, a fin de calificarla como crimen de lesa humanidad, de suerte que se da pleno efecto al régimen jurídico específico de los crímenes internacionales. La falta de tipificación nacional, por tanto, no elimina el carácter de crimen internacional de la conducta en cuestión, al punto de reconocerse en sede interna, por mandato internacional, la no aplicabilidad de normas sobre

prescripción, amnistía o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche.

Por otro lado, aun cuando una violación de derechos humanos no pueda subsumirse en un delito de lesa humanidad, por no estar presentes los *elementos configuradores generales*, existen hechos graves que el Derecho Internacional ordena su tipificación penal y sanción en el orden interno, como es el caso de las torturas, la desaparición forzada y las ejecuciones sumarias o arbitrarias, o cuando se trata de hechos calificados como violación de derechos humanos por una Corte Internacional y que según la legislación interna tienen carácter delictivo –en tanto se han perpetrado en el ejercicio abusivo del poder del Estado–. En estos supuestos se les reconoce una limitación de derecho internacional: la prescripción no procede a partir de conductas negligentes o de mala fe por parte de las autoridades a cargo del proceso [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Casos *Loayza Tamayo e Ivcher Bronstein*, ambos *versus Perú*, del primero de julio de dos mil once y veintisiete de agosto de dos mil diez, respectivamente].

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Que la parte civil sostiene que no se ha valorado el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y, por el contrario, se le ha dado valor al libro Base Tokio pese a que no fue propuesto por ninguna de las partes.

El motivo ha de claudicar.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que el informe de la CVR si bien no se leyó, por oposición de cuatro de los imputados, la Sala lo consideró como “documento referencial”. El citado informe consta en autos y ha podido ser revisado y examinado por las partes, a la vez que ser utilizado en sus alegatos. Es, en pureza, una prueba documental y aun cuando no se leyó estuvo a la vista de las partes, de modo que su análisis no vulnera el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal.

El Informe de la CVR, de un lado, a partir de la información global y el análisis pormenorizado que hace de una situación general, tiene un claro valor y utilidad para apreciar el contexto de hechos específicos –incluso ha sido citado en esta Ejecutoria Suprema–. Por otro lado, cuando dicho Informe incorpora detalles sobre hechos individuales, penalmente relevantes, puede asumirse por la justicia penal como meros aportes fácticos, pero de ninguna manera como prueba plena que impida ulteriores esclarecimientos y que exija una valoración autosuficiente para decidir la inocencia o culpabilidad de una persona, pues de ser así el proceso jurisdiccional no tendría razón de ser.

Sobre el presente caso, el Informe de la CVR (páginas setecientos diecinueve y setecientos treinta y seis) aporta referencias de lo sucedido en la residencia del embajador del Japón, pero sus fuentes son el Atestado Policial y la declaración de Hidetaka Ogura, además de informaciones periodísticas y parte de la instrucción de la presente causa –diferentes piezas procesales–. Como se entenderá, a partir del conjunto, completo, del proceso, el Tribunal Superior y, ahora, este Tribunal Supremo cuentan con mucha más información de la que en su día revisó la CVR; y la información que procesalmente es prueba es la que consta en esta causa, y en virtud del principio de exhaustividad e integridad a ella es de remitirse para absolver el grado

–rigen además los principios de inmediación y contradicción–. En parte, el Informe de la CVR ha servido para explicar el contexto situacional de la toma de rehenes, pero no es útil o autosuficiente para definir en cada supuesto concreto la responsabilidad penal de los acusados. No puede decirnos –ni siquiera lo dice enfáticamente– si uno o algunos imputados son responsables, o si un testimonio o documento es asumible enteramente para dictar un fallo en un determinado sentido.

El Libro Base Tokio ha sido materia de debate plenarial. La defensa del acusado Montesinos Torres –sesiones décimo séptima y décimo octava– hizo reconocer y explicar varias fotografías que contenía. No hubo oposición de parte. De tal suerte que su valoración no es ilegal ni viola algún principio de la prueba y de su valoración.

QUINCUGÉSIMO OCTAVO. Que el rol jugado por Montesinos Torres –según las partes acusadoras– excedía el campo de inteligencia tradicional y era quien dirigía el operativo e, incluso, ingresó a la residencia del embajador del Japón el día de los hechos. En puridad, esta denuncia apunta a sostener que él, por el mando que ostentaba, dispuso la ejecución arbitraria de los agraviados.

La inviabilidad del motivo es patente.

QUINCUGÉSIMO NOVENO. Que es verdad que Montesinos expresó ante un visitante en el SIN que, cuando ocurrieron los hechos, se encontraba en la embajada, en la parte de atrás, en el puesto de comando de inteligencia –este se encontraba ubicado, según Zamudio Aliaga, en la Casa numero Uno– (página dos mil seiscientos ocho del libro “En la Sala de la Corrupción”, fojas dieciocho mil ochocientos veintiséis) –pero en su declaración sumarial anotó que se hallaba en las instalaciones del SIN [fojas seis mil doscientos veintiocho] –. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga a fojas un mil trescientos dos mencionó que después de la operación vio a Montesinos Torres en el frontis de la embajada, mientras que el coronel EP Jaime Patiño precisó que al final del operativo lo saludó en el COT (se encontraba ubicado en el Cuartel General de la Marina en la Avenida Salaverry).

El SIN, como ha quedado expuesto, tenía a su cargo el control de las casas aledañas a la residencia, la intervención de comunicaciones y el apoyo al personal militar, incluso filmaba las escenas de combate. Además, cuatro de los efectivos del SIN ingresaron a la residencia detrás de los comandos para filmar y tomar fotografías; y, fuera del plan, el teniente coronel Zamudio Aliaga, como él mismo lo reconoce, ingresó –luego de finalizar el tiroteo y las bombas– para ayudar a los rehenes y heridos. No existe prueba testifical que revele que este último u otro efectivo del SIN –incluso Huamán Ascurra– ingresaron a la residencia efectuando disparos o enfrentándose a los emerretistas. No había comunicación radial entre los operativos y los de inteligencia [instructiva del teniente coronel PNP Konja Chacón de fojas seis mil quinientos catorce].

En sede preliminar el Técnico Tercera EP Pedro Jaime Tolentino García [fojas seiscientos diez y seiscientos treinta y cinco] sostiene que se encargaba de las filmaciones, antes y en el momento de la operación de rescate –incluso al día siguiente filmó el cadáver de “Tito”–, información que se la daba al teniente coronel EP Huamán Ascurra. Agrega que este último y el coronel EP Williams Zapata el día de la operación de rescate le informaban todos los detalles a Montesinos Torres. Sin

embargo, en su declaración instructiva de fojas seis mil trescientos setenta y cuatro precisa la información que proporcionó: Huamán Ascurra era el único que comunicaba de todo lo ocurrido a Montesinos Torres, y que sólo estaba a cargo de la operación de inteligencia.

El coronel EP Williams Zapata reitera que estuvo a cargo de la operación de rescate; que el SIN no tuvo injerencia en la parte operativa, su misión se relacionaba con la parte de inteligencia; que los agentes de inteligencia ingresaron a la residencia con pasamontañas negras, luego del operativo, para filmar y fotografiar (fojas seis mil ochocientos ochenta y tres); que Montesinos Torres no estaba en la cadena de mando de la operación de rescate; que no sabe si cuando se produjo la intervención Montesinos Torres se encontraba en el COT; que Huamán Ascurra estaba a cargo de la Inteligencia y no tuvo comunicación con él en el momento de la operación militar [declaración sumarial de fojas once mil quinientos sesenta y seis y declaración plenarial de fojas veintiún mil seiscientos setenta y ocho]. Solo el efectivo del SIN, Mayor EP Cortijo Arbulú, llega a decir que Montesinos Torres planificó la operación, y que Huamán Ascurra ordenaba las acciones que debían realizar William Zapata y Cabrera Pinto [fojas un mil cincuenta y ocho y cincuenta y siete mil novecientos diecinueve], pero ni William Zapata ni Cabrera Pinto aceptan ese hecho [fojas quinientos setenta y seis].

El suboficial brigadier PNP Olivares Príncipe a fojas un mil ciento cuarenta, también expresó que Montesinos Torres dirigió el operativo, lo que fundamenta en la versión de Huamán Ascurra, pero este último, en su declaración plenarial de fojas veinte mil quinientos setenta y cuatro, señaló que no es así.

El general EP Hermoza Ríos, Jefe del CCFFAA, precisó que Montesinos Torres no tenía ningún mando sobre las Fuerzas de Intervención, sobre la Patrulla Tenaz, solo tenía mando de su personal del SIN, los cuales no podían participar en la operación. Acota que Montesinos Torres llegó a la residencia del embajador del Japón luego de que esta se había tomado [declaración plenarial de fojas veinte mil cuatrocientos ochenta y siete y veinte mil quinientos veintisiete].

SEXAGÉSIMO. Que lo glosado permite sostener que el ámbito operativo militar de la operación de rescate estaba a cargo de la Patrulla Tenaz y, con ella, de la Primera DIVFFEE y el Jefe del CCFFAA. El ámbito de inteligencia, por su propia naturaleza, tuvo su injerencia en el área de su competencia, sin que los roles de las fuerzas de intervención y de inteligencia se confundan. Luego, no podía existir –como no hubo– mandos paralelos. Es claro que Montesinos Torres tenía intervención por integrar el COT, pero en lo específicamente castrense carecía de mando.

La prueba actuada, por otro lado, no autoriza a sostener que Montesinos Torres y su equipo de inteligencia dirigieron, por lo menos, una línea de la operación de rescate, con su propia lógica de funcionamiento, y no solo para filmar y tomar fotografías, sino para enfrentarse a los emerretistas y, eventualmente, matarlos –técnicamente de imposible ejecución, que por lo demás hubiera sido causa eficiente del fracaso de la operación, lo que no sucedió–. Ni Montesinos Torres mandaba a la Patrulla Tenaz por encima del Jefe del CCFFAA y del comandante general de la Primera DIVFFEE, ni

podía interferir en las decisiones propiamente militares una vez aprobadas –el Plan de Operaciones es definitivo al respecto–.

Está comprobado, por lo demás, que no se ejecutó arbitrariamente a los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, quienes murieron en acto de combate. También está probado que Montesinos Torres transmitió la orden al general PNP Gamero Febres, por disposición del Presidente de la República, para enterrar los cadáveres de los emerretistas [declaración de fojas un mil doscientos treinta y tres], pero tal referencia tenía su correlato en la disposición de la jurisdicción castrense, como puntualizó el Director General de la Policía Nacional Dianderas Otonne [instructiva de fojas un mil setenta y ocho].

§ 6. De la muerte del agraviado Eduardo Nicolás Cruz Sánchez

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que, en principio, el ámbito recursal no estriba en controlar jurisdiccionalmente la decisión de la Sala Penal Superior acerca de la forma y circunstancias de la muerte del emerretista Cruz Sánchez (a) “Tito”. Tampoco se ha cuestionado –*en relación al gravamen que ello significaba para el Estado como tercero civil*– la disposición del Tribunal de elevar a la Fiscalía Suprema en lo Penal para determinar a los responsables, como autores directos, de su muerte, respecto de quien se entendió que se produjo una ejecución extrajudicial, arbitraria o sumaria, luego de haber sido arrestado, desarmado y merced de las Fuerzas del Orden.

La Fiscalía Superior entendió que en ese hecho no participaron comandos de la Patrulla Tenaz, aunque estimó que necesariamente existió una orden que pasó por una cadena de mando, en cuya ejecución, sin embargo, no es responsable ningún comando. El Tribunal Superior, a su vez, concluyó que en la muerte del referido agraviado intervino personal del Servicio de Inteligencia Nacional (aunque el voto en minoría concibió que tal reducción del espectro de posibles autores materiales o directos a los efectivos del SIN no puede, desde ya, aceptarse con carácter definitivo).

En tal virtud, la Sala Penal Superior dispuso elevar copia de las actuaciones al Fiscal Supremo de lo Penal para que dicte las disposiciones correspondientes para investigar la autoría material.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que cabe aclarar, sin embargo, que como el Ministerio Público es un órgano autónomo de derecho Constitucional del Estado y con potestad investigativa plena –titular de la persecución penal pública–, de aceptarse el pedido del Tribunal Superior, desde luego, la investigación fiscal tendrá un ámbito que dicha institución delimitará conforme avanza sus propias investigaciones. Por tanto, podrá comprender en sus averiguaciones a todas aquellas personas que estime, desde los actos de investigación que surjan, puedan estar implicadas, de uno u otro modo, en los hechos y según el título de imputación que corresponda.

La comunicación judicial es solo una exigencia de investigar. Su especificidad, respecto de determinadas personas por un título de imputación determinado, tiene un carácter necesario pero provisorio que se confirmará, descartará o ampliará según el resultado de las indagaciones preliminares. El único límite que tiene la Fiscalía, como es obvio, es el del *ne bis in idem*, en cuanto a aquellos imputados respecto de quienes

ya se resolvió su situación jurídica por la muerte del emerretista Cruz Sánchez (a) “Tito”.

SEXAGÉSIMO TERCERO. Que corresponde examinar, a mérito de los agravios tanto de la Fiscalía Superior –no aceptado, sin embargo, por el señor Fiscal Supremo en lo Penal conforme con su dictamen precedente– como de la parte civil, si en la ejecución extralegal, sumaria o arbitraria –así calificada por el Tribunal Superior– medió la intervención a título de autoría mediata de los encausados Hermoza Ríos, Montesinos Torres y Huamán Ascurra.

En esta presunta cadena de autores mediatos también está incluido el ausente Zamudio Aliaga, sobre el cual se reservó la causa en función a la prueba testifical que, de una u otra manera, lo involucra. Por ende, su situación jurídica necesariamente debe esclarecerse en un juicio oral. Este extremo de la decisión no ha sido impugnado, por lo que el conocimiento del Supremo Tribunal –para afirmar o descartar tal conclusión– no puede comprenderlo. Es de aplicación el principio “*tantum devolutum, quantum appellatum*”, esto es, la imposibilidad de que la Ejecutoria Suprema entre a conocer de extremos consentidos.

SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, siguiendo parcialmente el *factum* de la acusación, el Tribunal Superior estimó acreditados seis hechos sustanciales:

1. La detención de Cruz Sánchez se produjo cuando había terminado el combate en la residencia, y los rehenes de las habitaciones “H” e “I” se encontraban evacuados en la casa número Uno, pero a la espera de ser recogidos.
2. Uno de los rehenes, no identificado, comunicó por señas a los efectivos policiales, adscritos al SIN, que cuidaban la Casa número Uno, Suboficial de Tercera PNP Torres Arteaga y Suboficial de Primera PNP Robles Reynoso, de la presencia de un infiltrado emerretista (que sería “Tito”).
3. Los efectivos policiales detuvieron a “Tito”, pese a que intentó huir, lo redujeron, lo echaron al suelo y le amarraron las manos con una correa. Ambos policías, como corresponde, estaban vestidos con uniforme policial y, como es obvio, eran ajenos a la Patrulla Tenaz.
4. Los policías llamaron vía radio a su jefe, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga –era imposible comunicarse con superiores de la Patrulla Tenaz porque la frecuencia de radio no coincidía–, y le comunicaron la detención, el mismo que les dijo que esperaran, que vendrían por él.
5. Al poco rato, un efectivo vestido de comando lo recogió y se lo llevó con dirección a la residencia del embajador del Japón.
6. El agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito” fue hallado muerto en el primer piso, entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, con un orificio grande en el lado derecho de la cabeza, parte superior de la oreja; además tenía en la mano derecha una granada que no llegó a lanzar, según fluye del acta de levantamiento de cadáver realizada por el Juez Militar.

SEXAGÉSIMO QUINTO. Que la realidad de la captura de “Tito” parte de tres testimonios. De los dos efectivos policiales, adscritos al SIN, suboficial Técnico PNP

Marcial Teodorico Torres Arteaga y suboficial de primera PNP Raúl Robles Reynoso, quienes se encontraban en su rol de vigilantes de la Casa número Uno, así como del diplomático japonés Hidetaka Ogura.

Ambos agentes de inteligencia relatan que a la Casa número Uno llegaron entre diez y quince rehenes –japoneses y autoridades peruanas–. Torres Arteaga sólo recuerda la presencia del juez supremo Serpa Segura y del técnico EP del SIN Manuel Tullume Gonzales –quien filmaba todo lo sucedido en la Casa número Uno y los jardines–. Uno de los rehenes, no se acuerdan cuál, les indicó con las manos de un infiltrado –era “Tito”– en su grupo, por lo que lo capturaron, apartaron del grupo de rehenes y lo colocaron en un costado del jardín de la casa. Robles Reynoso se comunicó por radio con su jefe, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga, quien le dijo que iba a mandar a recogerlo. Al poco tiempo uno vestido de comando y a viva voz, pese a la oposición de “Tito”, lo condujo por el túnel en dirección a la residencia [manifestaciones de fojas un mil ciento cuarenta y cinco y un mil ciento cincuenta y dos, y declaraciones plenarios de fojas veintiún mil doscientos treinta y ocho vuelta y veintiún mil doscientos uno].

Esa versión, por lo demás, sólo ha sido confirmada por el diplomático japonés Hidetaka Ogura, quien dice que vio a “Tito” vivo, pero también agrega que esa escena fue observada por el vice ministro de la presidencia Tsuboyama Matsuda y el coronel FAP Garrido Garrido [declaración plenarial vía teleconferencia de fojas veintidós mil novecientos noventa y cinco vuelta].

Cabe acotar, no obstante, que los cuatro testigos mencionados por los policías e Hidetaka Ogura no corroboran esas citas [declaración de Serpa Segura de fojas ciento cincuenta y cinco, un mil doscientos ochenta y nueve, cinco mil cuarenta y diez mil seiscientos cuarenta y ocho; de Tullume Gonzales de fojas novecientos diez; de Tsuboyama Matsuda de fojas ciento cuarenta y uno y cinco mil doscientos treinta y siete –quien llega a decir, al igual que Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, que no podía hablarse nada delante de él por sus vinculaciones con los emerretistas–; y del coronel FAP Garrido Garrido de fojas ciento treinta y siete y un mil doscientos noventa y cinco].

SEXAGÉSIMO SEXTO. Que, conforme consta del acta de identificación y levantamiento de cadáver que elaboró por el Juez Militar, el cadáver de “Tito” se encontró en el primer piso entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, con un orificio grande en la cabeza, lado derecho, parte superior de la oreja. Además, tenía en la mano derecha una granada, que no llegó a lanzar.

Los Informes Médicos Legales –específicamente el protocolo de necropsia número cero ochocientos setenta y ocho guion cero uno– indicaron que el agraviado presentó una lesión perforante por proyectil de arma de fuego, con entrada en la región posterior izquierda del cuello y salida en la región lateral derecha de la cabeza. Fue producto de un proyectil de arma de fuego disparado por un arma de alta velocidad. La víctima estaba en un plano inferior al victimario, quien se encontraba atrás y a la izquierda de ella. Las lesiones pueden corresponder a disparos de larga o corta distancia. La pericia balística forense número un mil ciento dieciocho diagonal cero uno, de fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, precisó que el proyectil era de

calibre nueve milímetros. En el examen de los peritos balísticos en el plenario aclararon que el disparo se produjo desde una distancia, con un rango que va desde centímetros hasta los seis metros [fojas veintidós mil ochocientos treinta y ocho].

Cabe añadir que el médico forense español Juan Manuel Cartagena señaló que el disparo, ante el hecho de que no se mencionó que el polo verde que vestía el agraviado tenía adherido plomo, antimonio y bario, fue efectuado a larga distancia. No hay vestigio que acredite que el disparo se produjo a cañón tocante o bocajarro, no quemarropa, no corta distancia, pues no consta el círculo de Benassi en los huesos del cráneo y, en todo caso, hubiese dado positivo al estudio químico a componentes de la pólvora. La muerte se produjo en forma fulminante, no ha podido llegar a una situación de shock [fojas veintitrés mil seiscientos treinta dos]. El profesor Pounder, por su parte, anotó que “Tito” fue disparado probablemente encontrándose de pie, aunque posiblemente estaba agazapado (flexionado hacia adelante), inmóvil o moviéndose lentamente. No estuvo atado y llevaba una granada defensiva en su mano. Si bien es probable que haya sido disparado a una distancia relativamente corta no fue a cañón tocante ni a corta distancia (inferior a un metro) [fojas veinticuatro mil ciento cincuenta y tres].

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. Que en atención (i) a la declaración de los efectivos del SIN y a lo mencionado por Hidetaka Ogura –que en este extremo de su declaración el Tribunal Superior le otorga credibilidad–, sin perjuicio de que existen testimonios en otro sentido, y (ii) al resultado médico y balístico forense –del Instituto de Medicina Legal y de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional–, más allá de las acotaciones de los informes médico forenses de Pounder y Cartagena, la Sala Sentenciadora estimó que tales indicios son graves, concordantes y pertinentes [univocidad de los indicios], así como que, ante la ausencia de contraindicios sólidos, no existe otra explicación razonable que concluir que el agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito” fue ejecutado extrajudicialmente. Entienden los jueces superiores que si es capturado vivo, es conducido a la residencia y, luego, se le encuentra muerto con una bala en la cabeza, bajo un patrón lesional distinto a los trece emerretistas muertos, la inferencia razonable es que fue ejecutado extrajudicialmente.

El aludido agraviado –cabe insistir– ya había sido capturado y fue llevado al interior de la residencia, donde fue encontrado muerto, incluso –como ha quedado expuesto– con un patrón lesional distinto a los demás emerretistas muertos. Esta conclusión se asumió, más allá de que el mayor EP Donosso Volpe, jefe del Equipo Delta cinco, expresó que de acuerdo al enfrentamiento armado es posible que el terrorista reciba un solo impacto por proyectil por arma de fuego [declaración de fojas quinientos cuarenta y cinco], y pese a que llama la atención la granada que tenía en la mano –salvo que terceras personas se la hubieran colocado una vez que cayó y falleció inmediatamente–. La posesión de una granada, en esas condiciones, no es imposible a tenor del informe del forense José Manuel Cartagena.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que, en suma, son estos hechos y la evaluación realizada en la sentencia de instancia que demandan razonablemente el esclarecimiento fiscal requerido por la Sala Penal Superior y que este Supremo Tribunal, en los términos

expuestos, principalmente, en los fundamentos jurídicos sexagésimo segundo y sexagésimo tercero –sin dejar de tomar en consideración el fundamento precedente–, estima pertinente para la realización plena del derecho a la verdad, de la meta del esclarecimiento propia del proceso jurisdiccional penal. Existen todavía algunos pasajes de los hechos, vinculados al agraviado Cruz Sánchez, que deben y pueden esclarecerse en una línea investigativa más intensa.

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, ahora bien, respecto de la muerte de Cruz Sánchez, sólo queda definir si la ejecución extrajudicial del aludido agraviado –en función al hecho declarado probado en la sentencia de instancia– fue ordenada por los encausados Hermoza Ríos, Montesinos Torres y Huamán Ascurra.

Ya se ha descartado la existencia de una supuesta línea de mando paralela. Los policías Torres Arteaga y Robles Reynoso sólo mencionan a Zamudio Aliaga, aunque este último lo niegue.

Es cierto que el teniente coronel EP Zamudio Aliaga era miembro del SIN y en su línea de mando se encontraba el teniente coronel EP Huamán Ascurra y el asesor presidencial Montesinos Torres, y el COT lo integraba este último, así como el general EP Hermoza Ríos, Jefe del CCFFAA, entre otros. Tal hecho, empero, tiene el carácter de un indicio lejano –su grado de probabilidad en relación al hecho indicado no posee un alto grado de probabilidad– y, por cierto, de carácter contingente –no necesario–. La operación militar duró muy poco tiempo, fue precisa y efectiva, y se contó, conforme se ha dejado sentado, con unas directivas en caso de heridos y capturados del MRTA.

SEPTUAGÉSIMO. Que, en consecuencia, sólo puede afirmarse que esa ejecución extrajudicial –así considerada por la Sala Sentenciadora, lo que no ha sido materia de impugnación– fue un crimen aislado, que no formó parte de la operación y de los planes elaborados en las instancias superiores. Nada indica, menos está probado, que alguno de los altos mandos o Huamán Ascurra, sólo o por disposición de Montesinos Torres –y éste *motu proprio* o por indicación de otra alta autoridad del Estado– dio la orden de matarlo. El hecho de que en la residencia solo tenían acceso efectivos militares y policiales e integrantes del SIN, no necesariamente permite inferir, sin otra posibilidad razonable y ante la ausencia de corroboraciones periféricas, que alguno de ellos mató intencional y alevosamente al agraviado y solo por orden de los imputados. La prueba de cargo es, pues, insuficiente y no concluyente. La regla de prueba, que clausura la garantía de presunción de inocencia y que exige prueba de cargo bastante actuada con todas las garantías, no ha podido cumplirse. En consecuencia, al no haberse enervado la presunción constitucional de inocencia, corresponde dictar sentencia absolutoria, como lo ha hecho el Tribunal Superior.

La absolución es fundada. No cabe anularla ni revocarla, sólo ratificarla.

§ 7. De los otros agravios

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que por la Fiscalía y la parte civil se ha planteado la necesidad de aplicar la autoría mediata por dominio de aparato de poder organizado, y por la parte civil la existencia de documentación que acredita que la orden a los comandos era de no tomar prisioneros.

Ambos motivos no pueden aceptarse.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Que el artículo 23° del Código Penal reconoce la autoría mediata, y tanto la doctrina penalista como la jurisprudencia mayoritaria de este Supremo Tribunal, en varias Ejecutorias, admitió como una de sus expresiones o modalidades, la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Incluso hoy en día ya lo tiene reconocido expresamente el artículo 28° del ECPI.

En el presente caso no corresponde aplicar este título de imputación por razones de derecho procesal, probatorio concretamente. No se ha probado, en los casos de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, que fueron víctimas de ejecución extrajudicial –según el Derecho Internacional– o de homicidio calificado –según nuestro Derecho nacional–. En el caso de Cruz Sánchez tampoco se ha probado que la orden de ejecutarlo o matarlo fue dispuesta por las más altas instancias públicas vinculadas a la operación de rescate Chavín de Huantar.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Que, finalmente, no existe documentación alguna, como alega la parte civil, que revele que los comandos o los integrantes del SIN tenían la orden de ejecutar a los emerretistas heridos o rendidos. La prueba documental ya glosada fija el ámbito de acción de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, mientras la prueba testifical acopiada establece que incluso existía un protocolo de conducta en caso un emerretista se rinda o resulte herido.

Las técnicas de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo perseguían, precisamente, evitar matar a los rehenes y ocasionar el menor daño colateral. Trece emerretistas murieron en combate como indica la prueba pericial forense, entre ellos los que son materia de este proceso: Meléndez Cueva y Peceros Pedraza –sin contar con los comandos muertos y heridos en acción, que denota un combate efectivo con los emerretistas–. Solo uno: Cruz Sánchez, murió en condiciones distintas a los demás emerretistas; pero, precisamente, ese solo secuestrador muerto –víctima de ejecución extrajudicial según la sentencia de instancia, no impugnada en ese extremo– no permite deducir con certeza que es la prueba evidente o el elemento indicador revelador de que el plan de operaciones de rescate tenía un sesgo criminal. No existe el menor punto de apoyo sólido para tan aventurada incriminación.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. Que, en atención a lo expuesto, atento a la prueba positiva de descargo en un primer plano –de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza– y a la falta de prueba bastante para justificar la acusación en el segundo plano: ejecución por orden superior siguiendo una cadena de mando en los marcos de una estructura de poder estatal –del agraviado Cruz Sánchez–, corresponde concluir que los recursos acusatorios objeto de análisis deben desestimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal:

- I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima de fojas veinticinco mil ochocientos treinta y seis, del quince de octubre de dos mil doce, en los extremos recurridos en cuanto:
 1. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra –y no Roberto Edmundo Huamán Ascurra como se consigna en la sentencia– de la acusación fiscal formulada en su contra por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo ciento ocho, inciso tres, del Código Penal), en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.
 2. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra –y no Roberto Edmundo Huamán Ascurra como se consigna en la sentencia– de la acusación fiscal formulada en su contra por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo ciento ocho, inciso tres, del Código Penal), en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.
- II. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso.
- III. **DISPUSIERON** se devuelvan los actuados al Tribunal de origen para los fines de Ley correspondientes. Hágase saber a las partes personadas en esta instancia. Interviene el señor juez supremo Hugo Príncipe Trujillo por impedimento del señor juez supremo José Neyra Flores.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/ast/pjam.