

EXPEDIENTE N° A.V. 19-2001-09
RECURSO DE NULIDAD
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
DICT. N° 023-2009
LIMA
SENTENCIADO: ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

I. INTRODUCCION

El presente proceso se ha remitido en virtud a lo dispuesto en las resoluciones de folio 69608 y folio 69628, ambas de fecha 24 de abril de 2009, emitidas por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, que conceden los recursos de nulidad formulados por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori y de la parte civil representada por Gustavo Gorriti Ellenbogen y Rosa Elvira León Lunazco, contra la sentencia que obra de folio 68863 a folio 69573, de fecha 7 de abril de 2009, corregida en la resolución que aparece de folio 69593 a folio 69595, de 14 de abril de 2009.

Conforme a estas resoluciones, será objeto de pronunciamiento fiscal los siguientes extremos que:

Condena a **ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI o KENYA FUJIMORI**, como autor mediato de la comisión del delito de **Homicidio calificado – asesinato**, bajo la circunstancia agravante de alevosía, en agravio de Luis Antonio León Borja, Luis Alberto Díaz Ascovilca, Alejandro Rosales Alejandro, Máximo León León, Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Filomeno León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Nelly María Rubina Arquiñigo, Odar Mender Sifuentes Núñez, Benedicta Yanque Churo, Javier Manuel Ríos Rojas (Caso Barrios Altos), Juan Gabriel Mariños Figueroa, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Robert Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Cóndor, Heráclides Pablo Meza y Hugo Muñoz Sánchez (Caso La Cantuta); como autor mediato de la comisión del delito de **Lesiones Graves**, en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvitres (Caso Barrios Altos); como autor mediato de la comisión del delito de **Secuestro agravado**, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edgard Dyer Ampudia (Caso Sótanos SIE).

Le impone al condenado, veinticinco años de pena privativa de la libertad.

Fija por concepto de daños materiales a favor de Marcelino Marcos Pablo Meza y Carmen Juana Mariños Figueroa, parientes directos de los agraviados fallecidos Heráclides Pablo Meza y Juan Gabriel Muñoz Figueroa, respectivamente, la suma de sesenta y dos mil cuatrocientos nuevos soles, a favor de cada uno de ellos.

Señala, por concepto de pago compensatorio, la cantidad de sesenta y dos mil cuatrocientos nuevos soles¹, a favor de los herederos legales de Luis Antonio León Borja, Alejandro Rosales Alejandro, Máximo León León, Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Manuel Isaías Ríos Pérez, Benedicta Yanque Churo, Javier Manuel Ríos Rojas, Juan Gabriel Mariños Figueroa, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Robert Teodoro Espinoza, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Cóndor, Heráclides Pablo Meza, Hugo Muñoz Sánchez, Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvitres. La cantidad de sesenta y dos mil cuatrocientos nuevos soles se dividirá en forma proporcional, a favor de cada agraviado, es decir, dos mil novecientos setenta y un nuevos soles con cuarenta y tres céntimos a favor de cada uno de ellos.

Determina, por concepto de indemnización por daño extrapatrimonial o inmaterial, la suma de cuarenta y seis mil ochocientos nuevos soles a favor de cada uno de los agraviados Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edgard Dyer Ampudia.

II. ANTECEDENTES

2.1. INICIO Y DESARROLLO DEL PROCESO

Por resoluciones legislativas N° 005-2001-CR y N° 0014-2003-CR, publicadas el 28 de agosto de 2001 y el 14 de noviembre de 2003, en el diario oficial El Peruano, el Congreso de la República declaró haber lugar a la formación de causa contra Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de Homicidio calificado – asesinato, Lesiones graves, Secuestro y Desaparición forzada (caso Barrios Altos, caso La Cantuta y caso Sótanos del SIE).

A mérito de las denuncias formuladas por la Fiscalía de la Nación, de fecha 5 de septiembre de 2001, que obra a folios 3 y de fecha 9 de diciembre de 2003, que obra a folios 18230; se abrió proceso penal contra Alberto Fujimori Fujimori, por auto de apertura de instrucción de folios 5263, de fecha 13 de septiembre de 2001 (casos Barrios Altos y caso La Cantuta) y por auto de folios 18247, de 5 de enero de 2004 (caso Sótanos del SIE).

La Fiscalía Suprema Penal ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en su dictamen de folios 9148, de 11 de marzo de 2004, formuló acusación contra Alberto

¹ Conforme a la corrección efectuada por el Tribunal, en la resolución de 14 de abril de 2009.

Fujimori Fujimori, como coautor de los delitos de Homicidio calificado – asesinato y Desaparición forzada (caso Barrios Altos y caso La Cantuta); igualmente, en el dictamen de folios 22065, de fecha 31 de julio de 2007, formuló otra acusación en su contra, como autor de los delitos de Desaparición forzada y Secuestro (caso Sótanos del SIE).

El sentenciado Alberto Fujimori Fujimori fue objeto de proceso de extradición, requerida a la república de Chile, iniciado en virtud a las resoluciones supremas N° 270-2005-JUS, de fecha 23 de diciembre de 2005 y N° 108-2006-JUS, de fecha 21 de julio de 2006, publicadas en el diario oficial El Peruano, el 24 de diciembre de 2005 y el 22 de julio de 2006, respectivamente. La Corte Suprema de Chile, en segunda instancia, emitió dentro del referido procedimiento de extradición, la sentencia que obra a folios 22513, de fecha 21 de septiembre de 2007; en esta, revocando, la decisión de primera instancia, autorizó parcialmente la extradición de Alberto Fujimori Fujimori, entre otros, por los llamados caso Barrios Altos, caso La Cantuta y caso Sótanos del SIE.

La Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, luego de la citada sentencia de extradición, el 29 de octubre de 2007, emitió el dictamen acusatorio acumulativo, que obra a folios 22750/22795, en el que, adecuándola a los términos de la citada sentencia de extradición, formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, por el delito de Homicidio calificado – asesinato, en agravio de Luis Antonio León Borja y otros (caso Barrios Altos y caso La Cantuta); delito de Lesiones graves, en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña y otros (caso La Cantuta); y delito de Secuestro, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y otro (caso Sótanos del SIE); delitos previstos, respectivamente, en el artículo 108, incisos 1 y 3, en el artículo 121, incisos 1,2 y 3, y en el artículo 152, inciso 1, del Código Penal. En mérito a esta acusación, la Sala Penal Especial emite el auto de enjuiciamiento reformulado que obra a folios 22846/22852, de fecha 12 de noviembre de 2007, señalando como fecha de audiencia, el 26 de noviembre de 2007, la misma que, a pedido de la defensa, fue reprogramada para el día 10 de diciembre del mismo año, según se dispuso en la resolución de folio 23021, de 19 de noviembre de 2007.

Iniciada la audiencia en la fecha reprogramada, se desarrolló en sesiones continuadas y culminó el 7 de abril de 2009, con la lectura de la sentencia, que ahora se impugna, según se aprecia en el acta que corre a folios 69574/69586.

2.2. HECHOS PROBADOS

En la sentencia, objeto de impugnación, se tiene como hechos probados los siguientes:

El Destacamento Especial de Inteligencia Colina

1.- Al interior del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), vinculado en su estructura, dentro de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), se consolidó, en el mes de agosto de 1991, un Destacamento Especial de Inteligencia llamado Colina, cuya formación estuvo precedida de dos acontecimientos concretos, que fueron de conocimiento del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori: el denominado Grupo de Análisis y la reunión del alto mando del Ejército Peruano en su Comandancia General.

2.- El denominado Grupo de Análisis funcionó desde enero a agosto de 1991 – este último mes coincide con la formación del destacamento especial Colina–, se creó a instancias y bajo el control del SIN, a cargo de Vladimiro Montesinos Torres, pero con la intervención de la DINTE; entre sus integrantes estuvieron efectivos del SIE, del SIN y de la Inteligencia Naval y tuvo como jefe al teniente coronel EP Fernando Rodríguez Zabalbeascoa. La finalidad principal del grupo fue la obtención de información de inteligencia sobre el Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso (PCP-SL), la misma que se consolidó en un manual que tuvo dos etapas: El Texto Original Inicial (TOI) y el Texto Oficial Final (TOF).

El TOI, bajo el nombre de “Esquema Estratégico – Táctico para enfrentar el PCP-SL en los aspectos político, ideológico y militar – Septiembre de 1991”, sugirió dos fases: una primera fase, la formación de Destacamentos Especiales de Inteligencia para la búsqueda de información, la misma que debería tener carácter de secreta o cerrada; la segunda fase comprendería la decisión de ejecutar la operación contrasubversiva conveniente para el caso, clandestina o abierta, y sus actividades abarcarían Lima Metropolitana, Conos Norte y Sur, con proyección al Norte Chico y/o Sur Chico y a la carretera central. El radio de acción de esta segunda fase tiene correspondencia con el denominado Plan Operativo Cipango. Asimismo, la elaboración de este TOI se inició en mayo de 1991 y culminó en julio del mismo año y sobre su base, se realizó la citada reunión del alto mando del Ejército.

El TOF se concluyó en el mes de noviembre de 1991, en el taller de mantenimiento del SIE, ubicado en Las Palmas –tiempo paralelo a las actividades del Destacamento Especial de Inteligencia Colina–.

3.- La reunión del alto mando del Ejército se produjo el 26 de junio de 1991, en la Comandancia General de la mencionada institución castrense, fue presidida por el Comandante General del Ejército, general EP Villanueva Valdivia, y asistieron los Comandantes Generales de Región, Generales de División, algunos Generales de Estado Mayor y de Brigada, como el general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos. En esta, el entonces Capitán EP Santiago Martín Rivas presentó y expuso la información actualizada del PCP-SL sobre la base del TOI, cuya ampliación se ordenó en esta misma reunión.

4.- Funcional y estructuralmente, el Destacamento Especial de Inteligencia Colina tuvo como Jefatura de Operación a la DINTE, cuyo Director era el general EP Rivero Lazo; la Oficialía de Control recayó en el teniente coronel EP Fernando

Rodríguez Zabalbeascoa; la Oficialía del Caso, en el capitán EP Santiago Martín Rivas y la Oficialía Administrativa, en el capitán EP Pichilingue Guevara. Sus integrantes, de manera gradual, se fueron incorporando mediante diversos documentos. El primer grupo, al 23 de agosto de 1991, estuvo conformado por nueve agentes: Tco. Guillermo Suppo Sánchez, SO1 Nelson Carbajal García, SO1 Artemio Arce Janampa, SO1 Hugo Coral Goycochea, SO1 José Alarcón Gonzales, SO2 Carlos Caballero Zegarra, SO2 José Gamarra Mamani, SO2 Carlos Salazar Correa y SO3 Jorge Benites León Yarlequé. Un segundo grupo de quince miembros, se incorporó mediante documentos de fecha 22 de agosto y 4 de septiembre de 1991: Tco.3 Juan Pampa Quilla, SO1 Julio Chuqui Aguirre, SO1 Pablo Atuncar Cama, SO2 José Tena Jacinto, SO2 Edgar Cubas Zapata, SO2 César Alvarado Salinas, SO2 Rolando Meneses Montes de Oca, SO2 Iván Muñoz Solano, Gabriel Vera Navarrete, SO3 Víctor Lara Arias, SO3 Juan Vargas Ochochoque, SO3 Juan Paquillauri Huaytalla, SO3 Rosa Ruiz Ríos, SO3 Mariela Barreto Riófano y SO3 Estela Cárdenas Díaz. Un tercer grupo de cinco miembros se unió entre el 18 y 19 de septiembre de 1991: SO3 Pedro Santillán Galdós, SO3 Aidee Magda Terrazas Arroyo, SO3 Mari Luz Aguirre Medrano (Shirley Rojas Castro), SO3 Luz Iris Chumpitaz Mendoza y SO3 Víctor Manuel Hinojosa Soplá. Se agregó un cuarto grupo de siete miembros: AIO Hércules Gómez Casanova, AIE Marco Flores Alván, SO Yarleque Ordinola, SO Ángel Arturo Pino Díaz, SO Jorge Enrique Ortiz Mantas, SO Ángel Felipe Sauñe Pomaya, SO Fernando Lecca Esquen. Por último, formaron parte del grupo, los referidos oficiales: mayor EP Santiago Martín Rivas y el mayor EP Pichilingue Guevara.

5.- El Destacamento Especial de Inteligencia Colina tuvo como misión la realización de operaciones especiales de inteligencia (OEI), que consistieron en ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas, entre las que pueden mencionarse, la materializada el 3 de noviembre de 1991, en el solar ubicado en el jirón Huanta N° 840, Barrios Altos, Cercado de Lima y la producida el 17 de julio de 1992, en la universidad La Cantuta; también, planificó y ejecutó acciones de vigilancia y seguimiento a diversas personas y en las zonas convulsionadas con alta presencia de individuos terroristas. Estuvo regido por el Manual de Operaciones Especiales de Inteligencia y Contrainteligencia ME 38-20, el Manual de Inteligencia de Equipos Básicos ME 38-23, el Manual de Inteligencia ME 41-7 Guerra No Convencional Contrasubversión y la Directiva Única de Funcionamiento del Sistema de Inteligencia del Ejército (DUFSIDE); por ende, sus actividades se planificaron y ejecutaron en base a instrumentos doctrinarios de naturaleza castrense.

6.- La ejecución de estas OEI y, por consiguiente, la formación del Destacamento Especial de Inteligencia Colina, formaron parte de la lucha clandestina o ilegal –denominada “de baja intensidad” o “guerra sucia”–; esta fue una estrategia político-militar paralela a la pública, que tuvo como objetivo la eliminación de terroristas, autorizada por Alberto Fujimori y encargada al SIN, entidad conducida de facto por Vladimiro Montesinos Torres, quien concretamente coordinó la ejecución de los hechos ocurridos en los llamados casos Barrios Altos y La Cantuta, los cuales le fueron reportados al sentenciado, antes y después de su ejecución. Así el

sentenciado Fujimori es responsable de dichas OEI pues las ordenó a partir de su dominio de este aparato de poder organizado que instituyó desde el SIN.

Caso Barrios Altos

7.- El tres de noviembre de 1991, se realizó una “pollada” (fiesta), en el inmueble ubicado en el jirón Huanta N° 840, Barrios Altos, Cercado de Lima, que tuvo como finalidad recaudar fondos destinados a la reparación del sistema de agua y desagüe del predio. El Destacamento Especial de Inteligencia Colina (DESTO Colina) tomó conocimiento de la actividad, por medio del Agente de Inteligencia Operativo (AIO) Douglas Huver Arteaga Pascual (a) Abadía –quien se encontraba infiltrado en el PCP-SL–, la misma que fue considerada como una modalidad de funcionamiento de Sendero Luminoso, para transmitir información a sus dirigentes y demás cuadros, como también para recaudar fondos.

8.- Recibida esta información y con el objetivo de eliminar a presuntos terroristas, los integrantes del DESTO Colina, se acondicionaron para la ejecución de una OEI; pertrechados con fusiles y pistolas ametralladoras AKM con silenciador, que le fueron entregados por el SIE como parte de su armamento, en dos vehículos oficiales, marca Cherokee, con lunas polarizadas, circulinas y sirenas, partieron del local militar de la playa La Tiza –lugar donde realizaban sus entrenamientos militares–, entre las cinco o seis de la tarde, dirigidos y comandados por el capitán EP Santiago Martín Rivas, secundado a su vez, por el capitán EP Pichilingue Guevara.

Se dividieron en tres grupos: de contención, de protección y de aniquilamiento; llegaron al referido solar entre las diez y once de la noche del mismo día, ingresaron de diez a once integrantes, bajo el comando del referido capitán EP Martín Rivas, quien luego de recibir, por comunicación telefónica de sus superiores, la ratificación de la respectiva ejecución (“luz verde”), ordenó a los demás integrantes, disparar contra los asistentes previamente seleccionados como presuntos terroristas, por las indicaciones del referido agente encubierto (infiltrado) Arteaga Pascual (a) Abadía.

9.- La Operación Especial de Inteligencia (OEI) duró pocos minutos y como consecuencia del ataque murieron quince personas: Luis Antonio León Borja, Luis Alberto Díaz Ascovilca, Alejandro Rosales Alejandro, Máximo León León, Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Filomeno León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Nelly María Rubina Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Núñez, Benedicta Yanque Churo y Javier Manuel Ríos Rojas, este último, un niño de ocho años de edad, quien en el momento de la acometida había sido separado del grupo seleccionado, pero al iniciarse la balacera se abalanzó sobre su padre; del mismo modo, causaron lesiones graves a cuatro personas: Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvitres.

Luego de la ejecución de la OEI, los integrantes del DESTO Colina se replegaron y partieron de inmediato a la mencionada playa La Tiza, no obstante, momentos previos, uno de los grupos de ataque se reagrupó en la plaza principal de Barranco. Estando en el local militar, los agentes celebraron el éxito de la OEI y el cumpleaños de su jefe, capitán EP Martin Rivas.

10.- Esta OEI fue la primera misión de eliminación de personas que realizó el DESTO Colina, la misma que fue aprobada y autorizada en las altas instancias del Ejército, del SIN y del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori: Vladimiro Montesinos Torres fue el coordinador de la ejecución arbitraria de Barrios Altos y transmitió la orden final de su realización, y luego de su concreción, dio cuenta de los hechos al entonces Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, Fujimori Fujimori. Este, por consiguiente, es responsable como autor mediato por dominio de un aparato de poder organizado que se instituyó y operó desde el SIN.

11.- El acto criminal que ocasionó la muerte de las mencionadas personas, dentro de nuestra legislación penal, se califica como delito de Homicidio por alevosía; en tanto que el acto cometido contra las demás víctimas, como delito de Lesiones graves. Ambos, del mismo modo, según el Derecho Internacional Penal, constituyen crímenes contra la humanidad.

Caso La Cantuta

12.- El sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, dispuso la instalación de una Base de Acción Cívica en el interior de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" – La Cantuta. Esta base se instaló el 22 de mayo de 1991 y estuvo a cargo de efectivos de la División de Fuerzas Especiales (DIFE) –a cargo en ese tiempo del General EP Ramal Pesantes– y tuvo como misión, mantener el orden interno, reestablecer y garantizar las actividades académicas y administrativas de la Universidad, e impedir el desenvolvimiento y las actividades delictivas de las organizaciones terroristas, todo lo cual conllevó, por un lado, a controlar el ingreso al campo universitario de profesores, alumnos, trabajadores y terceros, y por otro, la realización de operativos militares, de saturación y rastrillajes, que estuvieron a cargo de unidades militares de la II Región Militar, básicamente de la DIFE.

13.- Producido el atentado terrorista en la calle Tarata, distrito de Miraflores, el 16 de julio de 1992, las altas esferas del Estado decidieron la ejecución de una OEI, como acción de replica, a cargo del DESTO Colina, el mismo que, por información del AIO Tena Jacinto –infiltrado en la referida universidad–, tenía conocimiento de varias personas que habían ingresado al recinto universitario y que estarían vinculados a dicho atentado. Para lograr el éxito de la operación, considerando la intervención y presencia militar de la universidad, el 17 de julio de 1992, en horas de la tarde, el Comandante General del Ejército, general EP Hermoza Ríos, ordenó al jefe de la DIFE, general EP Pérez Documet, prestara apoyo al Director de la DINTE, general EP Rivero Lazo, en la incursión militar dentro del campo universitario.

En mérito a esta comunicación, el mayor EP Martin Rivas, se presentó de parte del general EP Rivero Lazo ante el general EP Pérez Documet y le solicitó el apoyo del teniente EP Aquilino Portella Núñez, quien anteriormente se había desempeñado como jefe de la Base de Acción Cívica de La Cantuta, para la ejecución de la decidida OEI. Del mismo modo, el referido general EP jefe de la DIFE transmitió la referida orden del Comandante General del Ejército, al teniente coronel EP Miranda Balarezo, jefe del Batallón de Infantería de Paracaídas 39 (BIP 39), que tenía el control de la referida Base dentro de la universidad; dispuso, además, le proporcionara las facilidades al DESTO Colina para ingresar al campo universitario y que asimismo, relevara de su puesto en el cuartel La Pólvora, al solicitado teniente EP Portella Núñez.

14.- Después de efectuarse la identificación y señalamiento, por parte del teniente Portella Núñez y el AIO Tena Jacinto, de las personas que serían objeto del OEI y transmitida al mayor EP Martin Rivas en la misma universidad este mismo día en horas de la noche, se realizó la coordinación para el ingreso del DESTO Colina al campo universitario, entre los tenientes EP Portella Núñez y Velarde Astete –oficial que este día tuvo a su cargo la referida Base de Acción Cívica–.

El ingreso de los integrantes del DESTO Colina se produjo a la una y treinta horas, aproximadamente, del siguiente día, 18 de julio de 1992; ingresaron en cuatro camionetas, vistiendo chompas negras de cuello alto, pantalones oscuros y botas negras. Procedieron luego a retirar de sus habitaciones a los alumnos Juan Gabriel Mariños Figueroa, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Robert Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Cóndor, Heráclides Pablo Meza y al profesor Hugo Muñoz Sánchez.

En horas posteriores de la madrugada, las referidas personas fueron subidas a las camionetas y conducidas hasta la altura del kilómetro uno y medio de la carretera Ramiro Prialé – Huachipa, a unos ochenta metros hacia adentro de la zona conocida como “Boca del Diablo”. En este lugar, el mayor EP Martin Rivas ordenó a sus comandados, la ejecución extrajudicial de las personas detenidas, luego procedieron a enterrarlas en una fosa, cavada para tal finalidad.

16.- Meses después, los primeros del año 1993, con la finalidad de desaparecer los cuerpos y ocultar el crimen, diez integrantes del DESTO Colina, bajo el comando del mayor EP Pichilingue Guevara, trasladaron algunos de los cuerpos al denominado lugar “Quebrada Chavilca”, distrito de Cieneguilla, allí los incineraron y los volvieron a enterrar.

17.- La orden de ejecución de esta OIE, iniciada en el campo de la Universidad La Cantuta, provino y se ejecutó con la participación de los estamentos de mayor jerarquía: la DIFE, cuyo jefe fue general EP Pérez Documet; la DINTE, cuya dirección estaba a cargo del general EP Rivero Lazo; la Comandancia General del Ejército, que

recayó en el general EP Hermoza Ríos; y el SIN –máxima entidad y autoridad del SINA–, dirigida por Montesinos Torres.

Asimismo, esta OIE fue una acción propia de la estrategia político – militar paralela, que tuvo como objetivo la eliminación de presuntos terroristas, autorizada por Alberto Fujimori Fujimori y encargada a Montesinos Torres, como conductor del SIN. Se trata de una manifestación de crímenes generalizados y sistemáticos, propios de una violencia organizada desde el aparato estatal, cuya responsabilidad le alcanza al sentenciado, como autor mediato por dominio de dicho aparato de poder.

18.- La muerte de los nueve estudiantes y un profesor de la universidad La Cantuta, se califica en nuestra legislación penal, como delito de Homicidio por alevosía; asimismo, conforme al Derecho Internacional Penal, constituye un delito contra la humanidad.

Caso Sótanos del SIE - Secuestro de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen

19.- El sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, en su objetivo de ejecutar el golpe de estado del 5 de abril de 1992, dispuso que personal militar y de inteligencia procedieran a privar de su libertad a determinadas personas, que habían sido identificadas como opositores para los objetivos de la vulneración del orden constitucional. En el cumplimiento de este objetivo, el 6 de abril de 1992, a las tres de la madrugada, se privó de manera ilegal, la libertad del periodista Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, quien fue conducido y recluso en los calabozos del SIE.

20.- Particularmente, este hecho fue ejecutado por tres grupos de intervención militar: el primero, integrado por efectivos vestidos de civil que portaron armamento de guerra AK 47 y AKM, los mismos que, sin mostrar identificación alguna, alegando solo ser personal de Seguridad del Estado, incursionaron en el domicilio del agraviado, sin proporcionarle explicación alguna; el segundo, compuesto por un grupo de personas, con apariencia de agentes de inteligencia, armados con HK, que sustrajeron la computadora y otros documentos de la víctima; y el tercero, formado por efectivos militares uniformados, que se encontraban en camiones portatropas rodeando la cuadra donde se ubicaba la casa del periodista. A continuación, bajo coacción, lo condujeron a los sótanos del SIE, ubicados en uno de los edificios de la sede del Cuartel General del Ejército, donde lo encerraron clandestinamente y lo mantuvieron incomunicado por más de 24 horas, hasta el día siguiente: 7 de abril de 1992, cuando fue trasladado a las instalaciones de la Dirección de Seguridad del Estado, situado en la Prefectura de Lima, lugar donde recuperó su libertad.

21.- La disposición de ejecutar ilegales privaciones de libertad, en algunos ciudadanos se concretó en mérito al documento denominado "orden", que fue firmado por el general EP Hermoza Ríos y cuyo formato se elaboró en el SIN. Asimismo, esta disposición de privar de la libertad, entre otras personas, al periodista Gorriti Ellenbogen, provino del sentenciado Fujimori Fujimori, en su condición de Jefe de

Estado y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas (FFAA) y Policía Nacional del Perú (PNP): él tuvo el control del sector militar y de inteligencia, el dominio de esta organización y con este dominio autorizó los secuestros.

22.- La Sala Penal Especial ha calificado esta privación ilegal de la libertad de Gorriti Ellenbogen, según nuestra legislación penal, como delito de secuestro con la agravante del trato cruel.

Caso Sótanos del SIE - Secuestro de Samuel Edward Dyer Ampudia

23.- El 27 de julio de 1992, el agraviado Samuel Edward Dyer Ampudia fue detenido por órdenes provenientes del SIN, sin mandato judicial de detención, en circunstancias que pretendía, en compañía de su hijo, abordar un vuelo regular a los Estados Unidos, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez; en seguida, sin explicación alguna y al margen de todo procedimiento, fue entregado al coronel PNP Dominguez Solís, jefe de Contrainteligencia del SIN, quien bajo coacción lo trasladó hasta las instalaciones del SIE, la cual estaba al mando del coronel EP Pinto Cárdenas. Allí fue encarcelado en una habitación reducida, se le tildó de terrorista y se le amenazó, lo cual motivó a que se declarara en huelga de hambre, medida extrema que le permitió conseguir su traslado a una celda cómoda; fue sometido a una irregular investigación por el delito de terrorismo, bajo hechos indefinidos y sin ser puesto físicamente a disposición de la Policía Nacional, de manera inmediata.

24.- El 30 de julio de 1992, se comunicó a la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), la detención de Dyer Ampudia y, además, se le solicitó efectuar una investigación por presuntas actividades subversivas; en esta investigación participó el Ministerio Público, pese a ello, las indagaciones se realizaron estando el agraviado detenido en los sótanos del SIE. Al término de la misma, 3 de agosto de 1992, no se encontró indicios que lo vincularan con el delito de Terrorismo; sin embargo, permaneció privado de su libertad hasta el día 5 de agosto de 1992, cuando logró fugar, probablemente con la ayuda del personal militar no identificado.

25.- Alberto Fujimori autorizó la privación de libertad del agraviado Dyer Ampudia, la misma que se produjo en el contexto de un gobierno autoritario, al margen de la Constitución Política, utilizando a los organismos de la PNP y de inteligencia, que estaban bajo la primacía y dirección del SIN, cuyo real conductor era Montesinos Torres. Así, dicho acto constituye un crimen de Estado, explicado a partir de la configuración de un aparato de poder organizado, en cuya cúspide se encontraba el sentenciado como Jefe de Estado y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

26.- El órgano juzgador ha calificado esta privación ilegal de la libertad de Dyer Ampudia, conforme a nuestra legislación penal, como delito de secuestro con la agravante del trato cruel.

III. OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN. PRETENSIONES

El asunto del presente dictamen se centra en los recursos de nulidad, en concreto, en la pretensión formulada por las partes impugnantes: el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori y la parte civil que representa Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Rosa Elvira León Lunazco.

3.1. LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA Y LOS FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION DE LA DEFENSA DE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

La defensa de Alberto Fujimori Fujimori, ha formulado recurso de nulidad contra los extremos de la sentencia que lo condena por los delitos de Homicidio calificado – asesinato (casos Barrios Altos y La Cantuta), Lesiones graves (caso Barrios Altos) y Secuestro agravado (caso Sótanos del SIE). En su escrito de folio 69609 a folio 69627, por un lado, ha postulado, en forma genérica para todos estos extremos, pretensiones alternativas y, por otro, ha señalado las causales de nulidad para cada uno de los mismos, sin haber precisado y/o fundamentado adecuadamente cada una de las propuestas.

Por ende, esta Fiscalía Suprema Penal, lejos de cuestionar la indebida postulación del recurso, considera pertinente suplir esta deficiente fundamentación remitiéndose para ello a los alegatos y demás argumentos que dicha parte procesal formuló en el juicio oral, siempre que sean compatibles con lo que ahora propone.

Las pretensiones alternativas

La defensa ha formulado las siguientes pretensiones alternativas para todos los extremos condenatorios de la sentencia:

- i. La absolución de la acusación.
- ii. La celebración de un nuevo juicio oral por otro tribunal.
- iii. La insubsistencia de la autodefensa del acusado y los alegatos retrotrayendo el juicio oral hasta la acusación oral, a fin que el mismo tribunal realice el procedimiento de desvinculación de la acusación conforme al artículo 285-A del Código de Procedimiento Penales (sic).

Las causales de nulidad

Asimismo, ha señalado como agravios, las siguientes causales de nulidad:

1.- *Del extremo de la sentencia que lo condena por el delito de secuestro calificado por trato cruel, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen:*

- i. Violación de la garantía de la legalidad procesal al condenarlo por este delito, a pesar de la prescripción de la acción penal.
- ii. Violación de la garantía de la legalidad penal al condenarlo por este delito, pese a existir 3 razones alternativas para la falta de tipicidad:
 - a) Atipicidad por imposibilidad de lesión al bien jurídico por suspensión de las garantías a la libertad personal.
 - b) Atipicidad por exceso en la participación de Vladimiro Montesinos Torres.
 - c) Atipicidad por no verificación de la circunstancia agravante: trato cruel a la víctima.

2.- Del extremo de la sentencia que lo condena por el delito de secuestro calificado por trato cruel, en agravio de Samuel Edward Dyer Ampudia:

- i. Violación de la garantía de la presunción de inocencia por falta de absolución de la acusación por este delito, a pesar de la insuficiencia de la prueba indiciaria.
- ii. Violación de la garantía de la legalidad procesal al condenarlo por este delito, pese a la prescripción de la acción penal.
- iii. Violación de la legalidad penal al condenarlo por este delito pese a existir 2 razones alternativas para la falta de tipicidad:
 - a) Atipicidad por imposibilidad de lesión al bien jurídico por suspensión de las garantías a la libertad personal.
 - b) Atipicidad por no verificación de la circunstancia agravante: trato cruel a la víctima.

3.- Del extremo de la sentencia que lo condena por el delito de Homicidio calificado por alevosía, en agravio de Luis Antonio León y otros (caso Barrios Altos):

- i. Violación del principio de legalidad constitucional:
 - a) Al atribuir al Presidente de la República, potestad militar de mando sobre las FFAA y PNP, pese a no haberlo establecido la Constitución Política de 1979.
 - b) Al no aplicar la Ley Constitucional de 9 de enero de 1993, dictada por el Congreso Constituyente Democrático en ejercicio del poder

constituyente, en la que se declaró que él era Presidente Constitucional del Perú, después de la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

- ii. Violación del principio de legalidad penal al calificar a los hechos objeto de la sentencia, como delitos contra la Humanidad.
- iii. Violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia por lo siguiente:
 - a) El Tribunal ha empleado para condenarlo, indicios contingentes pese a que el Ministerio Público no presentó conjuntamente el hecho básico, la norma de presunción y el hecho presunto, ni en la etapa de prueba, ni en el acusación, con protesta de la defensa.
 - b) El Tribunal ha empleado para condenarlo, indicios contingentes a pesar de no haberse probado los hechos base.
 - c) El Tribunal ha empleado para condenarlo, indicios contingentes, a pesar de no poderse establecer los hechos presuntos por la existencia de contra indicios.
 - d) La insuficiencia de los indicios contingentes que permitan probar que hubiera sido dirigente del aparato de poder que constituyó el Destacamento Colina y ordenado las agresiones producidas en “Barrios Altos” y la “Cantuta” .
 - e) La deficiente valoración probatoria de los libros “Muerte en el Pentagonito” y “Ojo por Ojo”, pese a la utilización de fuentes de información no identificadas, o la no aplicación de las reglas de la apreciación de los documentos narrativos.
 - f) La sustitución de testimonios prestados en el juicio oral por testimonios sumariales o preliminares.
 - g) La indebida valoración como prueba, de las declaraciones dadas por Montesinos Torres fuera del juicio oral, pese a haber violado en el plenario, el deber de buena fe procesal por abuso del derecho al silencio y la indefensión que le ocasionó –al sentenciado– la imposibilidad a ser interrogado por la defensa.
 - h) La deficiente valoración de la Manuales del Ejército ME 38-20 y 38-23, al ser considerados como pruebas por el Tribunal, a pesar de la existencia de documentos contradictorios de mayor jerarquía, por ejemplo, las directivas de dominio de militar.

- i) La valoración arbitraria que ha hecho el Tribunal de los documentos y testimonios, por ejemplo, el discurso del general Hermoza, el plan Cipango, la entrevista a Santiago Martin Rivas por el periodista Jara, las directivas de gobierno y de dominio militar; o por considerar solamente, los datos incriminatorios y no los datos exculpatorios que contienen, lo cual ha producido una división ilegal de la prueba o ha dejado de lado la contra prueba existente.
 - j) La deficiente valoración de los documentos desclasificados de los Estados Unidos, al no haberse considerado la ley aplicable para su apreciación por el lugar de producción del documento y tampoco sus fuentes de información no identificadas.
 - k) La no aplicación de las reglas de la determinación alternativa a través del procedimiento del artículo 285-A del C. de P.P., pues en el supuesto negado de la existencia de indicios contingentes suficientes se habría demostrado la realización de otro delito, distinto al asesinato por autoría mediata por dominio de la organización, por ejemplo, homicidio por omisión o encubrimiento.
- iv. Violación de la garantía constitucional de la defensa procesal al haberse el Tribunal desvinculado de la acusación:
- a) Para establecer una política ("o estrategia" o "método") antiterrorista de guerra sucia de facto, a pesar que el Ministerio Público alegó que la misma la dictó Fujimori Fujimori como Presidente de la República y Jefe Supremo de las FFAA, en ejercicio de las potestades que obtuvo con la modificación de la legislación correspondiente a la Defensa Nacional.
 - b) Para descartar el argumento de defensa de la ausencia del indicio móvil para una política antiterrorista de guerra sucia.

4.- Del extremo de la sentencia que lo condena por el delito de Lesiones graves, en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaza y otros (caso Barrios Altos):

Sobre este extremo de la sentencia, la defensa de Alberto Fujimori Fujimori reproduce textualmente las causales señaladas para cuestionar el anterior extremo que lo condena por Homicidio calificado por alevosía (caso Barrios Altos) –se agrupan en precedente numeral 3, de esta parte del dictamen–, a excepción de lo siguiente:

Modifica el señalado en el 3.iii.K), de esta parte del dictamen, y la propone en los siguientes términos: La no aplicación de las reglas de la determinación alternativa a través del procedimiento del artículo 285-A del C. de P.P., pues en el supuesto negado de la existencia de indicios contingentes suficientes se

habría demostrado la realización de otro delito, distinto al de lesiones graves por autoría mediata por dominio de la organización, por ejemplo, lesiones graves por omisión o encubrimiento.

Se advierte que las causales invocadas en los dos extremos de la sentencia que lo condena por los hechos en el caso Barrios Altos –salvo la modificada, que se indica en el párrafo precedente–, son las mismas; por ende, dada esta identidad de causales, cabe efectuar un solo examen y único pronunciamiento de ellas.

5.- Del extremo de la sentencia que lo condena por el delito de Homicidio calificado por alevosía, en agravio de Hugo Muñoz Sánchez y otros (caso La Cantuta):

Similar al descrito en el punto anterior, sobre este extremo de la sentencia, la defensa de Alberto Fujimori Fujimori reproduce textualmente las causales señaladas para cuestionar el anterior extremo que lo condena por Homicidio calificado por alevosía (caso Barrios Altos) –se agrupan en el numeral 3, de esta parte del dictamen–; por ende, siendo las mismas causales –identidad de causales–, cabe efectuar un solo examen y único pronunciamiento para ambos casos: Barrios Altos y La Cantuta.

3.2. LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA Y LOS FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION DE LA DEFENSA DE LA PARTE CIVIL: GUSTAVO GORRITI ELLENBOGEN Y ROSA ELVIRA LEÓN LUNAZCO

La defensa de la parte civil que representa al agraviado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y a Rosa Elvira León Lunazco –hija del agraviado Máximo León León, caso Barrios Altos–, han presentado en conjunto, en un único escrito, que obra a folios 69604/69607, la correspondiente fundamentación del recurso de nulidad formulado contra el extremo de la sentencia que determina, por concepto de indemnización por daño extrapatrimonial o inmaterial, la suma de cuarenta y seis mil ochocientos nuevos soles a favor Gorriti Ellenbogen, y contra el extremo que señala, por concepto de pago compensatorio, la parte proporcional de los veinte mil dólares americanos que se ha fijado a favor de los herederos legales de los veintiún agraviados del caso Barrios Altos.

Las pretensiones civiles

Ambos representados han formulado como pretensión: el aumento del respectivo monto de reparación civil fijado en la sentencia de primera instancia; si bien no han expresado una cantidad exacta, sin embargo, se remiten a la solicitada en la acusación formulada por el Ministerio Público, de lo que se desprende, que éste es el máximo que contiene sus solicitudes.

El sustento de las pretensiones

La pretensión formulada por la defensa del agraviado Gustavo Gorriti Ellenbogen se sustenta en lo siguiente:

1.- Por los delitos objeto de la sentencia, no cabe restitución ni reparación, sino una indemnización traducida en una suma dineraria suficiente para cubrir todos los daños producidos. En el caso particular del delito de secuestro, se debe considerar que el daño es de carácter extrapatrimonial y responde a la situación de angustia y terror, propiciada por una privación arbitraria, realizada por efectivos militares, en un contexto de quebrantamiento del orden constitucional.

A pesar de haberse reconocido, estas situaciones no han sido correctamente valoradas, por lo que, el monto fijado en la sentencia no es directamente proporcional a la gravedad del daño causado.

2.- Insiste que el contexto descrito, en el que se cometió el delito de secuestro, debe valorarse el conflicto armado y la presencia de efectivos militares, la misma que no garantizaba el respecto de los derechos de las personas privadas de su libertad, sino todo lo contrario, los antecedentes daban cuenta que venían actuando como perpetradores de graves crímenes.

3.- Un aspecto que también se debe tener en cuenta, es la fecha de comisión del delito, este aconteció en la noche del 5 de abril de 1992, cuando Fujimori Fujimori realizó el autogolpe de Estado, lo cual representó una situación de inestabilidad e incertidumbre, aunado al hecho que la ciudad de Lima se encontraba en Estado de Emergencia, dentro de la cual no se podía interponer ninguna acción de garantía para poder tutelar y garantizar la vida, la integridad y la libertad de la víctima.

4.- Otro elemento que debe valorarse es el móvil político detrás de la detención de Gorriti Ellenbogen, lo que agrava su situación de vulnerabilidad.

En relación a esto, argumenta que de igual forma es necesario valorar que la detención del agraviado respondió a un crimen de Estado planificado por el propio Fujimori Fujimori, quien confeccionó una lista de las personas contrarias al régimen político y que además, para ejecutar su plan criminal se valió de altos miembros de las FFAA, quienes, a su vez, se sometieron a la decisión política adoptada y desplegaron los recursos propios de sus instituciones.

Por otro lado, la pretensión de la defensa de la parte civil representada por Rosa Elvira León Lunazco, hija del agraviado Máximo León León (caso Barrios Altos), se sustenta en lo siguiente:

1.- Disienten con lo justificado en la sentencia cuando en esta se señala que los sujetos pasivos de los daños materia de reparación por el caso Barrios Altos, son los mismos a los cuales se les consideró beneficiarios en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se fijaron reparaciones específicas y

que por ello, no les corresponde percibir una indemnización adicional, pues conllevaría a un enriquecimiento injusto.

2.- Sus discrepancias se centran: primero, que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la responsabilidad del Estado frente a violaciones de derechos contemplados en la Convención Americana y señaló una indemnización por la omisión y actuación del propio Estado Peruano como tal; segundo, en el presente caso se juzga la responsabilidad de Alberto Fujimori Fujimori por sus hechos, a título individual; tercero, los autores también tienen la obligación de reparar a las víctimas por su actividad criminal; cuarto, los actos criminales del sentenciado constituyen delitos de lesa humanidad, cometidos por una organización estatal, que colocó a las víctimas en un mayor grado de vulnerabilidad no solo frente al Estado sino también frente a los propios ejecutores materiales.

IV. FUNDAMENTOS

4.1. CUESTIONES PREVIAS

La actuación del Ministerio Público en sede recursal y el principio de objetividad

1.- Conviene, previo al examen del recurso de nulidad, establecer la posición constitucional del Ministerio Público sobre su actuación en el procedimiento del recurso de nulidad.

El Ministerio Público es un órgano constitucional autónomo. El artículo 159 de la Constitución Política de 1993, prescribe que le corresponde, entre otros: promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales, en los casos que le ley contempla. Igualmente, el artículo 1 de su Ley Orgánica establece, que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, velar por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia.

2.- Del contenido y la interpretación de las citadas normas, debe destacarse el principio de objetividad e imparcialidad que, entre otros, rigen la actuación del Ministerio Público. A nivel de la doctrina se sostiene que a diferencia del esquema anglosajón, en Francia, modelo del cual es partidario nuestro país, el Ministerio Público fue construido "como órgano de persecución *objetivo e imparcial* a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el Derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en

contra como a favor del imputado, según el caso mismo lo aconsejara”². Con estas atribuciones, el Ministerio Público nace como “custodio de la Ley” y mas modernamente como “órgano de la administración de justicia”.

Incluso, históricamente se cita el dictamen que acuñó Savigny en el año 1846: “un ministerio público presidido por la ley y la verdad, con la obligación de descubrir la verdad objetiva, inclusive a favor del imputado, de recurrir decisiones en su favor, control de la legalidad de las acciones policiales e intermediario entre policía y tribunales, esto es un ministerio público como sujeto objetivo e imparcial del procedimiento penal”³(sic). De esta manera, desde su concepción hasta la actualidad, uno de los pilares, en los que se sustenta el actual modelo de Ministerio Público, es el principio de objetividad de su función.

3.- Sin embargo, la imparcialidad del Fiscal no debe confundirse con la del Juez, pues aquel no tiene las facultades de fallo que tienen estos últimos: la imparcialidad del órgano encargado de resolver, forma parte del concepto mismo de la jurisdicción⁴; por tanto, esta forma de imparcialidad es una cualidad exigible solo al juzgador, la cual –en los mismos términos y contenido que se le exige a éste–, no se extiende a los demás sujetos que intervienen en el proceso. El Fiscal, en su concreta actuación, es portador de intereses –aquellos públicos tutelados por el derecho– y en dicha actuación se le exige actuar con objetividad⁵.

El Ministerio Público, al ser custodio de la ley, incluso, no está obligado a vincularse con la jurisprudencia de los tribunales; no es agente executor de la jurisdicción, sino su par, en la administración de justicia, en ese sentido es el llamado a efectuar un juicio jurídico independiente⁶.

4.- El principio de imparcialidad que rige la actuación del Ministerio Público, a juicio del ex-Fiscal General del Estado Español Conde – Pumpido Ferreiro, ofrece dos vertientes una objetiva y otra subjetiva: objetivamente la imparcialidad constituye un criterio de actuación que se conecta con la sujeción a la legalidad y deriva de ella, lo que impondría e impone al Fiscal el prescindir que cualquier otro criterio, influjo o interés, “la imparcialidad en conexión con la legalidad, le exige, pues, tanto acusar a los presuntos responsables de los delitos y faltas, como defender a los injustamente

² ROXIN citado por MAIER, Julio. *El ministerio público: ¿un adolescente?* En: AAVV. El ministerio público en el proceso penal, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 30.

³ Loc. cit.

⁴ Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. *El Ministerio fiscal español*, Colex, Madrid, 2001, p. 140.

⁵ LÓPEZ LÓPEZ, manifiesta lo siguiente: “Los Fiscales no pueden ser imparciales, y lo máximo que podemos esperar de ellos es que se comporten con la *objetividad de criterio* necesaria para dictaminar, informar y ejercitar sólo aquellas acciones que técnica y honradamente estimen ajustadas a las Leyes u oponerse con igual vigor, a aquellas que consideren infundadas o improcedentes (...)”. Op. cit. p. 165.

⁶ ROXIN, Claus. *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*. En: AAVV. El Ministerio Público en el proceso penal, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 48.

acusados por otros"; subjetivamente, la imparcialidad se manifiesta como un *deber* del Fiscal, que le impone el separar el plano de la creación de criterios y de actuación, de las ideologías personales, para actuar objetivamente la ley⁷.

Esta definición de imparcialidad en la actuación fiscal, lo que técnicamente se entiende como objetividad, exige que la actuación de los representantes del Ministerio Público deba ser plausible, a los ojos de los justiciables, en las decisiones que, como defensor de la legalidad y protector de los intereses tutelados por ley, emita en su concreta actuación.

La objetividad en el marco del proceso penal, específicamente en sede recursal, se manifiesta, entre muchos aspectos, en su función dictaminadora⁸; en virtud a ella, conforme lo exige el artículo 159.6 de la Constitución Política, emite dictámenes previos a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla, en el que expresa una opinión objetiva e ilustrativa, guiada únicamente por intereses públicos tutelados por el derecho, en su tarea de ser *custodio de la ley*, o como se postula modernamente: como *órgano de la administración de justicia*.

La naturaleza del recurso de nulidad

5.- El recurso de nulidad, como medio impugnatorio⁹, es un acto procesal, que tiene como fundamento la disconformidad de los sujetos legitimados, contra la resolución o sentencia emitida por el juez de primera instancia (juez a quo). Conforme esta concebido en el Código de procedimientos penales, es un recurso ordinario de máximo nivel que se puede interponer y es definitivo en un proceso pues genera cosa juzgada; del mismo modo, permite la revisión total de la causa al ser sometida a conocimiento de la Corte Suprema, este órgano jurisdiccional tiene la facultad para conocer las cuestiones de forma como de fondo del proceso penal, así como la de modificar o revocar la sentencia o auto dictado por la instancia inferior.

En la doctrina nacional, para algunos tiene un doble carácter: de casación y de instancia, y persigue promover y procurar un nuevo examen de la sentencia de la sala penal superior, tanto desde un punto de vista de la forma como del fondo¹⁰. Para

⁷ CONDE – PUMPIDO FERREYRO, Candido. *El ministerio fiscal*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 77.

⁸ ANGULO ARANA la denomina función opinativa o consultora (ANGULO ARANA, Pedro. *El Ministerio Público. Orígenes, principios, misiones, funciones y facultades*. s/e, Lima, 2001, p. 298).

⁹ CORTEZ DOMINGUEZ señala que: "la impugnación debe entenderse como el acto procesal de parte que se siente perjudicada por una resolución judicial, ya sea por su ilegalidad, ya por su injusticia, pretendiendo, en consecuencia, su nulidad o rescisión". CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Los Recursos. Recursos contra las resoluciones interlocutorias*. En: GIMENO SENDRA Vicente. *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 633.

¹⁰ GARCIA RADA, Domingo. *Manual de derecho procesal penal*, Eddili, Lima, 1984. p. 313.

otros, la naturaleza del recurso de nulidad nacional es propia de todo recurso de apelación, en cuya virtud se busca un fallo sustitutorio del de primera instancia¹¹.

6.- El recurso de nulidad tiene, por consiguiente, la naturaleza de ser un recurso ordinario, pues tal como está regulado en la normativa procesal penal, permite reparar errores que afecten el contenido de una sentencia por ser injusta (errores in iudicando), como también corregir aquellos vicios incurridos por inobservancia de normas procesales, a las que se hallan supeditada la validez de la resolución judicial (errores in procedendo); asimismo, es devolutivo, por cuanto, el nuevo examen y la nueva decisión es atribuida a un juez superior o de alzada (juez ad quem) –en este caso, la Corte Suprema de Justicia– e, igualmente, es extensivo, en tanto, ante una pluralidad de sujetos, el recurso interpuesto por uno de ellos es susceptible de favorecer a aquellos que no recurrieron la decisión judicial.

La pretensión impugnatoria en sede de recurso de nulidad y la postulación del recurso

7.- La pretensión procesal, en términos generales, siguiendo la Teoría general del proceso, es una declaración de voluntad por la que se solicita la actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración, esta actuación, como es lógico puede variar, según la naturaleza de lo que se pretenda¹². Estructuralmente la pretensión debe contener siempre un *objeto*, que es el determinado efecto jurídico que se persigue o se solicita, y una *razón*, es decir, el fundamento que se le da y pueden ser, razones de derecho y razones de hecho (causa petendi)¹³.

8.- Así pues, el objeto procesal en el caso del recurso de nulidad quedará delimitado por la pretensión impugnatoria formulada por las partes recurrentes, la misma que puede ser de revocación o de anulación, pues como ya lo hemos manifestado, las potestades del tribunal superior (juez ad quem), en este procedimiento recursal, son amplias y puede reparar errores in iudicando o errores in procedendo. En este aspecto, conviene puntualizar además, que un análisis sobre el contenido de la pretensión impugnatoria, en virtud del principio de congruencia procesal¹⁴, definirá los términos de la sentencia de vista que en su momento dictará el

¹¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Manual de derecho procesal penal*, volumen II, Grijley, Lima, 1999, p. 742.

¹² GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*, tomo I, Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 264-266.

¹³ Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general del proceso*, tomo I, Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 239.

¹⁴ RÍOS, con respecto a ese principio refiere: "(...) El Tribunal que decide el recurso conoce del proceso sólo en cuanto a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios, de tal modo que la manifestación concreta del impugnante acerca de los motivos por el que el fallo resulta injusto constituye la frontera de la competencia funcional del tribunal ad quem". RÍOS, Ramón Teodoro. *Influencia de los principios acusatorio y de legalidad en la impugnación penal*.

respectivo juez ad quem: el órgano de revisión sólo puede pronunciarse respecto a lo que ha sido materia de impugnación.

La razón o la causa petendi, por otro lado, en el procedimiento recursal, está íntimamente vinculado a la postulación del recurso. A este respecto conviene señalar que el titular o sujeto activo de la pretensión debe cumplir con su *individualización*, para cuyo efecto debe fundamentarla: se fundamenta no para justificarla, sino para individualizarla o delimitarla; empero, no se individualiza en forma abstracta ideal, sino en forma concreta real, refiriéndose a hechos concretos, que son los fundamentos de la pretensión¹⁵.

9.- El derecho al recurso es un derecho de *configuración legal o prestacional*, esto es, que su ejercicio está sujeto a la regulación que haga el legislador de los medios de impugnación¹⁶. Esta configuración legal obliga, necesariamente, al examen de la norma que regula la postulación del recurso de nulidad: artículo 300, inciso 5, del Código de procedimientos penales. Su interpretación permite inferir que la postulación del recurso es *preclusiva y previa*, pues de no hacerse dentro del término de diez días, tendrá como sanción la improcedencia del mismo; por otro lado, es también un *acto único*, en tanto, se exige, dentro del referido plazo, la fundamentación de la pretensión impugnatoria, sin embargo, ello no impide una posterior ampliación de fundamentos, hasta la oportunidad de la vista de la causa¹⁷, en la que es posible un efectivo ejercicio del derecho de defensa para cualquiera de las partes procesales. Conviene resaltar que este último acto debe traducir única y exclusivamente la ampliación de fundamentos, no así la formulación de una nueva o nuevas pretensiones, pues en este último supuesto se trataría simplemente de una "nueva impugnación", con nuevo objeto y nuevas razones.

4.2. LAS PRETENSIONES ALTERNATIVAS FORMULADAS POR LA DEFENSA DE FUJIMORI FUJIMORI

10.- Un primer análisis exige delimitar el contenido de las pretensiones propuestas por la defensa de Fujimori Fujimori, pues estas, como ya se anotó, se han formulado en términos amplios para todos los extremos condenatorios de la sentencia, sin la respectiva individualización.

En: Revista de Derecho Procesal 3: Medios de Impugnación. Recursos-II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 373.

¹⁵ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 2000, p. 260.

¹⁶ CALDERÓN CERREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 606.

¹⁷ Los artículos 131 y 132 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Poder Judicial prevén y regulan la audiencia pública que se realiza en la vista de la causa, en la que permite el informe oral de las partes procesales, que así lo hubieren solicitado.

La defensa ha propuesto tres pretensiones alternativas. La alternatividad se manifiesta cuando se formula dos o más pretensiones pero, solamente se solicita –sin establecer preferencia alguna–, la estimación de una de ellas. Sobre estas, en forma genérica –puesto que su concreto análisis se realiza en los párrafos posteriores, confrontando cada una de las causales invocadas– conviene señalar lo siguiente:

La absolución de la acusación: La pretensión impugnatoria de la defensa del sentenciado es que se revoque la sentencia de instancia y se le absuelva.

Esta concreta la pretensión impugnatoria, exige verificar alguno de los supuestos contenidos en los artículos 284 y 301 del Código de procedimientos penales que regula los casos en que ha de dictarse sentencia absolutoria: a) cuando no se encuentra acreditado el delito; b) cuando se encuentra acreditado el delito, pero no la autoría o participación del acusado; c) cuando existe insuficiencia probatoria sobre la responsabilidad penal del acusado; d) cuando existe suficiencia, tanto de pruebas de cargo como de descargo, que generan duda sobre su responsabilidad –supuesto del indubio pro reo–. Todos estos supuestos, antes señalados, importan una valoración fáctica-probatoria.

La celebración de un nuevo juicio oral. En estricto, la defensa alega un efecto de la pretensión impugnatoria de nulidad de la resolución impugnada.

La pretensión impugnatoria de anulación, de ser amparada, se materializará en una sentencia anulatoria, la cual se verificará cuando la resolución impugnada incurra en una de las causales de nulidad previstas en el artículo 298 del Código de procedimientos penales: a) cuando en la sustanciación de la instrucción o en el juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámite o garantías establecidas por la ley procesal penal; b) cuando el juez que instruyó o el tribunal que juzgó no era competente; y c) cuando se ha condenado por un delito que no fue materia de la instrucción o juicio oral, o que se haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación. Conviene anotar, respecto a la primera causal, que debe tratarse de nulidades per se insubsanables: para que se declare la nulidad, se debe tratar de causales de nulidad taxativamente previstas en la ley, infracciones a las normas esenciales del procedimiento penal, del debido proceso y de las garantías constitucionales.

Por último, *la insubsistencia de la autodefensa del acusado y los alegatos retrotrayendo el juicio oral hasta la acusación oral, a fin que el mismo tribunal realice el procedimiento de desvinculación de la acusación conforme al artículo 285 – A inciso 2 del Código de Procedimientos Penales.*

Un primer análisis de lo solicitado, proviene de su literalidad; de ella se puede estimar que la defensa, está solicitando la *nulidad parcial del juzgamiento oral*. En su específica redacción, esta pretensión impugnatoria es imposible desde el punto de vista jurídico, debido a que nuestro modelo procesal vigente rige el *principio de unidad del*

juicio oral (artículo 266 del Código de procedimientos penales), siendo la regla general que una vez abierto el juicio oral, éste debe continuar hasta su conclusión mediante las sesiones necesarias y consecutivas. La audiencia es un acto complejo y unitario, los actos procesales que lo constituyen están estrechamente ligados entre sí, de modo que, en conjunto, hacen la unidad integral¹⁸. Por ende, debe desestimarse de plano una pretensión formulada en este sentido.

Un segundo análisis, conlleva referirse necesariamente a los principios: acusatorio, de contradicción y iura novit curia, que delimitan la calificación jurídica del hecho fáctico, propuesto como objeto del proceso, y las facultades de las partes procesales y del tercero imparcial: el juez. Estimado así esta pretensión y al haberse también invocado, de manera específica, como causal de nulidad la no aplicación de las reglas de la determinación alternativa previstas en el mencionado artículo 285-A del C. de P.P. –en los extremos condenatorios del caso Barrios Altos y caso La Cantuta–, su examen se realizará conjuntamente con esta causal.

4.3. LAS CAUSALES INVOCADAS EN EL CASO SÓTANOS DEL SIE - SECUESTROS DE GORRITI ELLENBOGEN Y DYER AMPUDIA

Causales: violación de la garantía de legalidad procesal - prescripción de la acción penal, y violación de la garantía legalidad penal - atipicidad por no verificación de la circunstancia agravante del trato cruel a la víctima

11.- La causal *violación de la legalidad procesal por prescripción de la acción penal*, para ambos casos (*Gustavo Gorriti Ellembogen y Samuel Dyer Ampudia*) exigen; en primer lugar: un análisis con la causal *violación de la garantía de legalidad penal por atipicidad al no verificarse la circunstancia agravante del trato cruel*; en segundo lugar: –aunque no formulada expresamente, pero si invocada como posible alternativa para la prescripción de la acción penal– la dilucidación entre *el delito de secuestro y el delito de abuso de autoridad*.

El planteamiento inicial precedente se configura de su confrontación con las pretensiones formuladas genéricamente y con los alegatos formulados en el juicio oral (folio 67622 a folio 67686, de folio 67622 a folio 67687, de folio 67735 a folio 67796, y de folio 67930 a folio 68042) y en tanto no se han propuestos mayores fundamentos que permitan delimitar, de manera más precisa, tanto las pretensiones, como las propias causales.

En el primer supuesto, para establecer la procedencia de la prescripción de la acción penal, atendiendo que las reglas que regulan esta forma de extinción de la acción penal –prescripción ordinaria y prescripción extraordinaria– dependen de la pena conminada para el delito, conviene determinar, previamente, si se ha configurado

¹⁸ MIXAN MASS, Florencio. *El juicio oral*, Librería y Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975. p. 59.

y acreditado el delito de *secuestro en su forma agravada por trato cruel o secuestro en su forma básica*.

La configuración y acreditación de la agravante: trato cruel, hace necesario efectuar un examen sobre su naturaleza y sus presupuestos o elementos que la configuran –así lo exige, además, la pretensión impugnatoria y las causales nulidad propuesta por la defensa–; luego, es indispensable examinar el sustento fáctico y la prueba que justifica la decisión del Tribunal –en esta parte se analiza no la justificación del delito de secuestro simple, sino de su agravante–, como lo señalado por la defensa en sus alegatos.

12.- La sentencia justifica la configuración y existencia de la agravante: trato cruel, en lo siguiente:

- i. Trato cruel puede ser definido como aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento pero por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se pueda calificar de tortura ni lesiones¹⁹. La gravedad y dañosidad, siguiendo la jurisprudencia internacional, se matizan a partir de factores endógenos y exógenos del caso concreto.
- ii. Desde la perspectiva objetiva destaca el comportamiento de los que ordenaron y ejecutaron el secuestro y de los custodios y autoridades que lo mantuvieron, lo que constituye un plus del comportamiento agresivo conocido por los agentes activos y asumidos por los sujetos pasivos, que se expresó en la forma de detención, en las características del traslado de los agraviados y en los calificativos utilizados, inicial aislamiento y en los anuncios de la severidad de las consecuencias, y en la ausencia de definición de su situación jurídica; en el caso del agraviado Dyer Ampudia, considera además la permanencia de la privación de libertad.

Específicamente, resalta la calidad de los ejecutores materiales del secuestro: agentes públicos, los centros ilegales de privación de la libertad, la falta del procedimiento regular legalmente previsto y contexto de alteración del orden constitucional y de un gobierno autoritario.

- iii. Desde la perspectiva subjetiva sostiene que los agentes –ejecutores materiales y autores mediatos– procedieron sin el mínimo sentido elemental de humanidad, de respecto por la persona y buscaron como propósito intensificar los padecimientos del secuestrado, de manera innecesaria.

¹⁹ Es copia textual de lo señalado en la sentencia. Ver párrafo 694°.2.

13.- La defensa de Alberto Fujimori Fujimori, en sus alegatos condensados en sus conclusiones escritas parciales (folio 67622 a folio 67687, de folio 67735 a folio 67796 y de folio 67930 a folio 68042), sostiene lo siguiente:

- i. Determinar la agravante exige asumir las bases del tipo penal de asesinato, pues sobre ella, la doctrina ha desarrollado la crueldad. Esta importa el acrecentamiento deliberado e inhumano del sufrimiento de la persona privada de su libertad, que le causa un dolor innecesario, por lo que ofende dos bienes jurídicos: la libertad ambulatoria y la indemnidad corporal o psíquica. Asimismo, resalta que el dolor, ya sea físico o psíquico, debe ser intenso y duradero
- ii. Los tribunales internacionales para calificar una conducta de cruel exigen una serie de características probadas como: el aislamiento prolongado, la incomunicación coactiva, el internamiento en centros de detención y celdas reducidas e insalubres, la intimidación por amenazas, las restricciones al régimen de visitas, los interrogatorios utilizando técnicas de desorientación y privación sensorial, las condiciones de detención objetivamente inaceptables, las agresiones físicas y/o verbales de un mínimo de gravedad, la intención de humillar o envilecer al detenido y además, suscite en él sentimientos de miedo, angustia o inferioridad de tal intensidad que quebrante su resistencia moral o física, la restricción de agua y alimentos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el maltrato debe alcanzar un nivel mínimo de severidad y que este nivel mínimo depende de las circunstancias del caso en particular.

- iii. Según las declaraciones de Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia, no se configuró ninguna de las exigencias de la agravante trato cruel, pues no se ha probado daño físico ni daño psicológico. Estas personas han declarado que recibieron un trato aceptable de los militares captores y de sus custodios.

La declaración de Gorriti Ellenbogen constituye prueba de descargo respecto a la afirmación de que fue objeto de trato cruel; de esta se evidencia que tuvo libertad de determinación al poner condiciones a los captores para acompañarlos, para dialogar con los militares y policías, para responder con dignidad y valentía, para protestar rechazando los alimentos que le ofrecieron.

La testimonial de Pinto Cárdenas, proporciona detalles sobre las condiciones y características de su detención, las mismas que resultan absolutamente incompatibles con el trato cruel. Además

Dyer fue puesto a disposición de la Policía o en todo caso, se informó a la DINCOTE su detención para que se inicie la investigación en la que participó el Ministerio Público, se le hizo conocer de la misma, se regularizó la documentación de la detención, se elaboró un parte en el que estableció el error de su identidad y se descartó su vinculación con el terrorismo y en el que además, se recomendó su libertad.

No se ha probado daño físico o psicológico, por el contrario, los agraviados ejercieron en todo momento su libertad de determinación: durante la captura y detención, incluso se negaron a consumir alimentos, pese a que se los ofrecieron en varias oportunidades.

- iv. La Fiscalía ha justificado la tipificación de secuestro con la agravante de trato cruel señalando que Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia, fueron abusiva y violentamente conducidos a los calabozos del SIE; sin embargo, no precisó cuáles fueron estos hechos abusivos y violentos. En la acusación se incurre en dos defectos: no se alegan hechos y tampoco se prueban los mismos.

Lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, con la que se pretende sustentar la posición de la Fiscalía, se resaltan, por el contrario, tres hechos graves: aislamiento prolongado, incomunicación coactiva y torturas.

La naturaleza de la agravante trato cruel

14.- La crueldad es un elemento normativo aplicable a delitos cometidos contra personas, tiene sustento en la propia Constitución Política –artículo 2, numeral 24, literal h²⁰–, asimismo, su proscripción y la exigencia de su sanción se encuentra consagrada en el artículo 5 de la Declaración universal de los derechos humanos²¹, artículo 5.2 de la Convención americana sobre derechos humanos²², artículo 7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos²³, artículos 4.1 y 16.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o

²⁰ El artículo 2, numeral 24, literal h, de la Constitución señala: “Nadie debe ser víctima de violencia moral psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes [...]”

²¹ El artículo 5 de la Declaración universal de los derechos humanos, a la letra dice: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

²² El artículo 5.2 de la Convención americana sobre derechos humanos, expresa: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”

²³ El artículo 7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, indica: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

degradantes²⁴ y artículo 1 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura²⁵. Esta base normativa constitucional e internacional, obligan a todo Estado, adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para impedir este tipo de actos²⁶.

15.- La consagración en nuestra Constitución Política y en los citados instrumentos que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sustentan la función política – criminal que cumple la crueldad dentro de nuestro ordenamiento penal²⁷, pues por un lado, sirve de parámetro y criterio de interpretación de las normas que la contienen como circunstancia material u objetiva –en la sentencia se indica que estas normas serían: delito de asesinato, artículo 108 del Código penal; delito de Violación sexual, artículo 177 del mismo código y delito de Secuestro, artículo 152 de este cuerpo normativo–²⁸; por otro lado, no solo sirve para la interpretación, sino además justifica normativamente la criminalización primaria de la Tortura. Este delito es una modalidad de trato cruel, inhumano o degradante, que consiste en causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que se tenga bajo custodia o control²⁹.

16.- La doctrina y la jurisprudencia comparada ha dejado establecido que la tortura, el trato inhumano y el trato degradante, son las tres escalas de gravedad o

²⁴ El artículo 4.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, señala: “Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

Por otro lado, el artículo 16.1 de la misma convención expresa: “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no llegue a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona [...]”

²⁵ El artículo 1 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, a la letra dice: “Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”.

²⁶ En este sentido también se pronuncia Meini cuando conceptúa el delito de Tortura conforme a los instrumentos internacionales. Cfr. MEINI, Iván. *Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano*. En: AAVV. *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*, Coordinador Francisco Macedo, IDEHPUCP, Lima, 2007, p. 128.

²⁷ Morales Prats, al analizar el delito de asesinato destaca esta función política – criminal, como también la función teleológica – valorativa de la crueldad; véase MORALES PRATS, Fermín. En: AAVV. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi – A. Thomson Company, Navarra, 2002, p. 59. En el mismo sentido, Muñoz Conde, resalta la función dogmática y la función política-criminal de la crueldad en el delito de asesinato (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 57).

²⁸ Ver párrafo 691º.1 de la sentencia.

²⁹ MEINI, Iván. Op. cit. p.127.

intensidad de los actos que atentan contra la integridad física, psíquica o moral de la persona: la tortura es el escalón más grave, el trato degradante es el más leve y el trato inhumano, el intermedio³⁰. Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también ha referido que la distinción entre la tortura y el trato inhumano o degradante deriva principalmente de la diferencia de intensidad del daño infligido, constituyendo la tortura la forma agravada, mientras que el trato inhumano es aquel que produce intenso sufrimiento y daño corporal, pero que no llega al extremo de la tortura³¹.

Esta escala de gravedad o intensidad, no obstante, su plena existencia y reconocimiento normativo y doctrinal, plantea muchos problemas en su concreta aplicación judicial, pues como lo sostienen algunos, la *gravedad* es un concepto jurídico indeterminado³², es una cuestión relativa por su propia naturaleza que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente, de la duración de los malos tratos y de esos efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de las víctimas, etc.³³

La relatividad o indeterminación de este concepto *gravedad*, ha sido incluso ampliamente justificada en la jurisprudencia de los tribunales que conforman los sistemas regionales de protección de los derechos humanos; en ésta –lejos de definir el contenido de cada uno de los citados niveles de gravedad o establecer criterios uniformes que sirvan como modelo preponderante–, analiza en concreto, el caso sometido a su jurisdicción y valora en forma conjunta las particularidades y circunstancias del hecho. Así puede apreciarse, por ejemplo, en las citadas sentencias citadas por la Sala Penal Especial, la emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto Irlanda versus Reino Unido, de fecha 18 de enero de enero de 1978³⁴; en la sentencia emitida por este mismo Tribunal, en el asunto Selmouni versus

³⁰ Así, siguiendo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo postulan MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 197. También, TAMARIT SUMALLA, Joseph. En: AAVV. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi – A. Thomson Company, Navarra, 200, p. 284. Igualmente, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. En: AAVV. *Compendio de derecho penal español*. Director Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 160.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, emitida en el expediente N° 1429-2002-HC/TC, de 19 de noviembre de 2002 (ver fundamentos jurídicos 5 y 7).

³² CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLES CUSSAC, J.L. En: AAVV. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 204.

³³ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Op. cit., p. 163. El autor cita la STEDH de 18 de enero de 1978, Irlanda versus Reino Unido.

³⁴ Constituye la primera sentencia en la que TEDH declaró la violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –que proscribe la tortura–, realizando para ello el test de gravedad de los padecimientos sufridos. Calificó como *trato inhumano o degradante* –y descartó la tortura–, las técnicas de interrogatorio utilizadas por las autoridades británicas para arrancar confesiones, denuncias o informaciones denominadas de “desorientación” o de “privación sensorial” y que consistían en colocar a los detenidos contra la pared, obligándoles a permanecer con los brazos y piernas estirados durante varias horas; cubrir todo el tiempo la

Francia, de 28 de julio de 1999³⁵; en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo versus Perú, de 17 de septiembre de 1997³⁶; otras sentencias que cabe mencionar, es la emitida por esta misma Corte en el asunto Velásquez Rodríguez versus Honduras, del 29 de julio de 1988³⁷ y la emitida en el asunto Niños de la Calle versus Guatemala, de fecha 19 de noviembre de 1999³⁸: en todas ellas se destaca la relatividad de dicha gravedad y la exigencia de analizar el hecho según los factores endógenos y exógenos del caso particular.

Por ende, no se puede establecer en abstracto, la naturaleza y el contenido de cada una de estas graduaciones, éstas deben ser determinadas por el juez en el caso particular, dicha labor, es complicada y se torna aún más difícil pues no existe ningún organismo ni instrumento del Derecho Internacional que especifique qué se entiende por grave o qué queda fuera de esta graduación³⁹.

Sin embargo, pese a esta relatividad y exigencia laboral delegada al juez en la causa concreta, se debe tener un punto de partida o de referencia, para determinar el contenido del *trato cruel* como agravante del delito de secuestro. Este punto de referencia debe centrarse en la misma concepción de tortura: ésta constituye el ataque

cabeza de los detenidos con un saco oscuro; traslado a habitaciones en la que resonaba constantemente un silbido de fuerte sonido; privación del sueño y sometimiento a una falta de alimento sólido y líquido en la víspera de los interrogatorios. Estas “técnicas”, a criterio del TEDH, no causaron sufrimientos de intensidad y de crueldad especial para que fueran calificadas como tortura.

³⁵ La sentencia se centra en determinar la gravedad de los hechos denunciados por un ciudadano holandés y marroquí; dichos actos traducían violencia psicológica –amenazas con soplete y jeringa, muestras del aparato genital, amenazas de muerte– y violencia física –golpes, puñetes, tirones del cabello–, que estuvieron acreditadas con certificados médicos. Estos fueron calificadas como graves y crueles y, por ende, se consideraron como *actos de tortura*.

³⁶ La CIDH calificó como *actos crueles, inhumanos y degradantes*: la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con traje infamante a través de los medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida sin ventilación ni luz natural, los golpes, la “técnica” del ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas. La valoración de todos estos actos permiten enmarcarlos dentro de los que prohíbe el artículo 5.2 de la Convención americana sobre derechos humanos.

³⁷ En esta sentencia la CIDH analiza y concluye, dentro del contexto de desapariciones –por su carácter sistemático y reiterado–, que el solo hecho del aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva, son *actos de tratamiento cruel e inhumano* que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona.

³⁸ La CIDH consideró que las circunstancias que rodearon la muerte de cuatro jóvenes fueron *actos de tortura y malos tratos*; los cuerpos de las víctimas, según los exámenes de necropsia y las fotografías, evidenciaron diversas heridas visibles, incluidas las que dejaron los proyectiles que les causaron la muerte: mordeduras de animales, las orejas y la lengua les fueron cortadas, se les había quemado o extraído los ojos, rociado líquido hirviendo sobre el pecho y la barbilla. Asimismo, la Corte señaló que bajo estas circunstancias de extrema violencia, debidamente probadas, se puede inferir razonablemente que durante el tiempo de su retención, los jóvenes pasaron una situación de extremo sufrimiento.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 198.

más intenso a la integridad física o moral y en definitiva a la dignidad de la persona humana, que limita *gravemente* su propia identidad⁴⁰ e implica toda condición o procedimiento que ocasiona *graves* sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o cualquier otro procedimiento que atente contra la integridad personal⁴¹. Este nivel de intensidad o gravedad, sirve solamente para excluir de su contenido, a todos aquellos actos que no alcancen o manifiesten este grado máximo, o como lo ha postulado el Tribunal: será trato cruel, todo acto deliberado que produce dolor o aflicción, pero que no lo es suficientemente severo para que se le pueda calificar de tortura ni lesiones⁴². Así pues, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el *trato cruel*, como agravante del delito de secuestro, coincide, según el caso, con el trato inhumano o con el trato degradante, niveles inferiores al de la tortura.

17.- Bajo este planteamiento, efectivamente, coincidiendo con el Tribunal, no se puede efectuar un análisis del *trato cruel* desde la perspectiva del delito de asesinato; no obstante, esta afirmación merece ser aclarada: como se sostiene en la sentencia⁴³, el trato cruel debe ser analizada partiendo de su figura básica, esto es del secuestro en su modalidad simple, pues por la intensidad o gravedad es posible que el "*trato cruel*" –agravante del secuestro– no coincida con la "*gran crueldad*" –elemento típico accidental del asesinato–. Sin embargo, conforme se ha sustentado en los párrafos precedentes, esta diferencia –al igual que la verificada entre el acto degradante, el acto inhumano y la tortura– únicamente radica en su intensidad o gravedad –así también se reconoce en la sentencia–; ante todo, conviene resaltar que todos ellos pertenecen a un mismo género al que puede denominarse: *crueldad*, por ende, al margen de esta única diferencia relacionada a la intensidad o gravedad, todas estas formas de crueldad tienen más de común, ellas requieren para su configuración de los mismos requisitos o presuponen los mismos elementos, como se verá a continuación.

Los elementos de la agravante trato cruel

18.- En la sentencia se ha definido a la crueldad como la "circunstancia (física/psíquica o moral) que debe ser apreciada normativamente cuya referencia es siempre el comportamiento del agente, en sus *aspectos objetivos y subjetivos*: adición de otros males –propiamente *innecesarios*– a la víctima, fuera de los propios del secuestro: la pura restricción de la libertad deambulatoria, y la asunción del agente de *la innecesariedad* de su acción, el carácter *deliberado* del exceso, de ocasionar padecimientos innecesarios a la víctima". Asimismo, siguiendo este concepto genérico, ha agregado que trato cruel, es una circunstancia agravante que, como tal, requiere un *plus* frente a toda conducta que entrañe privación ilegal de la libertad de una persona y que puede ser definida como aquel acto que *deliberadamente produce dolor y*

⁴⁰ Cfr. CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLES CUSSAC, J.L. Op. cit., p. 207

⁴¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 197

⁴² Ver párrafo 694º.2 de la sentencia.

⁴³ Ver párrafo 691º.1 de la sentencia.

sufrimiento pero que por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se pueda calificar de tortura ni lesiones⁴⁴.

Esta definición de la crueldad –coincidente incluso con su contenido semántico⁴⁵–, es la misma que se propone en la doctrina nacional y comparada, en cuyo ámbito es casi unánime su concepción en términos genéricos, concepción que en sus presupuestos o elementos mínimos está presente en cualquier grado o nivel –*trato degradante, trato inhumano y tortura*–, como también en sus distintas formas ya como agravante de algunos delitos –*trato cruel* en el delito secuestro⁴⁶ ya como elemento típico de otros –*gran crueldad* en el delito de asesinato–. Así por ejemplo, Castillo Alva señala que en la crueldad se conjuga tanto elementos objetivos y subjetivos en el autor del delito, no es solamente producir objetivamente dolores o sufrimientos innecesarios al víctima, sino es indispensable querer causarlos⁴⁷. En el mismo sentido, Roy Freyre destaca estos mismos elementos cuando señala que la crueldad consiste en acrecentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la persona, causándole un dolor innecesario⁴⁸. Carbonell Mateu y Gonzáles Cussac, igualmente sostienen que, genéricamente, es el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito⁴⁹.

Definida así la crueldad, ésta requiere siempre de dos elementos: uno objetivo, que se manifiesta en la *innecesariedad* de padecimiento y otro subjetivo, que es el *propósito o ánimo* del agente de querer causar dolores innecesarios a la víctima⁵⁰. Ambos elementos deben concurrir y ser debidamente valorados para determinar la

⁴⁴ Ver parte final del párrafo 691°.1 y párrafo 694°.2, de la sentencia. La cursiva es agregado nuestro.

⁴⁵ Para la Real Academia de la Lengua Española, *crueldad* significa inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad; acción cruel e inhumana. Mientras que *cruel* significa aquel que se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos.

⁴⁶ En el código penal chileno, la crueldad se considera como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal aplicable a cualquier delito; así ha sido prevista en la parte general, en el artículo 12, inciso 4: “Aumentar deliberadamente el mal del delito causando males innecesarios para su ejecución”.

A juicio de Bustos Ramírez, esta circunstancia requiere de un elemento objetivo, es decir causar males más de los necesarios para la comisión del hecho, y de un elemento subjetivo, que es la motivación específica de aumentar el dolor del ofendido, el placer deliberado en aumentar el injusto; véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, p. 1208

⁴⁷ CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho penal. Parte especial I*. Grijley, Lima, 2008, p. 431-432.

⁴⁸ ROY FREYRE, Luis. *Derecho Penal. Parte especial*, tomo I, AFA, Lima, 1986, p. 152.

⁴⁹ CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLES CUSSAC, J.L. Op. cit., p. 70.

⁵⁰ Ambos son, igualmente, reconocidos por el Tribunal como elementos del trato cruel, cuando analiza en concreto su concurrencia como agravante del secuestro. Ver párrafo 694° de la sentencia.

configuración de la crueldad o cualquiera de sus formas⁵¹, como lo es la agravante del secuestro: trato cruel⁵².

Configurado de esta manera, el *trato cruel* es el plus –señalado en la sentencia– que debe verificarse adicionalmente a la privación de la libertad y que, al igual como se manifiesta en otros delitos, justifica un mayor injusto penal⁵³ o una mayor culpabilidad⁵⁴ o ambos⁵⁵; cualquiera de estas posiciones fundamentan la agravante: el agente además de lesionar el bien jurídico propio del delito de secuestro, innecesaria y deliberadamente aumenta el sufrimiento de la víctima afectando otro bien jurídico que es la integridad física, psíquica o moral.

19.- La *innecesariedad* del trato cruel es el elemento objetivo o material por el que se exige que el sufrimiento o el dolor no sea el inherente al propio acto, esto es, el padecimiento de la víctima no debe ser manifestación o consecuencia del propio secuestro, sino que debe provenir de una acción adicional que es innecesaria para la ejecución y consumación de la privación de la libertad⁵⁶.

El secuestro, por su naturaleza, siempre se ejecuta empleando violencia psíquica y violencia psicológica –coacción–, lo que ocasiona cierto nivel de angustia; el mayor o menor sufrimiento dependerá de otros factores como por ejemplo, la utilización de una incrementada intensidad de la violencia, el temperamento y la personalidad de los ejecutores, el entorno o el ambiente en el cual se ejecuta, el lugar donde se retiene a la víctima, la probable incomunicación y, en general, de las

⁵¹ Estos elementos mínimos, incluso, están presente en el trato degradante, el trato inhumano y la tortura –cuya diferencia radica únicamente en la intensidad o gravedad–. Debe señalarse, no obstante, que la tortura, por constituir un delito autónomo, los elementos se matizan con dicha autonomía, así se destaca que los que la definen y precisan, entre otros, son: *la intencionalidad del acto*, es decir, dirigido a causar dolores, penas o sufrimientos físicos o mentales, y *la ilegitimidad del acto*, esto es, que los dolores y sufrimientos no sean inherentes o incidentales a las sanciones legales o legítimas. Véase: DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Afectaciones a la vida y presuntas torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes atribuidas a efectivos de la Policía Nacional*, informe N° 91, Lima, abril 2005, p. 28-29.

⁵² Cfr. CASTILLO ALVA, op. cit., p. 433; ROY FREYRE, op. Cit., pp. 152-153; MORALES PRAT, Fermín, op. cit., p. 59; GONZALES RUS, Juan José, en: AAVV. *Compendio de derecho penal español*. Director Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 51.

⁵³ GONZALES RUS, Juan José, señala que la agravante de crueldad es un plus al injusto penal propio del homicidio. Op. cit., p. 47.

⁵⁴ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte especial*, Ediciones Juris, Lima 1993, p. 46. Examinando la agravante crueldad, señala que en el aspecto subjetivo, el agente revela un alto grado de insensibilidad que acentúa un alto grado de culpabilidad, lo que constituye el fundamento de esta agravante.

⁵⁵ Para CASTILLO ALVA, la agravante crueldad en el delito de asesinato, se fundamenta tanto en un mayor injusto como en una mayor culpabilidad. Op. cit., p. 431

⁵⁶ Creus señala al respecto que se exige un padecimiento extraordinario –no ordinario– e innecesario en el caso concreto. CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 26.

particularidades que per se, son necesarias en la ejecución y consumación del delito, todo lo cual constituye el límite de lo ordinario del secuestro: las circunstancias y actos que causen sufrimiento, fuera de esta línea, deberán ser considerados innecesarios y, por ende, calificados como *trato cruel*.

Verificar la existencia de la innecesariedad del trato cruel, en un caso concreto, debe pasar por examinar primero a la víctima⁵⁷ –si estuviera viva–, pues es ella la principal fuente de información –aunque no la única– que permitirá determinar, a través de la indagación u aproximación a su psiquis: en primer lugar, los sufrimientos que padeció y su intensidad, y en segundo lugar, si este sufrimiento o dolor se encuentra fuera del límite ordinario o no es inherente a la ejecución misma del secuestro. Cualquier conclusión sobre esta agravante, que prescinda del examen de la víctima o esté desconectado de su realidad psicológica, será superficial y ligera.

Otro examen siguiente, que contribuye al objetivo reseñado en el párrafo anterior, debe comprender las particularidades, circunstancias y su correspondiente ponderación, del caso concreto. Este examen no debe estar desligado con el que se exige para conocer el propósito o ánimo del agente, pues la valoración de todos estos elementos, igual sirve para la finalidad común de determinar la existencia de ambos elementos.

20.- El *propósito* de hacer sufrir a la víctima constituye el elemento subjetivo o intencional que debe verificarse en el sujeto activo; el padecimiento o dolor debe haberle sido aumentado deliberadamente, es decir, que el agente se lo quiso causar de manera innecesaria, así no solo tuvo conocimiento y voluntad de la privación de la libertad personal, sino además, tuvo el ánimo de causar un dolor adicional a aquella⁵⁸. Sin embargo, debe resaltarse que este ánimo no es un elemento subjetivo especial como por ejemplo, la satisfacción de un instinto asesino o de un deleite morboso⁵⁹.

Es insuficiente haberse probado, únicamente, la innecesariedad del trato cruel: asumir una postura contraria, solo avalaría la responsabilidad objetiva que está proscrita por expresa disposición del artículo VII del título preliminar del Código penal. Por consiguiente, es necesario objetivar este elemento teleológico para lo cual no basta con verificar el resultado del secuestro, sino que es necesario, además, realizar, como ya se anotó, un examen, de las particularidades del caso concreto y del sujeto activo,

⁵⁷ En relación con nuestra postura, CASTILLO ALVA analizando la agravante *crueledad* en el delito de asesinato, sostiene que ella exige comprobar primero si la víctima padeció innecesariamente, para luego averiguar el ánimo del autor. Op. cit., p. 444.

⁵⁸ CREUS sostiene que el padecimiento infligido a la víctima debe ser un acto de crueldad, de tal forma que por más padecimiento que hubiera sufrido aquella, no se configurará la crueldad si esta no fue preordenada por el agente. Op. cit., p. 27.

⁵⁹ CASTILLO ALVA, José. Op. cit., p. 450.

pues de éste es posible inferir razonablemente ciertos elementos sobre su efectivo propósito o ánimo de tratar cruelmente a la víctima de secuestro⁶⁰.

La justificación de la agravante trato cruel

21.- Establecido la naturaleza y los elementos de la agravante del delito de secuestro: trato cruel, resulta pertinente analizar en esta parte, a la luz de la justificación contenida en la sentencia y de los argumentos de la defensa, la existencia o no de la citada agravante.

Como se ha detallado⁶¹, desde la perspectiva objetiva se ha establecido la existencia del trato cruel en mérito a la calidad de los ejecutores materiales del secuestro, al centro ilegal de privación de la libertad, a la falta del procedimiento regular legalmente previsto y al contexto de alteración del orden constitucional. Desde la perspectiva subjetiva se ha sostenido que los agentes procedieron sin el mínimo sentido elemental de humanidad, de respecto por la persona y buscaron como propósito intensificar los padecimientos del secuestrado, de manera innecesaria. Obviamente estas conclusiones deben ser confrontadas con la valoración de la prueba que su concreta en los capítulos XI y XII de la sentencia.

Un primer examen, conforme a lo expuesto⁶², debe centrarse en la propias víctimas del secuestro: Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia. Un segundo examen corresponderá efectuar sobre los factores y elementos que se detallan en el párrafo precedente.

22.- Como primera conclusión debe indicarse que se ha obviado formular la cuestión de hecho que enlace o relacione, en forma genérica, la agravante trato cruel, o en forma específica, con sus elementos: innecesariedad y propósito –las cuestiones de hecho planteadas por el Tribunal están referidas al sustento fáctico del secuestro en su forma básica–. A este respecto conviene indicar que, obviamente, no se exige una exposición en términos jurídicos o una calificación jurídica de la misma, sino una formulación como sustento fáctico o hecho concreto y real.

Siguiendo a la doctrina, conviene señalar que las cuestiones de hechos constituyen el acto cognoscitivo por el que se concreta los puntos probados y no probados del objeto del proceso, haciéndose total abstracción de las consideraciones de índole jurídica y concretándose solo en lo fáctico; estas deben contener todas las circunstancias objetivas y subjetivas del caso, es decir, las causas que eliminan o atenúan las condiciones de culpabilidad y las que deben apreciarse para la aplicación de la pena, en especial, deben destacarse aquellas que la ley considera como

⁶⁰ CASTILLO ALVA indica que se debe apelar al conocimiento de los posibles motivos que impulsaron al agente a cometer un asesinato con crueldad, para lo cual es necesario comprobar si se obró por venganza, odio, ira, entre otros sentimientos y datos subjetivos. *Ibidem*, p. 442.

⁶¹ Véase el fundamento 12 del presente dictamen.

⁶² Véase los fundamentos 19 y 20 del presente dictamen.

eximentes, atenuantes o agravantes; asimismo, se circunscriben exclusivamente a reconstruir cognoscitivamente y con la mayor objetividad posible la realidad fáctica de la acción u omisión materia del delito⁶³.

Las cuestiones de hecho, tal como están reguladas en el artículo 281 del Código de procedimientos penales, deben ser formuladas como interrogación, considerando las conclusiones del fiscal, del defensor y de la parte civil, y ser discutidas y votadas por el juzgador; asimismo, forman la parte esencial y constituyen el sustento de la fase de discusión y deliberación del periodo decisorio, de tal manera que sobre éstas deben estar enlazadas los fundamentos de hecho de la sentencia⁶⁴.

Bajo esta concepción y regulación normativa, se puede concluir, de manera preliminar, que en el presente caso se ha obviado u omitido la cuestión de hecho relacionada a la agravante trato cruel, lo que en todo caso, debe ser confirmado del resultado del análisis que se efectúa en los siguientes fundamentos del presente documento.

23.- Como se ha establecido, el primer y principal examen debe centrarse en las víctimas del delito de secuestro: Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia, para esta finalidad resulta necesario conocer ineludiblemente sus declaraciones. El objetivo de este examen es determinar, la existencia de la *innecesariedad del trato cruel*: no se busca probar el secuestro, mucho menos, verificar la existencia de la angustia y padecimiento propio u ordinario que produjo la misma privación de la libertad, sino que se pretende percibir y valorar elementos razonables sobre la probable existencia de un dolor o sufrimiento que no sea inherente a la ejecución misma del secuestro. Asimismo, debe resaltarse que tampoco se pretende establecer la *innecesariedad del secuestro*⁶⁵, pues ello es un aspecto distinto a la *innecesariedad del trato cruel* como plus del secuestro mismo.

24.- De la declaración plenaria del agraviado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen prestada en la sesión de audiencia de fecha 4 de enero de 2008 (folio 28929 a folio 28966), se puede destacar lo siguiente:

EVENTOS PREVIOS AL AUTOGOLPE DE 5 DE ABRIL DE 1992

Indica el agraviado: “[...] *diversas fuentes consultadas documentaron con una cierta precisión por esa suerte de cercanía casi clandestina que existía entre el candidato Fujimori y Montesinos [...] En cada ocasión le pregunté al ingeniero Fujimori por el papel de Montesinos dentro de la estructura de su gobierno y debo decir que invariablemente el Ingeniero Fujimori me contestó en términos que tenía relación nula*

⁶³ MIXÁN MÁSS, Florencio. *Juicio oral*, ediciones BLG, Trujillo, 1993, pp. 285-288.

⁶⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit., volumen I, p. 552.

⁶⁵ Sobre los motivos de los secuestro, véase los fundamentos 84, 85 y 89 del presente dictamen.

con la verdad, es decir que Montesinos no tenía nada que ver, que no tenía importancia mayor, esas fueron invariablemente sus respuestas" (folio 28930).

Explica sobre las diversas investigaciones periodísticas efectuadas contra Montesinos, y a través de las cuales se había logrado descubrir que éste había sido juzgado por traición a la patria y estrategia de la principal organización de narcotráfico peruano que hasta ese momento existió en nuestro país; que dicho personaje había copado los niveles de mando sobre todo en la Policía de Investigaciones del Perú, había ayudado a efectuar uno de los más sangrientos encubrimientos de una masacre y tenía antecedentes sobre la venta de secretos militares (folio 28931): *"[...] varios altos mandos de la Fuerza Armada en el año 90 sobre todo intentaron prevenir al entonces candidato electo Fujimori sobre lo que significaba la cercanía de Montesinos y supe que todo eso no había tenido resultado alguno [...] conocía perfectamente la naturaleza vengativa de Montesinos y sabía que era cuestión de tiempo antes que intentara de una u otra forma buscar él una venganza [...] unos meses antes del golpe del 5 de abril fuentes mías [...] dentro de las Fuerzas de seguridad me previnieron de que yo corría peligro [...] en el sentido que Montesinos estaba ya desarrollando aparentemente el odio, hacía un nivel ya operativo [...]" (folio 28932).*

SUCESOS CONCOMITANTES A SU DETENCIÓN

En relación a los momentos previos a su secuestro, la madrugada posterior al autogolpe de 5 de abril de 1992, señaló: *"ese día domingo [...] mi esposa y yo detectamos una clarísima vigilancia ... era una pareja con un histrionismo poco convincente [...] se pusieron obviamente tensos ... en el momento en que nos vieron" (folio 28933) "[...] cuando nos disponíamos a pasar una velada normal en la casa, súbitamente sonó el teléfono y una persona nos requirió prender urgentemente la televisión, lo hice y en ese momento vi al ingeniero Fujimori ... anunciando un golpe de estado y la disolución del sistema democrático".* Refiere que otra llamada le comunicó del movimiento de tropas en varios lugares: *"en ese momento, obviamente pude atar todos los cabos que pudieron quedar sueltos hasta ese momento, la vigilancia, las informaciones anteriores ... me doy cuenta de que yo eventualmente iba a ser uno de los objetivos ... tome la decisión de esperar en casa a que vinieran a arrestarme [...]; posteriormente entre las once y pico de la noche fui a la casa de Enrique Zileri [...] quedamos en organizar que hacer en caso de que uno fuera arrestado antes que el otro" (folio 28934) "[...] luego regresé a mi casa a esperarlos [...] alrededor de las tres de la mañana [...] me tocaron la puerta [...] al otro lado [...] pude sentir la presencia de mucha gente por el movimiento de zapatos en el suelo, mucha tensión y una persona igualmente con la voz tensa me dijo que eran de seguridad del Estado y que venían a hablar conmigo, traté de cambiar la voz y le digo que me iba a despertar [...] en la habitación que me servía de estudio y que daba al exterior, vi en la pared externa a un hombre parado encaramado sobre ella con un AK 47, una AKM y ya dentro del jardín vi avanzando agazapados por los arbustos a dos personas con pistolas en la mano [...] y cuando el sujeto que estaba en el jardín vio que salí desarmado, saltó al jardín, se acercó y me dijo que era "Seguridad del Estado" y que tenía que*

acompañarlos, en el momento pedí que se identificara y que me diera la orden para ser llevado a Seguridad del Estado, me dijo que no tenía que enseñarme nada, que no tenía ningún papel y que lo acompañara, puesto que tenían otros métodos ... le dije que la cosa no sería tan sencilla [...] en ese momento hubo golpes fuertes de puño sobre la puerta y uno de los que había ingresado agazapado [...] abrió la puerta del garaje” (folio 28935).

Manifiesta que se suscitó un incidente con su esposa y uno de sus captores, cuando éste trato de ingresar, lo que motivó su reacción, así relata que, en ese momento, dijo: *“si han venido a asesinar háganlo de una vez y para que tanta cosa”;* luego agrega el agraviado: *“en ese momento el oficial que había ingresado primero [...] me dijo algo así como: ‘señor Gorriti no le va a pasar nada (folio 28936) pero tiene que venir con nosotros’ [...], entonces yo dije: ‘yo no me voy mientras esa gente se quede en mi casa’, y él me dijo: ‘si usted me da su palabra de que viene conmigo ellos se van’ a lo que respondí: le doy mi palabra”.* Agrega, que antes de irse procedieron a llevarse su computadora y algunos documentos, luego de este incidente se despidió de sus hijas y su esposa (folio 28937).

CONDUCCIÓN E INGRESO A LAS INSTALACIONES DEL SIE

Señala el agraviado: *“entramos a la camioneta [...] conversamos algo en el camino y me dijo ‘no le va a pasar nada, como usted ve no lo hemos encapuchado ni nosotros estamos encapuchados’, yo le contesté que algo así podía ser tomado de dos maneras [...] llegaron al Pentagonito por la entrada al SIE ocultando al centinela de la puerta quienes estábamos en la camioneta (folio 28938).* Continúa diciendo que cuando se dirigían a entregarlo al oficial a cargo del SIE, alguien lo llamó por su nombre, reconociendo a dicha persona como uno de los oficiales que estuvo en una de las charlas que dictó en la Escuela de Inteligencia del Ejército sobre Sendero Luminoso; que seguidamente lo dejaron con él, conversaron y luego lo condujo a un sótano en el SIE, allí tocó una puerta, salió un soldado y un comandante le dijo que no el lugar no era un hotel, pero era lo que había; textualmente agrega: *“[...] a continuación entré y se cerró la puerta con candado y eso fue todo [...] era una habitación que estaba en un semisótano, tenía ventanas sin vidrio con barrotes de hierro, dos habitaciones, un baño en condiciones deplorables de limpieza [...] había un catre medio de campaña y una puerta sólidamente cerrada (folio 28939).*

EL TRATO DE SUS CUSTODIOS DURANTE EL PERÍODO DE SU RECLUSIÓN

Gorriti indica lo siguiente: *“Hacia el final de la mañana de ese día, entró una persona aparentemente un instructor ... y me pidió los pasadores de los zapatos y las correas, cosa que suele ser una precaución estándar en los casos de los detenidos [...] un par de horas después llegó esa misma persona, acompañada por dos [...] y me pidieron la clave de acceso al disco duro de mi computadora, me negué a darlo, me mencionaron que me estaban hablando bonito, que podían dejar de hablarme bonito pero el hecho concreto es que no se las di, y luego de eso vinieron en un par de ocasiones trayéndome alimentación, me negué a recibirlas, yo entre las medidas de*

resistencia pasiva que había buscado hacer, en un comienzo era entrar en una huelga de hambre, me negué a recibirla pero ya en la segunda ocasión junto con la persona que trajo la fuente con los alimentos, llegó un oficial que ... me dijo que debía confiar que no era comida malograda ni envenenada, y yo le dije que no se trataba de que los fuera sino que me encontraba en huelga de hambre y eso fue todo lo que vi hasta la madrugada del día siguiente” (folio 28940).

RETIRO DE LOS SÓTANOS DEL SIE Y POSTERIOR LIBERACIÓN

Literalmente señala: *“Del día siete alrededor de las tres y media de la mañana, en medio del silencio total que había en la zona, (folio 28940) entró una camioneta en la que se pudo escuchar claramente, llegaron pasos a la puerta, abrieron el candado y un oficial [...] acompañado por los infaltables guardaespaldas [...] me dijo que lo siguiera [...] lo seguí, subimos a una NISSAN PATROL, yo de nuevo en el asiento de atrás [...] y salimos en silencio total, en algún momento, cuando estábamos en San Borja, pregunté a donde íbamos, la respuesta muy seca fue ‘no se preocupe’, eventualmente enrumbamos por la Vía Expresa, terminamos en la Av. España y luego bajó primero el oficial [...] después de un rato de hablar en la puerta se acercó y me dijo que bajara, entramos a la zona que entonces compartían la DINCOTE y Seguridad del Estado, en eso subimos al segundo piso, este oficial me enseñó una bolsa de plástico me dijo que ahí estaban mis cosas y me entregó a la Policía [...] Lo único que hizo en ese momento un oficial o técnico relativamente joven, fue conducirme a un piso más allá en donde estaban los calabozos de Seguridad del Estado en donde estaba totalmente oscuro, pero en el momento que entré pude percatarme que habían muchas otras personas, y entonces empezamos a hablar, yo les dije quien era, buena parte de ellos eran periodistas radiales que habían sido apresados horas antes, al haber hecho emisiones en contra del Golpe [...] ahí me pude enterar que había una gran movilización, un escándalo por mi detención, que se hablaba en todos los medios sobre eso y entonces pude ya saber no solamente que me había salvado sino la razón por lo que eso había sucedido (folio 28941) [...] para soltarnos lo más rápido posible me tomaron declaraciones junto con los demás [...] yo para escándalo del instructor dije cosas durísimas respecto a Montesinos [...] a eso de las siete de la mañana me habían llamado del calabozo y me dijeron que el General Vidal quería conversar conmigo, [...] era ya Jefe de la DINCOTE ... me dijo que lamentaba profundamente la penosa circunstancia en que debíamos llevar a cabo el encuentro”. Detalla que conversó sobre la forma en que se había producido su liberación del SIE y cómo Montesinos quería que lo acusen por terrorismo; continúa relatando: *“es ahí cuando me percaté también de que era un hecho de que me iban a liberar en muy pocas horas, fue el escándalo internacional lo que hizo esto posible” (folio 28942).**

ENTREVISTA CON FUJIMORI DESPUÉS DE SU LIBERACIÓN

Señala que en la primera conferencia para la prensa extranjera efectuada por Alberto Fujimori, posterior al autogolpe de Estado, le preguntó sobre la participación de Montesinos en estos hechos; que le increpó la forma en que agentes armados del gobierno irrumpieron en casas de periodistas, los secuestraron y se apoderaron de sus

computadoras y archivos; que ante ello Fujimori, le contestó que Montesinos no había tenido nada que ver y que su computadora le iba a ser devuelta prontamente; agrega, que Fujimori a continuación miró a Fernando Yovera y le dijo que entendía que sus hermanos habían sido secuestrados durante el golpe de Estado, pero que estaban por ser libertados (folio 28945).

Sobre su computadora, refiere que se la devolvieron al día siguiente y que tuvo que recogerla en Seguridad del Estado, ubicada en la avenida España (folio 28949).

POSICIÓN SOBRE LOS HECHOS SUSCITADOS EL 5 DE ABRIL Y SU DETENCIÓN

Al ser preguntado el agraviado, porqué no se escondió al saber, casi ocho horas antes, que iba a ser detenido, señaló: *“estaba ejerciendo el derecho a escribir, a opinar, a informar, a pensar, a actuar como periodista a investigar a fiscalizar y porque el arrestarme arbitrariamente, privarme de mi libertad, secuestrarme, violaba aquello y entonces de una u otra forma era desde ya una forma de protesta, yo me resistí a dar por hecho, a aceptar la realidad que un gobierno por ilegal o golpista que fuera se arrogara el derecho de secuestrar a alguien sólo por escribir, por pensar, por informar”*. Acepta que asumió su detención como el costo por defender la libertad de prensa.

Cuando se le preguntó si su esposa o sus hijos habían sufrido alguna agresión física, además del incidente en el que aquella empujó a uno de sus secuestradores, dijo: *“no eso fue todo, ahí se produjo el punto de crisis [...] que fue solucionado por el oficial que he referido”*. Igualmente señaló que para salir de su domicilio puso como condición que primero se fueran sus captores y que cumplida ésta, aceptó salir (folio 28954); que al llegar al SIE, el oficial que lo recibió, le manifestó su sorpresa al verlo y que cuando lo condujo al cuarto de su reclusión diciéndole que era lo único que tenía, dicho oficial solo trató de ser cortés con él (folio 28956).

25.- De la apreciación del contenido de lo declarado por el agraviado Gorriti Ellenbogen no se infiere ningún elemento razonable que evidencie haber padecido un dolor o sufrimiento innecesario o que el padecido no hubiere sido el inherente a la propia ejecución y consumación del delito de secuestro. Antes bien, se puede inferir que, dentro de la angustia ordinaria que conlleva la privación de la libertad, ella fue mínima; así cabe indicar que tuvo cierta facultad de condicionamiento –consiguió que nadie quedara en su casa– y se le permitió despedirse de su familia; fue visitado y sostuvo conversación con personas conocidas, una de ellas, incluso, lo trasladó a la celda –según sus propias palabras–, de manera cortés; no solo se le ofreció alimentos, sino que lo visitó un oficial con la finalidad de persuadirlo para que los ingiriera. Lo declarado por el agraviado sobre las circunstancias anteriores a la privación de su libertad, permiten descartar un padecimiento considerable: tuvo conocimiento ocho horas antes de lo ocurrido en su agravio, que iba a ser detenido, empero, decidió quedarse en su domicilio; esta circunstancia evidencia su fuerte temperamento capaz

de asimilar las consecuencias de una privación de su libertad, incluyendo el normal y ordinario padecimiento que ella ocasiona.

26.- De la declaración plenaria del agraviado de Samuel Dyer Ampudia prestada en la sesión de audiencia de fecha 11 de enero de 2008 (folio 29001 a folio 29038), se puede resaltar lo siguiente:

CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES A SU DETENCIÓN

Respecto al momento de los hechos ocurridos el día 27 de julio de 1992, indicó: *“me disponía a viajar a Estados Unidos [...] esa noche al pasar por migraciones, fui informado por el oficial [...] que tenía que hablar con otros dos oficiales que se encontraban supuestamente esperándome [...] este señor de migraciones me dio a entender que yo tenía una requisitoria judicial, le manifesté inmediatamente mi extrañeza porque yo no recordaba tener algún problema judicial de ninguna índole, le pedí que verificara bien, en todo caso que me dejara ver la pantalla, no accedió, pero me dijo que los oficiales que me van a acompañar, me van a conducir a la oficina del Jefe de Migraciones, para que él me explique y me enseñe los documentos de la requisitoria [...] en el trayecto le pedí el favor a un oficial que era el mayor [...] para por favor me deje acercarme a mi hijo para informarle que ya estoy en el Aeropuerto y que posiblemente le iba a alcanzar en unos minutos, lo que se hizo, y él me condujo a las oficinas del Jefe de Migraciones”* (folio 29002). Agrega que ninguna de estas personas, le mostró su identificación.

Sobre el tiempo que permaneció en la oficina manifestó; *“fue una hora o un poco más, tiempo donde ya llegaron otros señores y ahí salió este señor que no se identificó ni se quiso identificar a pesar que se lo exigí [...] me condujeron a una camioneta de lunas polarizadas, obviamente ante mi protesta, mi resistencia, pero eran tres o cuatro señores de porte militar y yo no tenía alternativa”* (folio 29003).

TRASLADO DEL AEROPUERTO AL PENTAGONITO

Manifiesta el agraviado que no se dirigieron a la carceleta del Poder judicial, sino que desviaron la ruta e ingresaron a Paseo de la República; que al preguntar cual era su destino, pues el Poder Judicial no estaba en la ruta que seguían, el que tenía el mando le explicó que por motivo de Fiestas Patrias y para su comodidad, lo iban a llevar a otra dependencia y luego lo trasladarían al palacio de justicia; refiere expresamente: *“me dijeron simplemente que me iban a llevar a una institución donde iba a tener más comodidades que estar en la carceleta junto con delincuentes comunes [...] ellos se dirigieron por Javier Prado e hicimos una parada en esa juguería que existía y sanguchería que se llamaba ‘cuatro estaciones’, y ahí pidieron unos sándwiches y gaseosas que todos consumimos, no me dejaron bajar del vehículo, me lo trajeron”*. Agrega que, finalmente se dirigieron al Cuartel General de Ejército (folio 29004 y folio 29005).

ESTADÍA EN EL CUARTEL GENERAL DEL EJÉRCITO

Respecto a su estadía en el Cuartel General del Ejército dijo: *“lo conozco perfectamente, ingresamos por la parte posterior, nada más recuerdo, porque le soy honesto, prácticamente no se en que circunstancias, hasta me sacaron la correa del pantalón porque cuando amanecí estaba [...] con zapatos, pero sin pasadores, sin la correa y no tenía nada”*. Señala también que presumió haber sido provocado a tomar un sedante cuando ingirió lo bebido o comido el sándwich que le proporcionaron (folio 29005).

Describe el ambiente en que estaba recluido: *“era una celda muy pequeña, probablemente cuatro por cuatro metros, tenía sólo una ventana con barrotes, no se podía ver el cielo, sino que pareciera que era contigua a otra, tenía un hueco para los servicios, no tenía servicio de agua y había un colchón para una persona que estaba tirado en el suelo”* (folio 29005).

Proporciona detalles sobre el tiempo que estuvo privado de su libertad: *“el día treinta pase a otra celda en el nivel de un sótano del SIE y entre el tres y el diez, ya que esta celda no tenía baño, yo salía constantemente cada vez que quería servicios tenía que pedir que me abran la puerta porque tenían con candado y con chapa, había dos seguridades y también me traían alimentos del sótano del SIE, que eran de mala calidad y pedí otro tipo de alimento, al final me llevaban a comer caminando, siempre custodiado por un oficial y dos soldados, a un comedor que tenían muy cerca de ahí caminando posiblemente cincuenta a ochenta o cien metros, incluso pasaba por una zona de jardines [...] lo único que me exigían era de que no hablara con nadie, ni comentara que yo estaba entre comillas detenido y era obviamente la calidad de alimentos diferente, donde se notaba que habían muchos oficiales cenando”* (folio. 29006). Manifiesta que durante su cautiverio vio a Fujimori Fujimori: *“en una intersección de un pasadizo vi que el Presidente se desplazaba, cruzando, e iba acompañado de una comitiva de civiles y militares, y obviamente para mi fue una sorpresa [...] como ciudadano dije, es el Presidente del país y era mi salvador y atine rápido a invocar ayuda y la reacción obviamente de los militares fue inmediatamente jalarme en sentido contrario, recuerdo que trastabille incluso caí al suelo, igual me jalaron me recriminaron, se molestaron mucho y eso fue todo”* (folio 29006); asegura que la distancia fue de tres a cinco metros y que textualmente le dijo: *“Presidente estoy secuestrado, ayúdenme”*, pero que el Presidente no volteó y fue jaloneado rápidamente, sin lograr ver, ni percibir si su comitiva regresó (folio 29007).

HUELGA DE HAMBRE Y ENCUENTRO CON PINTO CÁRDENAS

Señala el agraviado: *“los tres primeros días, desde el veintisiete al día treinta estuve en [...] los sótanos del SIE, aclaro que es del servicio de inteligencia que tenía ahí y cuando fui trasladado me puse en huelga de hambre, no quería ingerir alimentos en protesta [...], luego fui trasladado al nivel de la oficina del jefe, después vino un señor sin galones, que posteriormente en una conversación ya se identificó como el Coronel Pinto Cárdenas, [...] llegamos a un acuerdo si yo comía, él se identificaba [...] ahí me soltó la información que había una llamada anónima que me comprometía con*

actividades del suministro de armas a Sendero Luminoso [...] ordenó que ya no me bajen, sino que lleven a una celda de aparentemente mejores condiciones en el mismo piso” (folio 29008).

REGISTRO DE SU DOMICILIO Y FUGA DEL PENTAGONITO

Manifiesta el agraviado, al respecto, lo siguiente: *“El día cuatro [...] donde vino la DINCOTE y me llevaron a mi casa donde hicieron un registro de mi casa con presencia del Ejército y la gente de la Policía, yo veía y sentía que no me iban a dejar en libertad, incluso yo estaba informado que la Dirección de Terrorismo había hecho un informe, los oficiales decían que no llegaba el informe (folio 29008) y continuaba mi cautiverio, fue en esas circunstancias que el día cuatro me entregaron una nota bajo puerta, y me dijeron que me iban a ayudar a salir [...] al día siguiente seguí las instrucciones, yo estaba con la barba crecida porque no me afeitaba varios días, me afeite, tenía en ese momento incluso me daban facilidades para que me traigan ropa limpia, me bañe, me puse otra ropa y logré eludir a los soldados que siempre estaban en la puerta del baño, no se si estaban coludidos con el tema de la fuga, pero fui en dirección contraria a la celda y seguí las instrucciones que me habían puesto, me subieron a una camioneta, me pusieron en la parte posterior, yo lo único que hacía era suplicar que no me maten, ellos me decían que no me iban a matar, ellos me decían que no me iban a matar, que simplemente me quieren dejar libre [...] me soltaron a pocos minutos en una calle de San Borja” (folio 29009).*

PRECISIONES POSTERIORES

Agrega el agraviado: *“cuando se retira el Coronel [Pinto Cárdenas] supuestamente a descansar a su casa y me pasan a esta celda, que era obviamente de otras condiciones y había una cama con colchón, incluso un televisor, que este oficial, a mi insistencia me lo dejó porque lo iban a retirar, incluso le pedí que me traigan mis cosas para cepillarme los dientes que yo tenía en mi estuche que iba a viajar, no me lo ofreció, pero después me lo envió con otro soldado”.*

A la pregunta sobre la oportunidad en que fue trasladado a la DINCOTE, manifestó: *“cuando estaba durmiendo tocaron la puerta de la habitación y me llamó la atención, porque ellos normalmente entraban, y les dijo: ‘entren porque ustedes tienen las llaves’, entonces allí apareció otro señor [...] se identificó como un oficial de la DINCOTE [...] previamente con cortesía le dije que conociendo mis derechos, yo quería saber si él en realidad era un oficial y me dio su nombre, e incluso le pedí que si se puede identificar y se identificó, me enseñó su placa, lo que me dio más confianza, es que estaba actuando conforme corresponde a la Ley, y me sacó un documento y me dijo: ‘usted tiene que firmar esta orden de detención’, entonces yo leí el documento y decía que estaba siendo detenido por actividades terroristas, a lo que yo le dije con todo respeto, que eso era una afrenta, que eso no lo podía aceptar (folio 29010) [...] y la verdad que me negué y resulta que ahí, es que tomamos asiento [...] con el oficial y después de una conversación larga, el señor me explicaba [...] que ellos no son del Ejército, que son de la DINCOTE, y fue persuasivo, y me dijo que la única manera que*

me podían ayudar era que yo también colabore con ellos". Aclara que el oficial se llamaba Washington Rivera Valencia (folio 29011).

Aclara también: "el día treinta cuando ya me había atendido e identificado el coronel Cárdenas, es que ya me trasladan a una celda mas cómoda [...] vino el oficial de la DINCOTE Washington y finalmente accedí a firmar [...] en esas circunstancias ellos se retiraron y me dijeron que mañana iban a continuar con las diligencias y que traerían a un Fiscal y me decían que yo también trate de alguna manera de tener un abogado y es por eso que pedí a la gente del ejercito que me llamen a un abogado, y efectivamente al día siguiente vinieron ya con varios oficiales de la DINCOTE y me dijeron que iba a ir a mi casa " (folio 29016) "lo cual efectivamente sucedió, y llegando a su casa la revisaron toda, Dyer le pidió a los oficiales para que se duchara y ellos accedieron, se baño, se cambio de ropa, e incluso su abogado (el Dr. Quiroz) llegó" (folio 29017).

Añade que momentos previos a su detención en el aeropuerto, cuando le habían indicado que tenía una requisitoria, habló con su abogado, el doctor César Quiroz y que él le dijo que tenían que mostrarle la requisitoria; también acepta que dicho letrado lo asistió durante su manifestación policial (folio 29028).

Menciona que durante su reclusión en el SIE no fue objeto de interrogatorio por parte del personal del SIE, sólo tuvo una larga conversación con el Coronel Alberto Pinto (folio 29030); reconoce que el oficial que estuvo al mando en su traslado del aeropuerto al pentagonito fue Carlos Domínguez, quien le dijo recibía órdenes de Vladimiro Montesinos Torres; precisa que Pinto Cárdenas le pidió perdón y le manifestó que nunca ordenó su captura, sino que fue una acción de Montesinos, quien a su vez, recibió la orden de Alberto Fujimori Fujimori.

27.- Un examen de esta declaración, permite descartar un padecimiento innecesario –mayor o excesivo al ordinario– del agraviado Dyer Ampudia en la ejecución de los actos que privaron su libertad. Conviene, destacar ciertos elementos que sustentan esta conclusión: la ejecución del acto que dio inicio a su privación de libertad estuvo exento de violencia física y psicológica, se le detuvo bajo el pretexto de tener una requisitoria judicial; en ningún momento de su traslado al aeropuerto se le privó de alimentos, por el contrario, se le proporcionaron los mismos que consumieron los agentes; pudo efectuar ciertos pedidos, los cuales, además, le fueron concedidos, como por ejemplo, la comunicación con su hijo, la comunicación con su abogado, el cambió de alimentación, el trasladó a otra celda con televisor y útiles de aseo personal, en alguna oportunidad se llevó a un comedor, en otra, se le permitió bañarse en su domicilio cuando concurrió en compañía de su custodios; todo ello, a su vez permite inferir que nunca estuvo incomunicado ni aislado, lo que se refuerza con la narración de haber visto al presidente Fujimori Fujimori; en las investigaciones efectuada por la DINCOTE, del mismo modo, tuvo un trato cortés –o al menos libre de cualquier ofensa o violencia– de parte del personal policial y se le concedió la presencia de su abogado –doctor César Quiroz–.

Todos estos factores si bien no permiten inferir que el agraviado tuvo confianza en su captores, empero sí descartan, con contundencia y razonabilidad, cualquier trato cruel, es decir, algún grado de padecimiento o dolor innecesario que hubiera violentado su integridad física o psíquica, mayor al causado por la propia privación de su libertad.

28.- Un análisis y pronunciamiento aparte merece la única circunstancia o elemento del que se podría inferir la existencia un padecimiento innecesario, que es el relacionado a lo sucedido en su fuga, en el que –según lo relata– temió por su vida. A este respecto, conviene hacer algunas consideraciones: Primero, que esta circunstancia, por sí sola, no sustenta la existencia de un dolor o sufrimiento de tal magnitud que se pueda calificar, contundentemente, como un trato cruel que hubiere padecido el agraviado y que, por consiguiente, también hubiere violentado su integridad moral; más aún sopesándolo con los elementos descritos en el fundamento anterior, no tiene la virtualidad de desmerecerlos. Segundo, de la propia circunstancia descrita, se deduce que dicho temor no provino o fue consecuencia de la privación de libertad, ni de los autores del secuestro; antes bien, ello se generó de la actuación de personas ajenas al delito o que habían dejado la voluntad criminal de seguir ejecutándolo. Tercero, todo ello se verificó, no en la privación de la libertad del agraviado, sino justamente cuando estaba fugando, es decir, cuando recuperaba su libertad.

29.- Conviene también efectuar un examen de otras circunstancias relacionadas a la privación de la libertad de Samuel Dyer y Gorriti Ellenbogen, para cuyo efecto debe recurrirse principalmente al contenido de lo declarado por los testigos directos del mismo Carlos Rosas Domínguez Solís, Alberto Pinto Cárdenas, Antonio Ketín Vidal Herrera y Washington Rivero Valencia.

Carlos Rosas Domínguez Solís en el plenario, sesión de audiencia de fecha 11 de enero de 2008 (folio 28996 a folio 29112) señala que el 27 de julio de 1992, recibió una llamada de Montesinos Torres, quien le comunicó que en el aeropuerto se encontraba una persona de apellidos Dyer Ampudia, que había sido detenida y que era necesario trasladarla al Cuartel General del Ejército, insistiéndole que era orden del Presidente de la República; que cuando llegó al aeropuerto encontró detenido a Samuel Dyer, por lo que, se presentó, lo invitó a que lo acompañara, le indicó cuáles eran sus derechos y le explicó la situación; afirma que Dyer tuvo comunicación constante y abierta antes de la llegada al SIE, con su familia y con su abogado; que cuando llegaron al SIE lo puso a disposición del Coronel Pinto Cárdenas; responde que el trayecto hacia el SIE, se detuvieron a beber y comer algo; especifica que siempre lo trató con respeto, no tomó medidas de precaución, no lo esposó y que cuando pasaron por la avenida Aviación con dirección al Pentagonito, le manifestó que no había cenado, tenía hambre y que quería comer; detalla que el agraviado lo invitó a cenar juntos, pero rechazó la invitación y ante ello, le solicitó que le permitiera comer un sándwich y así pidió directamente al mozo que se acercó al vehículo, luego siguieron al Pentagonito; detalla cierto encuentro con Dyer, ocurrido en el año 2002 ó 2003, en

que lo encontró en los baños turcos de Miraflores, en esta ocasión el agraviado le manifestó que todo lo sucedido en el pasado, ya lo había olvidado y que quedaron como amigos; precisa que el agraviado fue trasladado en una camioneta marca Cherokee y que dicha persona sabía perfectamente que era trasladado por autoridades, pues así se lo manifestó; indica que fue el custodio de Dyer y que sólo le manifestó que iba a ser conducido a otra dependencia para ser investigado.

Alberto Pinto Cárdenas, en el juicio oral, sesión de audiencia de fecha 7 de marzo de 2008 (folio 39443 a folio 39545), manifiesta que el oficial de permanencia le dio cuenta del traslado del señor Gorriti Ellenbogen y que debían alojarlo en el SIE hasta el día siguiente por orden del Presidente del Comando Conjunto de la Fuerzas Armadas y que incluso, por medio de la Secretaría de este ente estatal le enviaron dicha orden (ésta es entregada en esta sesión de audiencia); que tiene conocimiento sobre el interrogatorio que se le hizo a Gorriti para saber la clave de su computadora y que dispuso que se le atendiera y se les proporcione todas las facilidades. Respecto a Samuel Dyer señala que el Coronel Zegarra lo llamó por teléfono para informarle que iba poner a su disposición a dicha persona por ser sospechoso de delitos contra la seguridad nacional, narcotráfico, tráfico de armas y otros más; que cuando llegó el agraviado, fue llevado a su oficina y lo atendió cortésmente, le preguntó si necesitaba un médico, si quería tomar café, indicándole que se sintiera tranquilo y que asimismo se identificó como Coronel; que el agraviado le indicó que lo estaban llevando porque era amigo de Alan García, a lo cual le ofreció la posibilidad de comunicarse con su abogado; que aceptó el ofrecimiento y llamó a un abogado de apellido Quiroz y nuevamente le volvió a reiterar que tenía el teléfono a su disposición; que dispuso que fuera alojado de la mejor manera en el dormitorio del oficial más cercano y que le brindará todas las comodidades que fueran convenientes; que antes de las cuarenta y ocho horas, lo puso a disposición de la DINCOTE, mientras tanto el agraviado ya se había comunicado con su chofer, con su familia y otras personas más, pues le brindó todas las facilidades y que en ningún momento se le interrogó; señala que llamó a la DINCOTE, la misma que se hizo cargo, intervino el Ministerio Público; reitera que cuando estuvo en las instalaciones del SIE, hacía conducir al agraviado al comedor de oficiales, le puso a su disposición dos o tres oficiales, le proporcionó un televisor y le permitía hablar por teléfono, por lo que nunca estuvo incomunicado.

Antonio Ketín Vidal Herrera ha declarado en el plenario, sesión de audiencia de fecha 28 de mayo de 2008 (folio 44588 a folio 44629), que visitó al periodista Gustavo Gorriti cuando estuvo en Seguridad del Estado y que la DINCOTE no tuvo incumbencia en su detención; que el 30 de julio de 1992, recibió la comunicación de Pinto Cárdenas, para que realice una investigación a Samuel Dyer Ampudia, por presunta vinculación con actividades subversivas, pero dicha persona quedó detenida físicamente en el SIE; que la investigación se la encargó al Coronel Sixto Gutiérrez, quien era un hombre capaz y muy leal, y que él manejó las cosas; que el mencionado coronel nombró al comandante Washington Rivero, a fin de que se hiciera cargo del caso y de inmediato se comunicó mediante oficio a la Décima Fiscal Provincial, que despachaba la doctora Fabiola Peña; que luego de este trámite, el comandante Rivero

con otro personal se constituyó a las instalaciones del SIN, pero ésta no quiso entregar al detenido Dyer, sin embargo, se encontraba presente la mencionada Fiscal; que al inició de las investigaciones se toma conocimiento que el detenido no era *Edward Moisés Dyer Ampudia*, sino el hermano de éste: Samuel Dyer Ampudia; que se le tomó su declaración en presencia de la Fiscal, de su abogado y del referido comandante; que después, con estas mismas autoridades, se efectuó un registro en su domicilio y en su trabajo, donde se encontró un arma, del que tenía licencia; que se llamó a un médico legista, quien constató su buen estado de salud; refiere que después de dos o tres días se elaboró un parte policial, en el que se detalló que no tenía ninguna responsabilidad, recomendando su inmediata libertad; reitera que en esta segunda etapa, en el que interviene la DINCOTE, Dyer Ampudia fue puesto a disposición de la Fiscalía.

Washington Rivero Valencia, en el plenario, sesión de audiencia de fecha 11 de enero de 2008 (folio 28996 a folio 29112), señala que fue comisionado por Ketín Vidal para recibir en el SIE, los documentos de un detenido y para que siguiera detenido en las instalaciones de este local; que una vez recibidos los documentos, procedieron a comunicar al Ministerio Público y al Juzgado de turno, y que con la fiscal, concurren al domicilio de Samuel Dyer para efectuar un registro domiciliario y, asimismo, le tomaron sus declaraciones; señala que no consideró ilegal la investigación porque estuvo presente la Fiscal; que se formuló un parte policial y en este se determinó que la verdadera identidad del detenido era Samuel Dyer y que no había ninguna evidencia que lo vinculara con el terrorismo; aclara que la representante del Ministerio Público se hizo presente al día siguiente; que llegaron a determinar que el hermano de Samuel Dyer había tenido una orden de captura por estafa y que después había sido levantada; que también se hizo presente el médico legista para comprobar el estado de salud de Dyer y que él –el declarante– tampoco observó nada anormal en su estado de salud; precisa que en las dos diligencias que efectuaron participó la representante del Ministerio Público.

30.- El contenido de estas declaraciones confirman que, efectivamente, los agraviados Gustavo Gorriti Ellembogen y Samuel Dyer Ampudia, no fueron tratados cruelmente, esto es, no padecieron ningún sufrimiento innecesario o mayor al inherente de la propia privación de la libertad. En el caso de primero de los nombrados, se reafirma la conclusión de haber sido visitado por sus conocidos, este elemento ratifica, como ya se ha sostenido⁶⁶, la inexistencia de la agravante: trato cruel, en el delito de secuestro del que fue víctima. Del mismo modo, en lo relacionado a Dyer Ampudia, se desprende de las testimoniales, otros elementos que permiten concluir que esta persona no fue víctima de ningún acto que puede traducirse como crueldad, así debe mencionarse que no solamente se comunicó con su abogado y sus familiares –hecho que además, lo reconoce en su propia declaración y se confirma con las testimoniales citadas–, sino que también en la investigación de la fue objeto, participó justamente su abogado y el representante del Ministerio Público e incluso fue

⁶⁶ Véase el fundamento 25 del presente dictamen.

examinado por un médico legista; estas circunstancias –al margen de establecer responsabilidad de la fiscal o funcionarios que intervinieron en la investigación o cuestionar su participación– nos permite inferir de manera razonable que nunca estuvo incomunicado ni se le sometió a actos que le hubieran causado un padecimiento innecesario y que puedan calificarse como crueldad en cualquiera de sus niveles que se ha explicado⁶⁷.

31.- Los elementos detallados y descritos nos lleva a la conclusión de la inexistencia de la innecesariedad de un trato cruel; no obstante, conviene efectuar un análisis de los elementos que, a criterio del Tribunal, justifican el plano o elemento objetivo de la agravante: calidad de los ejecutores materiales del secuestro, los centros ilegales de privación de la libertad, la falta del procedimiento regular legalmente previsto y el contexto de alteración del orden constitucional.

Respecto a todos ellos, debe reiterarse que el juzgador no puede valorar la agravante trato cruel al margen o desconectado de la realidad de la víctima⁶⁸, pues de ser así, únicamente, se revestiría, con un criterio subjetivo y sin contenido fáctico, la acción propia del secuestro con el ropaje de la crueldad –en cualquiera de sus niveles de intensidad– atendiendo solo a la realidad de que la privación de la libertad y, específicamente, el secuestro mismo produce padecimiento o angustia a la víctima, conforme se ha sostenido anteriormente⁶⁹; de esta manera, toda conducta que se califique o encuadre en dicho delito, conllevaría a ser sancionada, erróneamente, con la agravante de trato cruel.

Siguiendo los criterios antes expuestos⁷⁰, la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo del trato cruel, pasa necesariamente, por establecer cuáles son los actos propios o que fueron necesarios en la ejecución y consumación del delito; estableciendo este límite en el caso concreto, se podrá determinar aquellos actos que se encuentran fuera de él, esto es, los actos adicionales o innecesarios, todos ellos constituirán el primer elemento razonable –no el único– que vislumbrará la concurrencia de la agravante trato cruel.

Por tanto, conviene establecer en los casos de los secuestros de Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia, si los citados elementos que valoró el Tribunal representan o constituyen actos que fueron necesarios para la ejecución del delito de secuestro o, por el contrario, fueron actos innecesarios.

32.- Respecto a los ejecutores materiales (agentes públicos) y los centros ilegales de reclusión, cabe mencionar que a Alberto Fujimori Fujimori, precisamente, se la atribuye responsabilidad penal como autor mediato del delito de secuestro agravado, por dominio de un aparato de poder organizado que estuvo conformado por agentes

⁶⁷ Véase los fundamentos 16 y 17 del presente dictamen.

⁶⁸ Véase el fundamento 19, tercer párrafo, del presente dictamen.

⁶⁹ Véase fundamento 19, segundo párrafo, del presente dictamen.

⁷⁰ Véase los fundamentos 19 y 20.

militares y policiales; igualmente, de la justificación del Tribunal⁷¹, se desprende que el sentenciado se valió no solamente de este aparato organizado, sino también de los bienes públicos y la infraestructura estatal que se encontraba disponible en las instituciones a las que dependían o pertenecían sus integrantes. Esta situación fáctica permite inferir razonablemente que el sentenciado, sin este aparato de poder no hubiera podido ejecutar tales delitos, se trató de un aparato de poder organizado de carácter estatal en la que una de sus características principales, como cualquier aparato de poder, fue el dominio y *aprovechamiento* de la disposición de sus miembros para ejecutar las órdenes de las instancias superiores, en cuya cúspide estuvo Fujimori Fujimori: las pruebas permiten inferir esta necesidad de personas o agentes ejecutores, medios y establecimientos estatales.

33.- Acerca de la falta del procedimiento regular legalmente previsto, debemos indicar que en sí mismo, cualquier *procedimiento* que prive, *sin derecho*, la libertad de una persona es un acto irregular e ilegal: no puede concebirse un secuestro sin ilegalidad; antes bien, en lugar de *procedimientos*, conviene analizar, como uno de los elementos para determinar actos necesarios o innecesarios, el grado o nivel de violencia empleada, factor que como se ha sustentado, en el caso de Gorriti Ellenbogen fue mínimo y estuvo dentro de los actos propios o inherentes a la privación de su libertad⁷² y, en el caso de Dyer Ampudia, aquella no se verificó pues se pretextó la existencia de una orden judicial⁷³.

34.- La ejecución de todo secuestro, normalmente, se realiza luego de un mínimo análisis del contexto, se busca siempre un momento propicio que permita un resultado eficaz; en este sentido, la invocación a la simple coyuntura en que éste se comete, no es idónea para determinar la necesidad o no, de los actos ejecutivos del delito; antes bien, lo que debe establecerse es que si fuera de determinado contexto fue posible cometer un específico secuestro o si se pudo cometer en cualquier otro momento, que hubiera causado un menor padecimiento a la víctima.

Por consiguiente, lo invocado y justificado el Tribunal, el contexto de alteración del orden constitucional y de un régimen autoritario, per se, no sustenta un acto innecesario en la ejecución de los secuestros de Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia – ésto es distinto a determinar la innecesariedad del secuestro mismo, el objeto, ahora, es establecer actos adicionales e innecesarios en la ejecución de tales delitos–. Más bien, conviene agregar que, según la propia justificación de la sentencia⁷⁴, precisamente, para los fines del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y por el control del sector militar y policial, dispuso la privación de libertad de personas que habían sido identificadas como opositores para los objetivos de la vulneración del orden constitucional y en este contexto se privó de su libertad a Gorriti Ellenbogen; similarmente, en un contexto de abuso de poder por parte de Fujimori Fujimori, se

⁷¹ Ver párrafos 555° y 568° de la sentencia.

⁷² Véase fundamento 25 del presente dictamen.

⁷³ Véase el fundamento 27 del presente dictamen.

⁷⁴ Ver párrafos 556° y 557° de la sentencia y la cuestión de hecho numero 160.

utilizó una orden judicial para privar la libertad de Dyer Ampudia. En ambos casos: alteración del orden constitucional y abuso de poder, se evidencia un marco coyuntural propicio para la ejecución de los secuestros, por ende, necesario para estos fines criminales.

35.- Lo expuesto hasta aquí descarta, que las víctimas del secuestro, Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia, hubieran padecido un mayor sufrimiento o dolor que no sea el inherente al propio delito, como también la ejecución de actos adicionales e innecesarios en tales delitos: la agravante trato cruel, en el plano fáctico no tiene sustento en la realidad que sucedieron los delitos. Por tanto, estos hechos deben ser calificados como secuestro simple.

No obstante, después de haberse efectuado una revisión y análisis de los actuados, conviene apuntar que no existe ningún elemento que permita razonablemente inferir que el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori tuvo el ánimo o el propósito de hacer sufrir innecesariamente a las víctimas del secuestro. A juicio de esta Fiscalía Suprema, la justificación que se hace en la sentencia, sobre este plano o elemento (subjetivo) de la agravante trato cruel –en la sentencia se justifica que los agentes procedieron sin el mínimo sentido elemental de humanidad, de respeto por la persona y buscaron como propósito intensificar los padecimientos del secuestrado, de manera innecesaria–, constituye un enunciado genérico que no tiene correspondencia ni sustento probatorio, lo que se manifiesta no solo en la omisión de la cuestión fáctica que así lo proyecte⁷⁵, sino también de la inexistencia de factores o elementos que se concluye razonablemente del examen de los actuados: lo afirmado en la sentencia repite el concepto o la comprensión de este elemento subjetivo, empero no lo llena de contenido fáctico, que es lo relevante y justificante.

La suspensión de la prescripción de la acción penal en el secuestro

36.- La causal invocada en forma genérica por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori: violación de la garantía procesal por haber prescrito la acción penal, luego de haberse establecido que los delitos cometidos en agravio de Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia, se califican como *secuestro en su forma básica o simple*, conviene determinar si se ha producido la prescripción de la acción penal de este delito.

La Fiscalía Suprema Penal concuerda con el razonamiento y la justificación del Tribunal en el sentido que se han verificado causales de *suspensión de la prescripción penal*: inmunidad presidencial, antejuicio constitucional, extradición y contumacia⁷⁶.

A todo lo expuesto en la sentencia, conviene agregar que la *suspensión de la prescripción de la acción penal*, es un recurso de naturaleza civil por el cual, la iniciación o continuación del plazo legal para perseguir el delito, experimenta un

⁷⁵ Véase el fundamento 22 del presente dictamen.

⁷⁶ Parágrafos 695° y 696° de la sentencia.

detenimiento, de tal manera que el tiempo transcurrido con anterioridad a la presentación de este impedimento pierde su eficacia y queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurra luego de la desaparición del obstáculo impuesto por la misma ley⁷⁷. De lo expuesto, puede afirmarse que tres, son las características de esta institución procesal: Primero, solo suspende un intervalo del tiempo que es el coincidente el impedimento o asunto procesal, el mismo que no se computa para los plazos de prescripción. Segundo, el tiempo transcurrido con anterioridad al impedimento, mantiene su plena eficacia prescriptiva, es decir, se computa y se suma al que continúe luego de desaparecido el escollo procesal. Tercero, el impedimento, debe estar previsto en el derecho positivo⁷⁸.

37.- Una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal es la llamada condición de procedibilidad, que no es sino aquella causa que condiciona el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no posible promoverla⁷⁹. En palabras de Catacora Gonzáles, es un requisito de *admisibilidad o perseguibilidad*, que no tiene ninguna relación con la verdad o falsedad de la imputación, ni con los elementos de tipicidad⁸⁰. La operatividad de esta condición o requisito de procedibilidad puede verificarse en dos momentos: antes o después de iniciado el proceso; en el primero, impide el ejercicio de la acción penal y, por ende, el inicio del proceso, en tanto no se haya satisfecho; en el segundo, actúa medio de defensa que puede concretarse como una cuestión previa, destinada a neutralizar la acción penal e impedir la continuación del proceso iniciado.

38.- La Constitución Política de 1993, artículo 117, prevé –como también lo hacía la Constitución Política de 1979, artículo 210– una condición de procedibilidad, y por tanto, una causa de suspensión de la prescripción de la acción penal: la inmunidad presidencial. Esta es una garantía procesal penal de carácter político de la que goza el Presidente de la República, que impide ser acusado y juzgado penalmente y por el que se busca evitar la perturbación, alteración y discontinuidad de la función de la más alta magistratura del Estado. Sin embargo, esta inmunidad es relativa y temporal⁸¹, en tanto no alcanza a todos los delitos y su duración y vigencia coincide con el periodo presidencial, luego del cual podrá ser perseguido y juzgado⁸².

⁷⁷ ROY FREYRE, Luis. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Grijley, Lima, 1997, p. 83. Asimismo, cfr. VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998, p. 494.

⁷⁸ Cfr. ROY FREYRE, Luis. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, obra citada, pp. 83-84.

⁷⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. Op.cit., volumen I, p. 257.

⁸⁰ CATACTORA GONZALES, Manuel. *Manual de derecho procesal penal*, Rhodas, Lima, 1996, pp. 210-212.

⁸¹ Villavicencio Terreros señala que “el efecto de la inmunidad no es permanente, ya que ésta sólo se mantiene en un determinado tiempo, señalado por la Constitución”. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2007, p. 217.

⁸² El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 0026-2006-PI/TC, de 8 de marzo de 2007, ha expresado no es conveniente prescribir una protección vasta y dilatada para estos funcionarios; antes bien, ésta debe ser coherente con la igualdad que

Todo ello condiciona la acción penal contra Presidente de la República, empero asimismo, se constituye una causa de suspensión de la prescripción de la acción penal. A este respecto, tanto en la doctrina constitucional como la doctrina penal coinciden en señalar que esta constituye una obstrucción temporal contra la persecución penal de la criminalidad gubernamental⁸³, pues terminado el mandato presidencial, queda expedita la acción para perseguir al ex-Presidente por los delitos que hubiera cometido durante su periodo, sin que el tiempo transcurrido pueda computarse para los efectos de la prescripción⁸⁴.

Estando a esta causal de suspensión del plazo prescriptorio, –siguiendo el argumento fáctico del Tribunal– no se computa a los efectos de la prescripción de la acción penal, el período presidencial de Alberto Fujimori Fujimori, que culminó por vacancia, por incapacidad moral, declarada en la resolución legislativa N° 009-2000-CR, de *21 de noviembre de 2000*, publicada en el diario oficial El Peruano, el 22 del mismo mes y año.

39.- Del mismo modo, en el presente caso, se ha producido otra causal de suspensión de la prescripción de la acción penal: el antejuicio político⁸⁵, que no es sino una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, evitando así ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio legislativo⁸⁶.

Por ende, debe considerarse el procedimiento de antejuicio constitucional iniciado, por estos hechos –secuestros en agravio de Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia–, contra Alberto Fujimori Fujimori, en mérito a la denuncia de fecha *24 de*

tienen con el resto de los peruanos, tal como lo reconoce el artículo 2, inciso 2°, de la Constitución Política. Solo en la medida que la inmunidad proteja a la persona por la función que cumple en la sociedad, podrá ser aceptado algún tipo de protección especial desde el punto de vista constitucional (fundamento jurídico 5).

⁸³ CAIRO ROLDÁN, Omar. En: AAVV. *La constitución comentada*, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 117.

⁸⁴ En este sentido: HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general I*, Grijley, Lima, 2005, p. 342. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit., 216.

⁸⁵ En el ámbito doctrinario existe uniformidad en sostener que el antejuicio es un requisito de procedibilidad y, por consiguiente, una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal. Véase: ROY FREYRE, Luis, op. cit., pp. 88-89; CATACORA GONZALES, Manuel, op. cit., p. 213-214; SAN MARTÍN CASTRO, César, op. cit., volumen I, p. 259.

Del mismo modo, en la jurisprudencia constitucional, el máximo intérprete de la Constitución ha establecido expresamente que el antejuicio político es una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal. Véase la sentencia emitida en el expediente N° 5068-2006-PHC/TC, de 15 de noviembre de 2006 (fundamento jurídico 12).

⁸⁶ Esta es la definición del Tribunal Constitucional peruano. Véase la sentencia emitida en el expediente N° 04747-2007-PHC/TC, de 1 de octubre de 2007 (fundamento jurídico 3) y la emitida en el expediente N° 0006-2003-AI/TC, de 1 de diciembre de 2003 (fundamento jurídico 3).

junio de 2002, interpuesta por los congresistas Ana Elena Townsend Diez Canseco, Edgar Villanueva Núñez, Gustavo Pacheco Villar, Hildebrando Tapia Samaniego y César Zumaeta Flores, que terminó con la resolución legislativa N° 0014-2003-CR, publicada en el diario oficial El Peruano el *14 de noviembre de 2003*. El período de duración de este procedimiento no es computable para los plazos prescriptivos de la acción penal.

40.- También se verifica como causal de suspensión de la prescripción de la acción penal, la declaración de contumacia conforme al artículo 1 de la ley N° 26641, norma cuya constitucionalidad ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional⁸⁷. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido, en acuerdo plenario, que la declaración de contumacia requiere de una resolución judicial motivada que declare dicho estado procesal del imputado, esta resolución tiene, por ende, una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado del ausente, en cualquier etapa del proceso, instrucción, intermedia o juicio oral⁸⁸.

Por auto de fecha 26 de julio de 2006 (folio 21983 a folio 21989), confirmado por ejecutoria de 14 de noviembre del mismo año, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (folio 110 del cuadernillo de nulidad), se declaró suspendida el plazo de prescripción de la acción penal incoada contra Alberto Fujimori Fujimori, desde el *15 de abril de 2004*, fecha que se le constituyó como contumaz hasta su disposición ante las autoridades peruanas, el *22 de septiembre de 2007* (acta de entrega de folio 22170 y auto de comunicación de cargos de folio 22729).

41.- Parte del mencionado periodo suspendido por la declaración de contumacia coincide con el periodo de suspensión por otra causal: el procedimiento de extradición; este por su propia naturaleza impide el inicio o la continuación de un proceso penal y debe ser resuelto en otro, distinto a aquel en el que se pretende la aplicación de ius puniendi del Estado.

El Tribunal, en virtud de la solicitud formulada por la Procuraduría Pública de Estado (folio 20444 a folio 20453), con fecha 22 de noviembre de 2005, emitió el auto de requerimiento de extradición (folio 20554 a folio 20559), que fue aceptado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en su ejecutoria de fecha *16 de diciembre de 2005*, y luego, por el Poder Ejecutivo –Ministerio de Justicia– en la resolución suprema N° 270-2005-JUS, publicada en el diario oficial El Peruano, el 24 de diciembre de 2005. El procedimiento de extradición culminó con la sentencia en sede de apelación y última instancia de la Corte Suprema de Chile, de fecha *21 de septiembre de 2007*, en la que revocando el fallo de primera instancia, concedió la extradición de Alberto Fujimori Fujimori, entre otros, por los hechos que son objeto de la sentencia que ahora es objeto del recurso de nulidad. Este lapso comprendido entre

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 07451-2002-HC/TC, de 17 de octubre de 2005 (fundamento jurídico 12).

⁸⁸ Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, acuerdo plenario N° 5-2006/CJ-116, de fecha 13 de octubre de 2006 (fundamentos jurídicos 8 y 10).

el inicio y el término del procedimiento de extradición no es computable para los efectos de los plazos de prescripción de la acción penal.

42.- El secuestro es un delito permanente, cuyo plazo de prescripción, a tenor de lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 82 del Código Penal empieza desde el momento que cesó la permanencia, en el caso de autos, desde el 6 de abril de 1992 (secuestro de Gorriti Ellenbogen) y 5 de agosto de 1992 (secuestro de Dyer Ampudia). Asimismo, el plazo de prescripción aplicable es el extraordinario cuyo cómputo, deducible de la pena conminada en el artículo 152 del Código Penal –norma original–, exige seis años desde la comisión de los hechos, sin embargo, atendiendo a los lapsos de suspensión de la prescripción de la acción penal, antes detallados y justificados, pueden concluirse que solamente han transcurrido tres años y once meses, aproximadamente, por ende, no se ha cumplido el mencionado plazo de prescripción.

El delito de secuestro y el delito de abuso de autoridad

43.- Como se estableció anteriormente⁸⁹, es pertinente también para determinar la violación de la legalidad procesal por prescripción de la acción penal, dilucidar la relación entre el delito de secuestro y el delito de abuso de autoridad, así lo exige los alegatos formulados por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori, en el delito de secuestro cometidos en agravio de *Gustavo Gorriti Ellenbogen* y *Samuel Dyer Ampudia*.

Para esta finalidad conviene referirnos a los argumentos expuestos en los alegatos parciales que sustentan la tesis de que el hecho objeto de la acusación no debe ser encuadrado en el tipo penal de secuestro, sino en el tipo penal de abuso de autoridad (folio 67622 a folio 67687, de folio 67735 a folio 67796 y de folio 67930 a folio 68042). En esta orientación la defensa postula lo siguiente:

- i. El elemento normativo privar de libertad “sin derecho, autorización, orden o potestad”, es el que permite establecer la diferencia entre el delito de secuestro y el delito de abuso de autoridad por detención arbitraria. Ambas figuras protegen la libertad, mientras que el primero es cometido por un particular, el segundo es cometido por un funcionario público que tiene potestad para detener, pero abusa de su cargo.
- ii. A nivel de la doctrina y la legislación comparada, la distinción entre ambos tipos penales ha producido dos sistemas normativos que protegen la libertad: El sistema de calificación o agravación, que por un lado, tipifica la privación de la libertad, sin derecho, cometida por un particular, como secuestro básico; y por otro, califica la misma conducta, realizada por un funcionario público, abusando de su función,

⁸⁹ Véase el fundamento 11, primer párrafo, del presente dictamen.

como secuestro agravado por la calidad del autor; es el sistema adoptado por el Código penal español de 1995. El sistema de diferenciación o distinción por la condición del autor, que tipifica la privación de la libertad, cometida por un particular, como secuestro; y sanciona la privación de libertad, ejecutada por un funcionario público como delito de abuso de autoridad por detención ilegal; es el sistema que adoptó por el Código penal peruano de 1924 y el derogado Código penal español de 1973.

- iii. El Código penal peruano de 1991 aún mantiene el sistema de diferenciación: el artículo 152, primer párrafo –texto primigenio–, regulaba el tipo base estableciendo único autor al particular, y el resto del artículo calificó las agravantes, entre las que no consideró la calidad de funcionario público.

El hecho que no se hubiera mantenido expresamente a la detención ilegal como abuso de autoridad, no es obstáculo para sostener el sistema diferenciador, por estas razones:

Primero: La naturaleza legislativa del sistema de calificación exige que el Código penal incorpore, el tipo penal de secuestro calificado por la condición de funcionario público. En el código penal no se contempla ninguna norma como ésta y el texto normativo de su artículo 152, solo se refiere a “el que”, que únicamente contiene al particular y no al funcionario público.

Segundo: La relación del objeto de tutela penal; el tipo penal de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal protege de manera genérica, a la administración pública y en forma específica, el sistema de garantías constitucionales de la libertad; el tipo de secuestro protege la libertad. Al protegerse el mismo bien jurídico, existe un concurso aparente de leyes que se soluciona aplicando el principio de especialidad, en mérito al cual se debe calificar la conducta como abuso de autoridad por detención ilegal.

Tercero: La interpretación constitucional del artículo 419 del Código penal –delito de detención ilegal ejecutado por el juez–, permite afirmar también que nuestro ordenamiento jurídico mantiene el sistema de diferenciación.

Cuarto: La subsidiaridad del tipo de abuso de autoridad, conlleva a sostener que las extralimitaciones de los funcionarios públicos deben ser calificadas bajo este tipo penal.

Quinto: Los funcionarios públicos que se extralimitan en su potestad de detener, es una forma del delito de abuso de autoridad.

La privación de la libertad y los referidos sistemas legislativos

44.- A manera de introducción de la presente parte conviene señalar que el elemento normativo del tipo de secuestro –artículo 152 del Código penal–: “sin derecho, motivo ni facultad justificada”, permite interpretar, como lo sostiene Salinas Siccha, que si determinada persona actúa conforme a derecho o en todo caso, dentro de las facultades que le flanquea la ley, el delito no aparece; esto ocurre cuando una persona o autoridad detiene o sorprende en flagrante delito, o cuando la autoridad detiene a una persona por orden judicial⁹⁰. Resulta evidente que el delito, entendido como acción típica, antijurídica y culpable, per se es un hecho al margen del ordenamiento jurídico en general, así pues la construcción del delito de secuestro, al incorporar en el tipo penal este elemento normativo, está valorando la antijuricidad en el plano de la tipicidad, esto es, realiza una valoración global del injusto penal.

La detención practicada por un funcionario público sólo está amparada por el cumplimiento de un deber cuando concurren los supuestos legalmente previstos en las leyes correspondientes, en estos supuestos no se puede sostener que el funcionario cometió un hecho típico, pues la conducta, en sí misma, se ampara en una causa de justificación: cumplimiento de un deber, que legitima la privación de libertad del individuo.

El secuestro es un delito común por lo que el sujeto activo es innominado y puede ser cualquier persona: un particular –incluyendo al funcionario que actúa como particular– o un funcionario público –que actué como funcionario dentro de su ámbito competencial–. Por otro lado, también de manera preliminar en tanto se desarrolla en fundamentos posteriores⁹¹, es de destacar que nuestro legislador penal de 1991 construyó el delito de abuso de autoridad –artículo 376 del Código penal– como un tipo genérico que reúne todos los abusos o extralimitaciones, imputables al funcionario público, pero que no se hallen contemplados en otros tipos penales, esto es, subsidiario dentro del catálogo de *delitos funcionariales*.

Por consiguiente, la diferencia entre el delito de secuestro y el delito de abuso de autoridad va más allá de la valoración del simple elemento señalado por la defensa: exige el análisis abstracto y concreto de otros elementos y aspectos de naturaleza político-criminal y de carácter normativo, como se sostiene en los fundamentos posteriores que contiene esta parte del presente documento.

45.- Referirse a los sistemas señalados por la defensa, en tanto se sustenta e invoca la doctrina y legislación española, exige referirnos a la normativa penal de este país. Al respecto, el derogado Código penal español de 1973, prescribía los siguientes tipos penales:

⁹⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*, Idemsa, Lima, 2004, p. 415.

⁹¹ Véase los fundamentos 52 al 55 del presente dictamen.

Artículo 184: "El *funcionario público que practicar ilegalmente cualquier detención* incurrirá en la pena de suspensión si la detención no hubiese excedido de tres días, en la suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas si, pasando de este tiempo, no hubiese llegado a quince" (resaltado nuestro);

Artículo 480: "El *particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad*, será castigado con la pena de prisión mayor" (resaltado nuestro).

Sobre estos tipos penales, el Supremo Tribunal Español, deja sentada como doctrina lo siguiente: "Establecer las diferencias entre los delitos previstos en los artículos 184 y 480 del Código, propugna una interpretación restrictiva del primero, que se reserva a los casos en que la detención tiene *ab initio* una justificación legal que deviene en ilegal cuando se conculcan las garantías a favor del detenido; pero cuando la detención nace o surge teñida de ilegalidad, por razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones exclusivamente privadas, la actuación sale o escapa del marco competencial del agente y queda sometida al artículo 480 de dicho texto legal, pues no puede acogerse a la tipificación (injustificadamente privilegiada) del artículo 184, quien dimite de su condición de funcionario público al poner las facultades que la ley le concede al servicio de intereses meramente particulares"⁹².

En consecuencia, la afirmación de la defensa en el sentido que el Código penal español de 1973, adoptó el *sistema de diferenciación* –que según dicha parte procesal, por un lado, tipificaba la privación de libertad cometida por funcionario público como de abuso de autoridad por detención ilegal (artículo 184), y por otro, sancionaba como secuestro, la privación de libertad cometida por un particular (artículo 480)–, no se condice con la propia normativa ni con la doctrina jurisprudencial española. Según se ha puesto de manifiesto en el citada jurisprudencia, la calificación de estos delitos, no sólo dependía de la calidad de funcionario público que debía concurrir en el agente, sino que además se consideraba la forma cómo se producía la detención, si era *ab initio* (inicialmente) legal o ilegal, en el primer caso, se calificaba dentro del tipo del artículo 184, mientras que en el segundo, se configuraba dentro del supuesto previsto en el artículo 480. Por tanto, no tiene sustento jurídico afirmar que el Código penal español derogado utilizó el señalado *sistema de diferenciación* conforme al contenido que entiende la defensa y al esquema jurídico propuesta por ella.

46.- El Código penal español de 1995, vigente a la fecha, establece los siguientes tipos penales:

En el Título VI delitos contra la libertad, capítulo I (de las detenciones ilegales y secuestros), a) Delito de detención ilegal por particulares, artículo 163.1: "El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años"; b) Delito de secuestro, artículo 164: "El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo Español 18.02.1997 1106/1997.

pena de prisión de seis a diez años”; c) Delito de detención ilegal por funcionarios públicos que actúan como particulares, artículo 167: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores”

En el Título XXI denominado delitos contra la Constitución, en su capítulo V (de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales), sección 1 (de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual), en su artículo 530 prescribe: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”.

Esta regulación adoptada, nos permite anotar lo siguiente:

El delito previsto en el artículo 163.1, es el tipo básico de detención ilegal, cuya sujeto activo, por mandato expreso de la ley, *únicamente*, es el particular.

El delito de secuestro, artículo 164, es una detención ilegal cualificada, por contener un elemento normativo: la exigencia de una condición para poner en libertad al sujeto pasivo.

La distinción que existe entre el artículo 167 y el artículo 530, ambos referidos a detenciones ilegales practicados por funcionarios públicos, en palabras de Vives Antón, es clara, pues el artículo 530 se aplica cuando corresponde la práctica de la detención, pero ésta no es realizada conforme a las garantías o se ejecuta violando el plazo constitucional o legal establecido⁹³; mientras que el artículo 167, cuando se practica la detención sin mediar *causa por delito*. El tratadista español Segrelles de Arenaza, afirma: “Para que medie *causa por delito*, en el sentido del tipo, no basta con que exista un procedimiento penal abierto contra el sujeto, sino que la detención que se practique ha de constituir uno de los casos permitidos por la Ley, ya que desde el punto de vista sustantivo el proceso sólo permite detener en dichos casos. Así pues, en las detenciones fuera de tales casos no se puede decir que «medie» causa por delito, sino que se efectúa fuera de la misma, aunque utilizando su cobertura formal”⁹⁴.

El reconocido profesor español Muñoz Conde, afirma: “cuando la detención se lleva a cabo en el curso de una detención legal, pero sin cumplir los requisitos formales (plazos y demás garantías constitucionales o legales), el delito se transforma en un delito contra las garantías constitucionales previsto en el art. 530. Pero cabe también que la autoridad o funcionario lleve a cabo una detención directamente ilegal, por

⁹³ VIVES ANTÓN, T. S. En: AAVV. *Derecho penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 835.

⁹⁴ DE ARENAZA SEGRELLES, Íñigo. En: AAVV. *Compendio de derecho penal español*. Director Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 134.

razones particulares o no, pero en todo caso con abuso del cargo, fuera de los casos permitidos por ley y sin mediar causa por delito; en este caso dice el art. 167 que las penas previstas en los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior y, además, la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. Se trata, por tanto, en el art. 167 de una agravación por razón de la cualidad y del abuso de su cargo llevado a cabo por el funcionario público, pero el delito es una detención ilegal común igual que cuando la comete un particular⁹⁵. A decir del jurista español Tamarit Sumalla, la regulación vigente, descartó acudir a soluciones aparentemente más sencillas, como la propuesta, en su día, por Quintano Ripollés, quien sostenía la conveniencia de evitar la reiteración de tipologías y limitarse a aludir a la condición del agente de funcionario público o autoridad como circunstancia agravante, empero, el Código penal de 1995 al optar por conservar un grupo de delitos cometidos por funcionarios separado de las detenciones ilegales comunes, responde a la complejidad del asunto y destaca la existencia de una diferenciación sustancial entre las diversas situaciones contempladas⁹⁶.

Es ilustrativa la distinción que hace el autor español Del Rosal Blasco cuando alude a las tres situaciones en las que un funcionario público puede privar de libertad a un particular, adecuando cada una de ellas al correspondiente tipo penal: a) un funcionario público puede privar de la libertad a otro actuando como un simple particular, sin que la detención tenga nada que ver con el desempeño de sus funciones, en ese caso sería aplicables los tipos penales de los artículos 163 y siguientes; b) un funcionario público en uso de sus funciones públicas, priva a otro de su libertad, pero actuando sin ninguna cobertura legal, su actuación está al margen de cualquier justificación legal, tal conducta se sanciona en el artículo 167, que supone una agravación de la pena respecto de la detención ilegal del particular; c) un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones legales, priva a otro de su libertad, pero existiendo una justificación para su actuación que, no obstante, se lleva a cabo con infracción de las normas legales que la reglamentan, lo que se sanciona con el artículo 530 del citado código⁹⁷.

47.- La libertad de actuación en sentido amplio, como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o que no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas es protegida en el Código penal español desde una doble perspectiva⁹⁸. En el Título VI delitos contra la libertad, capítulo I (de las detenciones ilegales y secuestros), se protege la *libertad*

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 175.

⁹⁶ TAMARIT SUMALLA, Joseph María. En: *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, obra citada, p. 2067.

⁹⁷ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. En: *Compendio de derecho penal español*, obra citada, pp. 973-974.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 151. Destaca también el carácter especialmente relativo de ese bien jurídico, ya que la organización social impone una serie de limitaciones al comportamiento humano.

frente a un particular que se encuentra en un plano de igualdad respecto al titular de esa libertad; mientras que, en el Título XXI denominado delitos contra la Constitución, en su capítulo V (de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales), sección 1 (de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual), se protege el *sistema de garantías constitucionales relativas a la libertad* individual, esto es, el derecho del ciudadano frente a los representantes del poder estatal de no ser privado de su libertad más que en los casos y en las formas previstas en las leyes.

En virtud a lo expuesto, lo sostenido por la defensa, en el sentido que el Código penal español de 1995 cambió al *sistema de agravación*, legislando en el artículo 167 la figura del secuestro agravado por la condición de funcionario público –manteniendo el secuestro básico, para las privaciones de libertad cometidas por un particular–, es totalmente incorrecto, al margen de la normativa y doctrina española, pues la condición de funcionario público se mantiene tanto en el artículo 167, como en el artículo 530; la diferencia que existe entre ambos es que en el primero la detención se realiza, fuera de los casos permitidos por ley, y sin que medie *causa por delito*, distinguiendo este supuesto de aquellos en el que el funcionario público actúa como particular, fuera del ejercicio de su ámbito competencial; mientras que en el segundo caso, la detención se realiza mediando *causa por delito*, cuando si corresponde la detención, pero con violación de las garantías constitucionales y legales.

48.- El derogado Código penal peruano de 1924, en el Título I –delitos contra la libertad individual–, de la sección quinta –delitos contra la libertad–, prescribió el delito de secuestro básico en los siguientes términos: “El que sin derecho privara a otro de cualquier manera de su libertad personal, será reprimido con prisión no mayor de doce años” (primer párrafo del art. 223); mientras que en el título I –delitos de abuso de autoridad–, de la sección décimo cuarta –delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales–, estableció el delito de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal, de la siguiente manera: artículo 340: “Será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación conforme a los incisos 1º y 3º del artículo 27 por doble tiempo de la condena: 1º.- El funcionario público que ilegalmente privare a alguien de su libertad personal”.

El extinto profesor universitario Peña Cabrera comentando el derogado artículo 223, manifiesta que el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, inclusive el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones, quedando excluido el funcionario cuando lo hace dentro del marco de su cargo, pues ese supuesto estaba taxativamente contemplado en el artículo 340.⁹⁹ El mismo autor, citando a Quintano Ripollés, manifiesta su preocupación sobre la tentación de fijarnos en la calidad de funcionario público del agente para construir una aberrante “circunstancia de atenuación con regusto de mandarinismo”, pues se debe tener cuidado para no confundir este delito –secuestro– con el abuso de autoridad, además hace notar la

⁹⁹ PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal*, volumen III, Sagitario, Lima, 1986, p. 91.

existencia de un desnivel en la punición pues el funcionario que desarrolla una conducta similar aparece notablemente favorecido en la punición, lo cual es injusto¹⁰⁰.

En el Código penal de 1924, por consiguiente, la diferencia entre el delito de secuestro y el delito de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal, no radicaba exclusivamente en la calidad de la persona que realizaba la privación de libertad, pues el funcionario público también podía ser sujeto activo del delito de secuestro; la diferencia estaba circunscrita al ámbito este último: si actuaba o no en el ejercicio de funciones, esta postura legislativa, incluso, fue objeto de críticas por establecer un *privilegio punitivo* sin sustento político-criminal.

Finalmente, debe resaltarse que este derogado “sistema” –utilizando la terminología de defensa– no presentaba las mismas características de la también derogada normativa española de 1973¹⁰¹ que, según el argumento de la citada parte procesal, seguía el mismo *sistema de diferenciación*.

49.- El vigente Código penal de 1991, mantiene la estructura base del delito de secuestro: “El que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad”. El sujeto activo en este delito, puede ser cualquier persona, incluido el funcionario público en el ejercicio de su cargo, que priva de la libertad ambulatoria por tiempo indeterminado a su víctima, sin tener derecho o razón justificada¹⁰².

Esta nueva regulación suprimió el *privilegio punitivo* por razón del ejercicio del cargo funcional que se contemplaba a favor de los funcionarios públicos, señalado en el fundamento precedente; ahora se aleja de su precedente legislativo, pues ya *no tipifica* una conducta igual o similar a la que contenía el derogado *delito de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal* –artículo 340.1 del Código penal de 1924–. Asimismo, se sigue previendo el delito de *abuso de autoridad genérico* –“El funcionario que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera [...]”–, de aplicación subsidiaria, únicamente, dentro del catálogo de los delitos funcionariales¹⁰³.

Conviene precisar que esta *subsidiaridad* no es una característica normativa introducida en el Código penal vigente, sino que es propia de aquellos ordenamientos

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰¹ Véase el fundamento 45 del presente dictamen.

¹⁰² SALINAS SICCHA, con respecto al sujeto activo, afirma que puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige una condición especial, incluso puede ser cometido por un funcionario o servidor público en ejercicio de sus funciones. En: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte Especial*, obra citada, p. 421.

¹⁰³ Sobre esta característica normativa, véase los fundamentos 52 al 55 del presente dictamen.

normativos que así lo prevén¹⁰⁴ y es la misma que caracterizó el abuso de autoridad que contenía el artículo 337 del Código penal de 1924, texto en el cual que además, como se ha señalado, preveía el citado *delito de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal*, que calificaba de manera *específica* este de abuso de cargo, lo cual sustentaba, precisamente, la diferenciación y privilegio que en su momento hizo el citado penalista peruano Peña Cabrera, y que ahora no se encuentra previsto en el ordenamiento penal.

50.- Las interpretaciones que la doctrina realiza, respecto de tipos penales concretos, deben ser tomados en su real contexto, esto es, de acuerdo a la política criminal fijada por cada país en una determinada coyuntura social y conforme a su normatividad sistemática, de la que se destaca su unidad básica: la ley, fuente directa del derecho y en especial de derecho penal, por imperio del principio de legalidad. En ese sentido la legislación española tiene una sistemática distinta a la peruana, pues aquel no tiene una fórmula genérica de abuso de autoridad –tampoco la tuvo en el Código penal español de 1973–, pero prevé una serie de tipos delictivos que protegen al ciudadano de los abusos de los funcionarios y autoridades, agrupados en el referido capítulo V de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, del Título XXI (delitos contra la constitución).

La defensa postula que el delito de *abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal*, tiene como objeto genérico de protección a la administración pública, y como objeto específico al sistema de garantías constitucionales de la libertad, del cual son garantes los funcionarios públicos competentes; sin embargo, referente a esta alegación, reiteramos¹⁰⁵ que tal figura delictiva no existe en el Código penal peruano vigente, el legislador de 1991, no introdujo esta modalidad *específica* de abuso de autoridad; solo ha previsto como tipo penal pluriofensivo que protege ambos bienes jurídicos, el supuesto de la *detención ejecutada por el juez* –artículo 419 del Código penal–, cuyo alcance, únicamente, comprende a este tipo particular de funcionario público, no así a cualquiera de ellos: postular lo contrario es “crear” tipos legales asumiendo una función ajena, como es la legislativa, lo cual –a contrario de lo alegado por la defensa– sería inconstitucional.

51.- Una primera conclusión de lo expuesto hasta aquí, nos lleva a afirmar que los llamados “sistemas” señalados por la defensa, con el contenido propuesto y el esquema postulado para cada una de ellas –sistema de calificación o agravación y sistema de diferenciación–, no tienen correlación en la normativa, en la doctrina ni en la jurisprudencia extranjera, con la que pretende sustentarlas; por lo que, importar una de ellas, desconociendo la realidad en la que supuestamente nacieron y se aplican, como lo sugiere la parte recurrente, lejos de coadyuvar a interpretar nuestras normas –actividad que es válida y recomendable–, conllevaría, por un lado, a desconocer la

¹⁰⁴ Cfr. VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la administración pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp-214-232. El autor esquematiza y comenta el delito de abuso de autoridad previstos en los códigos latinoamericanos.

¹⁰⁵ Véase el fundamento 49, segundo párrafo, del presente dictamen.

realidad jurídica peruana, y por otro, a crear y/o legislar nuevos tipos penales, función que solo le corresponde al poder legislativo.

Una segunda conclusión se centra en que, ni el anterior Código penal de 1924 ni el vigente de 1991, siguieron o siguen algunos de los invocados sistemas con las particularidades reseñadas por la defensa: ambos cuerpos legislativos sistematizaron distintas formas de sancionar tanto la privación de la libertad como el abuso de autoridad.

Una tercera conclusión que aseveramos, es que todo ordenamiento jurídico antes que contener sistemas rígidos –como los propuestos por la defensa–, regula de manera sistemática y conforme a objetivos políticos-criminales, conductas delictivas y sus correspondientes sanciones; bajo esta misma orientación, se regulan tanto los delitos comunes como los delitos especiales, dentro de los cuales se encuentran los delitos cometidos por los funcionarios públicos, por ende, la interpretación de cada figura delictiva no debe desconocer ni esta sistemática, ni tales objetivos políticos-criminales –entre otras formas de interpretación que aconseja la doctrina–. Así pues, es la ley de cada país, la que crea e impone un determinado sistema dentro de su correspondiente ámbito y realidad social.

La subsidiaridad del delito de abuso de autoridad

52.- La subsidiaridad del tipo penal de abuso de autoridad, debe entenderse, como se sostiene en la sentencia¹⁰⁶ y conforme lo hemos adelantado¹⁰⁷, solo para los *delitos funcionariales*, esto es, para todos los tipos penales que atenten contra la administración pública cometidos por funcionarios abusando de su cargo. Respecto a ello, es conveniente señalar lo que se postula en la doctrina, Abanto Vásquez expresa que a través de este *abuso innominado* el legislador pretende abarcar aquellos casos que no pueden ser comprendidos por los otros tipos de *abuso específico*, como concusión, exacciones, peculado, etc., por lo que, solamente tendría aplicación supletoria en los supuestos que estos tipos penales específicos no sean aplicables¹⁰⁸. Rojas Vargas, en el mismo sentido señala que en nuestra legislación se ha tipificado, por un lado, el abuso de autoridad genérico o innominado y por otro, distintas formas de abuso nominado o específico, de tal manera que el primero es una figura subsidiaria solo imputable a los actos del agente cuando no existe un tipo penal específico, así se busca proteger, cubriendo todas las posibilidades de ocurrencia, el prestigio y la calidad de la administración pública, cerrándole al funcionario público el camino para el exceso doloso en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Ver párrafo 385°.3 de la sentencia.

¹⁰⁷ Ver fundamento 44, tercer párrafo y fundamento 49, tercer párrafo, del presente dictamen.

¹⁰⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 180-181

¹⁰⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2000, pp. 112-113.

Este sistema adoptado por el legislador peruano respecto a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, permite reiterar que el abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código penal, es un tipo subsidiario, no de cualquier delito, sino solo de aquellos cometidos por funcionarios públicos y que además impliquen un abuso de su cargo. Así pues un abuso funcional genérico sería subsidiario solo si, una determinada conducta imputada, no cuenta con similares específicos en una norma que contemple un abuso funcional particular¹¹⁰.

53.- La funcionalidad de esta subsidiaridad, conlleva a sostener de manera razonable y contundente que frente a un caso concreto en el que se verifique un abuso funcional, es necesario determinar si ese abuso está o no tipificado –dentro del *catálogo legislativo* de delitos que constituyen abuso de función– en otra norma de manera específica, de no estarlo deberá ser calificado en el tipo penal del referido artículo 376 del Código penal; no obstante, debe establecerse y resaltarse tres aspectos sustanciales de contenido político-criminal que complementan e integran necesariamente dicha subsidiaridad:

Primero, es una *subsidiaridad normativa o legislativa*, es decir, el legislador es el que proporciona, de manera abstracta, los tipos específicos de abuso de autoridad y por ende, regula los supuestos en los que es aplicable el citado artículo 376 del Código penal: la norma penal provee y distingue los casos en los que un abuso de cargo ya se encuentra contenida en otra particular.

Segundo, es una *subsidiaridad interna y limitada*, esto es, se aplica solo dentro del catálogo de delitos cuya tipicidad objetiva contiene, como elemento constitutivo, al abuso de la función pública –*delitos funcionariales*–. Esta característica complementa la anterior, en tanto dicho catálogo, obviamente, es de naturaleza normativa: el legislador establece la sanción y agrupa aquellas conductas que constituyen abuso funcional¹¹¹, por lo que, la subsidiaridad no es ilimitada y aplicable a cualquier delito, sino que está circunscrita a los *delitos funcionariales*.

¹¹⁰ Cfr. GARCIA NAVARRO, Edward. *El delito de abuso de autoridad*, Grijley, Lima, 2007, p. 34.

¹¹¹ García Navarro señala que por política preventiva del legislador, luego de plasmar supuestos especiales de abuso funcional en diferentes *grupos delictivos*, admite la posibilidad de que concurran otras formas de abuso y, por ello, encabezando el capítulo de delitos cometidos por funcionarios públicos, *agrupa diferentes formas delictivas que contiene el abuso de autoridad*, comenzando por el genérico que se aplica subsidiariamente en la imputación típica en sus formas particulares, guardando una reserva genérica a efectos de evitar la impunidad. En: GARCÍA NAVARRO, Edward, op. cit., pp.34-35. La cursiva es agregado nuestro.

En el mismo sentido, Ferreira Delgado cita el parecer de la corte suprema de Colombia: “El delito de abuso de autoridad, como bien se sabe, es un tipo subsidiario pues *el título del Código penal* en el cual está incluido, *tipifica una serie de conductas* que constituyen *abusos de autoridad* en esta forma y con nombres específicos diversos, *habiéndose reservado la designación genérica* de abuso de autoridad *para otros actos arbitrarios e injustos*, que por no adecuarse a *los restantes delitos previstos en el citado título*, se ubican en aquel específico y subsidiario [...]”. En: FERREIRA DELGADO, Francisco José. *Delitos contra la administración pública*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 148.

Tercero, la operatividad de la subsidiaridad la inserta a su vez, dentro del mencionado *catálogo legislativo*, de tal manera que su contenido estructural y funcional, como un todo, busca la eficacia político-criminal de reprimir estos *delitos funcionariales*, conforme al sistema creado por el legislador peruano.

54.- El citado *delito funcional* es una modalidad del *delito especial*; éste como se sostiene en la doctrina, exige una cualidad especial en el sujeto activo, que es especificada en el tipo penal, de tal modo que el círculo de autores potenciales queda restringido a las personas que las reúne¹¹², esta cualidad especial está determinada por el hecho de ser titulares de un deber especial, que lo violan mediante su comportamiento¹¹³. Los delitos especiales pueden ser *delitos especiales propios*, en los que la violación de dicho deber especial fundamenta la punibilidad; y *delitos especiales impropios*, cuando la lesión a este deber, solo determina la agravación de la punibilidad, en tanto tienen cierta correspondencia con un delito subyacente o común¹¹⁴ y el deber sólo es cofundante de su injusto, de tal manera que si no se da la determinada calidad del sujeto activo, de todos modos se realiza el injusto o delito¹¹⁵.

En el lado opuesto de estos delitos especiales se encuentran los *delitos comunes*, en los que el sujeto activo es innominado y suele quedar determinado por expresiones como “*el que*” o “*quien*”¹¹⁶; en otras palabras, son aquellos cometidos por cualquier persona y se identifican en los tipos penales en los que, el legislador los señala a través de términos anónimos¹¹⁷.

55.- Determinar si una conducta imputada pertenece al citado *catálogo legislativo de los delitos funcionariales*, exige obviamente, definir si ella constituye un delito especial o, por el contrario, es un delito común, según las características de cada uno señaladas en el fundamento anterior. De establecerse la naturaleza especial de la conducta imputada, recién se podrá definir si está tipificada como delito funcional específico o, en todo caso, ser calificado dentro del genérico delito de abuso de autoridad; contrariamente, de verificarse que es un delito común, resulta innecesario postular siquiera la aplicación de la subsidiaridad del delito de abuso de autoridad genérico, en tanto la conducta se encuentra fuera del *catálogo legislativo* de los delitos funcionariales.

¹¹² Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 797. También véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 2002, p. 288.

¹¹³ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general I*, citado, p. 412. En el mismo sentido, también se pronuncia VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, op. cit., p. 306.

¹¹⁴ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, op. cit., 307; HURTADO POZO, José: *Manual de derecho penal. Parte general I*, citado, p. 412-413 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 130

¹¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 798.

¹¹⁶ HURTADO POZO, José: *Manual de derecho penal. Parte general I*, citado, p. 412. Igualmente, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, op. cit., p. 288. Del mismo modo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 797.

¹¹⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, op. cit., p. 306.

Sin embargo, precisar el tipo de delito –común o especial– curiosamente no pasa por establecer *única o principalmente*, si la acción fue cometida o no, por un sujeto cualificado: funcionario público, padre, madre, hijo, médico, juez, fiscal, perito, etc.¹¹⁸, pues ello induce a falacias –concretamente una falacia por generalización– como la incurrida por la defensa de Alberto Fujimori cuando sostiene que las extralimitaciones de los funcionarios públicos que no están específicamente sancionadas, deben ser calificadas como abuso de autoridad.

Esta afirmación evidencia un razonamiento ilógico, sencillamente porque – conforme se sostiene en el fundamento precedente– los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier persona: particulares, funcionarios públicos, entre otros, recuérdese que el sujeto activo en estos delitos es innominado o anónimo, no se distinguen calidades y están determinadas normalmente por expresiones como “*e/ que*” o “*quien*” –esto manifiesta otro error de la defensa al postular que estas expresiones contienen solo al particular y excluyen al funcionario público¹¹⁹–; por ende, no es racional calificar toda conducta del funcionario público cometida en el ejercicio de su cargo, como delito funcional, de ser así se llegaría a la desatinada conclusión, por ejemplo, que la muerte de una persona o las lesiones graves producidas por un funcionario público en el ejercicio de su función únicamente pueda ser calificada dentro del tipo penal de abuso de autoridad, artículo 376 del Código penal, bajo el falaz razonamiento de que, además, dicha conducta no está tipificada como un abuso de funciones específico: con este erróneo razonamiento se generalizaría que todo delito por el solo hecho de ser cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo deba ser sancionado como abuso de autoridad.

Conviene aclarar que existen algunos tipos penales como el previsto en el artículo 419 del Código penal –delito de detención ilegal– que además de la administración pública, también protegen otros bienes jurídicos como la libertad¹²⁰; éstos han sido calificados como delitos funcionariales: la voluntad del legislador en estos casos, ha sido la de criminalizarlos en un único tipo penal, incluyéndolos, asimismo, dentro del catálogo de los delitos funcionariales; esta naturaleza pluriofensiva –afectación de varios bienes jurídicos– se verifica también en muchos delitos comunes como por ejemplo el delito de extorsión que protege la vida, la salud, la integridad física y la libertad individual. Lo sustancial de esta característica normativa es la voluntad legislativa de calificar algunas conductas pluriofensivas como delitos comunes y otras como delitos especiales –y dentro de ellos, los funcionariales–; sin embargo, esta característica no permite que se integren al grupo de los delitos especiales pluriofensivos funcionariales, otras conductas que afecten varios bienes jurídicos por la sola circunstancia de haber sido cometidas por un funcionario público

¹¹⁸ Esto no significa que la calidad del sujeto activo no tenga importancia en la determinación del tipo de delito, sino que simplemente, dicha calidad –que no puede ni debe ser prescindida– pasa a un segundo plano.

¹¹⁹ Reiteramos lo afirmado en el fundamento 49, primer párrafo, del presente dictamen.

¹²⁰ Véase el fundamento 50, segundo párrafo, del presente dictamen.

en el ejercicio de su cargo, pues debe reiterarse que tanto la calificación como la agrupación de esta clase de delitos viene impuesta por el legislador.

El concurso aparente de leyes

56.- En el caso concreto, se evidencia un concurso aparente de leyes, puesto que en el hecho se ha *privado de la libertad personal* por parte de un funcionario público *abusando de su cargo* –circunstancia esta última que no determina ni define el tipo de delito: común o especial, como se sostuvo en fundamento precedente–, lo que hace manifiesto la concurrencia aparente de varias disposiciones del código penal a aquella unidad de acción: el artículo 152, secuestro –delito común–, y el artículo 376, abuso de autoridad –delito especial–.

En el concurso aparente de normas el contenido ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y por lo tanto, solo se ha cometido una única lesión a la ley penal; al tratarse de un problema de interpretación, en la doctrina se han propuesto reglas destinadas a ayudar al juez en esta labor: el principio de especialidad, el principio de subsidiaridad y el principio de consunción. Cualquiera de estas sirve para precisar y fijar el supuesto de hecho en el que se contiene la conducta incriminada, descartando, asimismo, las demás figuras delictivas.

57.- El *principio de especialidad* informa que cuando un supuesto de hecho reproduce los elementos típicos de otro más general y caracteriza de manera más precisa al hecho o al autor añadiendo elementos adicionales, se aplica el tipo específico y no el general; en otras palabras, todas las características típicas de un tipo penal (general) están contenidas en otro tipo penal que además contiene otra u otras especificaciones diferentes (especial)¹²¹. Para Bacigalupo, el elemento adicional que contiene el tipo especial es un fundamento especial de punibilidad, dicha relación de especialidad se da en todos los casos en que los tipos guardan la relación de cualificado o privilegiado con respecto al tipo básico¹²².

Un examen de los tipos penales que en apariencia concurren en este caso en particular: secuestro y abuso de autoridad, permiten concluir que entre ellos no existe ninguna relación de especialidad –o de generalidad–, esto es, ni la figura del secuestro contiene a la del abuso de autoridad, ni esta última contiene a aquella; por consiguiente, debe descartarse este principio, como solución al presente problema.

Es oportuno referirnos en este acápite a lo alegado por la defensa de Alberto Fujimori cuando sostiene que este principio de especialidad resuelve el concurso aparente de leyes entre el abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal y el secuestro. A este respecto –al margen de pronunciarnos si era o no correcto invocar este principio–, debe descartarse este concurso en tanto el mencionado tipo

¹²¹ HURTADO POZO. Op. cit., 964.

¹²² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 572.

legal “*abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal*”, como ya señaláramos, es un tipo penal *inexistente*¹²³; la defensa ha “creado” esta figura delictiva sobre la base de un supuesto delictivo que existía en el Código penal de 1924, el cual tipificaba –inciso 1 del artículo 340–, la privación de libertad cometida por un funcionario público; dicho tipo penal previsto en esta normativa derogada, se enmarcaba dentro de los delitos funcionariales, empero simplemente, no se ha mantenido en el ordenamiento penal peruano: solo es un antecedente legislativo sin vigencia actual¹²⁴.

58.- El *principio de subsidiaridad* supone la aplicación auxiliar de un tipo penal (subsidiario o auxiliar) cuando no sea aplicable otro u otros (principal o primario). A juicio de Zaffaroni, la subsidiaridad es el fenómeno jurídico-valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad¹²⁵. En el mismo sentido Velásquez Velásquez señala que este principio opera cuando existen diversos grados de lesión o afectación de los bienes jurídicos, yendo desde los más leves hasta los más graves, de tal manera que el supuesto de hecho del tipo subsidiario es interferido por el del principal¹²⁶.

La subsidiaridad puede ser expresa, cuando el legislador lo señala en la norma, y tácita cuando se deduce de ella, para cuya finalidad se debe tener en cuenta que la relación entre los tipos penales en concurrencia aparente, no debería dar lugar a las reglas del concurso ideal, situación que se aprecia cuando uno de los tipos penales solamente es una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo¹²⁷.

En el concreto caso de concurso aparente entre el secuestro y el abuso de autoridad, debe desestimarse una regulación expresa de subsidiaridad que el legislador hubiera establecido entre estos tipos penales. En cuanto a una subsidiaridad tácita, también debe descartarse, puesto que dichas figuras penales no se encuentran en una relación eventual de aplicación, esto es, aplicable una en caso no lo sea la otra, por cuanto no protegen, en distinto grado ni estadios previos del delito, un mismo bien jurídico tutelado.

59.- Algún sector de la doctrina también hace referencia al *principio de alternatividad*, pero en su mayoría, para descartar su aplicación, así por ejemplo se sostiene que esta solamente es necesaria para los casos de error legislativo (“impremeditadas duplicidades del legislador”) que se manifiesta cuando dos tipos penales operan paralelamente, empero que este error no puede servir de sustento a

¹²³ Véase el fundamento 49, segundo párrafo y fundamento 50, segundo párrafo, del presente dictamen.

¹²⁴ Véase el fundamento 49 del presente dictamen.

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*, tomo IV, EDIAR, Buenos Aires, 1999, pp. 563-564.

¹²⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. cit., pp. 477-478.

¹²⁷ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 573.

una elaboración doctrinal¹²⁸. Igualmente, Zaffaroni niega jerarquía a la alternatividad señalando que únicamente puede concebirse que dos tipos penales permanezcan paralelos y excluyentes como error o defecto legislativo y que fuera del error, la alternatividad adopta la forma lógica de la especialidad¹²⁹.

Por consiguiente, siguiendo esta postura doctrinaria no cabe efectuar un análisis del caso concreto conforme a este llamado principio de subsidiaridad, por cuanto se niega su aplicación en un concurso aparente de leyes.

60.- El *principio de consunción* enuncia que cuando el contenido del injusto y culpabilidad de un delito (tipo consumido) están incluidas en otro, se aplica este último (tipo consumante); es decir, se produce cuando la realización de un tipo más grave incluye la realización de otro menos grave. Sin embargo, conviene señalar, como lo postula Zaffaroni, que a diferencia de los otros principios, la subsidiaridad no es conceptual puesto que puede concebirse perfectamente la tipicidad que resulta aplicable sin que se dé en el caso concreto el supuesto fáctico consumido^{130 131}. Del mismo parecer, en la doctrina nacional se postula que en el principio de consunción no se realiza una comparación abstracta de los tipos concurrentes, sino en el modo efectivo y concreto de verificarse el supuesto en estudio, estableciendo que el desvalor captado por uno de los tipos penales aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta por el otro¹³². Bajo esta concepción, es posible concluir que la consunción no es propiamente una relación, sino un resultado: el que se alcanza eliminando las figuras que no corresponde tomar en consideración¹³³.

La consunción opera en dos supuestos: El primero, es el llamado "hecho posterior impune o copenado", que se presenta cuando se comete otras acciones posteriores a la infracción precedente, con la finalidad de agotarla o para protegerse de la persecución (tipo consumido), empero siempre que no incremente el daño causado por el hecho precedente principal (tipo consumante). En cuanto a ello Zaffaroni expone que el desvalor de la etapa posterior que no tiene más objeto que agotar el contenido prohibitivo o desvalorante del delito, no da lugar a un nueva conducta, sino que es un supuesto más de unidad de la conducta¹³⁴.

¹²⁸ Véase VILLAVINCENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit., p. 715.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 560.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 561.

¹³¹ BUSTOS RAMÍREZ también señala que en el principio de consunción no sólo se presenta un problema de interpretación, sino además un juicio valorativo respecto de la situación concreta en el sentido de si ella realmente se puede incluir en un solo tipo legal que abarque todo el desvalor que ella comprende o si, por el contrario, se trata de la realización de dos tipos diferentes. Obra citada, p. 589.

¹³² VILLAVINCENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit., p. 715.

¹³³ Así lo sostiene FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal. Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 117.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 562.

El segundo, es el denominado “hecho típico acompañante”, según el cual, un hecho que independientemente considerado puede resultar un delito autónomo de menor gravedad (tipo consumido), es acompañante del hecho principal (tipo consumante), en este supuesto, el desvalor del hecho acompañante ya está incluido en el delito principal. No obstante, conviene reiterar que no se trata de un encerramiento conceptual, sino material o valorativo y que, asimismo, estos supuestos de consunción comprenden los hechos típicos acompañantes consumidos en la tipicidad principal, en función de principio de insignificancia¹³⁵.

61.- Habiéndose descartado una solución del presente concurso aparente de leyes en función a los principios de especialidad y subsidiaridad, como también, establecido la inaplicación del principio de alternatividad, es perceptible que la solución debe seguir los postulados del principio de consunción.

Una primera conclusión que resulta del análisis concreto del hecho es que el secuestro y el abuso de autoridad, que se encuentran en concurso aparente, no han sido propuestos ni están en relación de temporalidad, es decir, que uno se haya cometido después del otro, tampoco que uno hubiera servido para agotar al otro o para proteger la persecución de su ejecutor; antes bien, se evidencia que cada uno pugna por desplazar al otro. Por consiguiente, se desestima la figura del “hecho posterior impune o copenado”.

Habiéndose establecido esta primera conclusión, el examen debe centrarse en el supuesto del “hecho típico acompañante”, para cuyo efecto –siempre considerando el caso en particular, como se postula en la doctrina–, debe atenderse el injusto penal: desvalor del acto¹³⁶ y desvalor del resultado¹³⁷; en esta finalidad, se examinará la acción típica, el sujeto activo, el bien jurídico vulnerado y el dolo.

62.- La primera valoración nos la proporciona el examen de la *acción ejecutada*; en cuanto a ella, siguiendo la justificación de la sentencia¹³⁸, se ha acreditado que los agraviados Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia fueron privados, sin derecho, motivo ni facultad justificada¹³⁹, de su libertad ambulatoria, esta acción se tipifica de manera expresa en el artículo 152 del Código penal, delito de secuestro.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 562-563.

¹³⁶ El desvalor del acto se fundamenta en el modo, forma o grado de realización del hecho, como también por el dolo, los elementos subjetivos del injusto, cuando existan, y la infracción de los deberes jurídicos específicos, en los delitos de infracción de deber.

¹³⁷ El desvalor del resultado está representado por la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido.

¹³⁸ Ver párrafos 679º, 680º, 681º y 690º de la sentencia.

¹³⁹ Sobre la concurrencia de este elemento normativo: derecho, motivo ni facultad justificada, véase los fundamentos 69 al 76 del presente dictamen.

Por otro lado, dicha conducta no encuentra correspondencia en los delitos funcionariales; como ya se ha sostenido¹⁴⁰, no existe ningún tipo penal que criminalice como delito funcionarial, un abuso de autoridad específico en el que además de la administración pública, se proteja la libertad –garantías constitucionales relativas a la libertad, como lo postula la defensa–, y el alegado “*abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal*” es simplemente una creación de la defensa de Alberto Fujimori Fujimori: ha postulado una *aparente* posición doctrinaria y legislativa.

No se puede sostener que esta “privación de la libertad, sin derecho, motivo ni facultad justificada” de los agraviados, pueda ser calificada dentro del tipo de abuso de autoridad genérico, previsto en el artículo 376 del código penal, por el simple hecho de haber sido cometido por un funcionario público abusando de su cargo, pues ello conllevaría a resultados absurdos por sustentarse en un razonamiento falaz¹⁴¹.

63.- Insistimos que la única razón de que la conducta criminal haya sido ejecutada por un funcionario público abusando de su cargo, no la califica como delito funcionarial. Esta es la misma conclusión que se infiere en el presente caso: la simple calidad de funcionario público del autor de la privación de la libertad de los agraviados Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia, no la tipifica como delito funcionarial, concretamente como delito de abuso de autoridad, pues tan solo existe coincidencia en cuanto al sujeto activo, empero no abarca la totalidad de la tipicidad objetiva del referido delito, ni en la acción, como ya se estableció en el fundamento precedente, ni en el bien jurídico y tampoco en la tipicidad subjetiva, conforme se sustenta en los fundamentos subsiguientes.

Antes bien, continuando con en el objetivo de valoración del presente hecho en lo referente al elemento *sujeto activo*, conviene, en primer lugar, insistir que el delito de secuestro no exige un sujeto cualificado; el artículo 152 del Código penal describe la siguiente conducta: “[...] *el que*, sin derecho, motivo ni facultada justificada, priva a otro de su libertad [...]”; con el término “el que”, el tipo penal de secuestro no exige ninguna calidad especial en el agente, por el contrario, admite que pueda ser cometido por cualquier persona –obviamente, dentro de los cuales se encuentran los funcionarios públicos–; este término, como lo hemos sustentado¹⁴², evidencia el carácter ordinario o común del sujeto activo. Esta conclusión, en segundo lugar, rebate el desacertado argumento de la defensa que, sin ningún criterio técnico-jurídico, postula que el delito de secuestro no puede ser cometido por el funcionario público, por cuanto únicamente contiene como agente al particular¹⁴³. Por último, resulta obvio que la calidad de funcionario público de Alberto Fujimori Fujimori, en el presente hecho, no conlleva a excluirlo de la comprensión del sujeto activo del dicho delito, por el contrario, es previsible legalmente que pueda responder como autor de secuestro.

¹⁴⁰ Véase el fundamento 49, segundo párrafo y fundamento 50, segundo párrafo, del presente dictamen.

¹⁴¹ Véase el fundamento 55 del presente dictamen.

¹⁴² Véase el fundamento 54, segundo párrafo, del presente dictamen.

¹⁴³ Reiteramos lo afirmado en el fundamento 55, tercer párrafo, del presente dictamen.

64.- El otro elemento a valorar en el presente hecho, es el *bien jurídico* que, al igual que los demás elementos, pero en mayor intensidad, coadyuva en la interpretación de la norma penal y por ende, en la solución de los concursos. En la doctrina se sostiene que el bien jurídico es indispensable para la elaboración, el desarrollo y la crítica del sistema; no es posible dejar de considerar que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, que deben designarse y protegerse, y en esta realidad el "bien jurídico" constituye un concepto operativo para identificar lo que se considera indispensable proteger mediante el derecho penal¹⁴⁴. Por ende, es necesario identificar en un determinado caso la correspondencia entre lo concretamente vulnerado y lo abstractamente protegido en una norma; a este respecto es claro el tratadista chileno Bustos Ramírez quien sostiene que el bien jurídico tiene como función político-criminal, limitar el poder de definición de las conductas criminales del Estado y que asimismo, para determinar la significación jurídico-penal de una particular conducta es imperioso valorarla desde el bien jurídico que la norma que busca proteger¹⁴⁵. Más expreso todavía es Velásquez Velásquez, al señalar, entre otras, la función de *orientación para la interpretación de la ley penal* que cumple el bien jurídico, sosteniendo que cuando se logra precisar cuál es el bien jurídico protegido, la interpretación lógica con base en el elemento teleológico o finalista permite excluir del tipo penal las conductas que no lesionan o amenazan efectivamente el bien jurídico tutelado por ley¹⁴⁶.

Siguiendo la justificación del Tribunal¹⁴⁷, se ha probado que se vulneró la libertad ambulatoria de los agraviados Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia: éste es el objeto jurídico que se busca proteger con la criminalización de la conducta tipificada en el artículo 152 del Código penal, delito de secuestro.

Resulta necesario anotar que si bien puede postularse –como lo sugiere los argumentos de la defensa– la vulneración al correcto desempeño de la administración pública –bien jurídico del abuso de autoridad– por la circunstancia objetiva de que la conducta ha sido cometida por un funcionario público abusando de su cargo; sin embargo, como se ha sostenido¹⁴⁸, este único elemento no lo convierte en delito funcional y por ende, tampoco sostiene una vulneración de dicho bien jurídico. Además, la supuesta vulneración a dicho bien jurídico sería insignificante en comparación con la privación de la libertad personal, y en la hipótesis que configure otro delito, éste queda consumido en el tipo penal de secuestro, según el postulado del principio de consunción antes desarrollado¹⁴⁹.

¹⁴⁴ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general I*, citado p. 25.

¹⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 541-542.

¹⁴⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. cit., p. 52.

¹⁴⁷ Ver párrafos 552° al 557°, 568° al 574°, 685°.3, de la sentencia.

¹⁴⁸ Véase el fundamento 55 del presente dictamen.

¹⁴⁹ Fundamento 60 del presente dictamen.

Del mismo modo, conviene insistir que el legislador no ha previsto un tipo penal de naturaleza pluriofensiva que proteja conjuntamente a la administración pública y a la libertad –, específicamente las garantías constitucionales relativas a la libertad¹⁵⁰.

65.- Conforme a la justificación del Tribunal, que comparte esta Fiscalía¹⁵¹, se ha probado que Alberto Fujimori Fujimori, con pleno conocimiento de los hechos, ordenó privación de la libertad de los agraviados Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia¹⁵²: la conciencia y la voluntad del sentenciado estuvo dirigida a violentar este derecho fundamental.

No existen elementos que permitan concluir razonablemente que el condenado únicamente tuvo la intención de aprovechar su condición de funcionario público; antes bien, se ha acreditado que ejecutó una conducta dolosa dirigida a finalidades personales, egoístas y criminales, para cuya eficacia desplegó todo un aparato de poder organizado desde su condición de Jefe de Estado y jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

66.- Lo expuesto en este apartado permite concluir: Primero, que el delito cometido por Alberto Fujimori Fujimori no es un delito especial –por ende, tampoco, un delito funcional–, sino un delito común. Segundo, que la acción dolosa realizada por el sentenciado, se tipifica dentro del supuesto fáctico previsto en el artículo 152 del Código Penal, delito de Secuestro. Tercero, que tan solo existió una “aparente” concurrencia a la misma acción, del tipo de abuso de autoridad, el cual queda totalmente descartado.

Habiéndose determinado que el delito cometido por Alberto Fujimori Fujimori se califica como secuestro en su forma básica o simple, en agravio de Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia, y en tanto la defensa ha formulado la violación de la legalidad procesal por prescripción de la acción penal, se reproducen en esta parte, los fundamentos que desestiman la misma pretensión impugnatoria formulada en este sentido: fundamento 36 al fundamento 42.

Causal: violación de la garantía de legalidad penal - atipicidad al existir imposibilidad de lesión al bien jurídico por suspensión de las garantías de la libertad personal

67.- Conviene ahora analizar la causal violación de la garantía de legalidad penal por atipicidad al existir imposibilidad de lesionar la libertad personal, invocada en ambos casos del delito de secuestro, Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer

¹⁵⁰ Véase el fundamento 62, segundo párrafo, del presente dictamen.

¹⁵¹ Ver párrafos 552° al 557°, 568° al 574°, 689° y 690° de la sentencia.

¹⁵² En esta parte solo se destaca la tipicidad subjetiva del sujeto activo, probada y justificada en la sentencia. El análisis del exceso en la participación de Vladimiro Montesinos Torres se efectúa del fundamento 77 al fundamento 85 del presente dictamen.

Ampudia. Este causal sustenta la pretensión de absolución formulada, de manera alternativa, por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori.

En este objetivo resulta necesario confrontar y referirnos a los argumentos expuestos en los alegatos parciales formulados por la defensa que se condensan en los documentos de folio 67735 a folio 67795 y de folio 67930 a folio 68042. En esta señala lo siguiente:

- i. La condena por los delitos de secuestro vulnera el principio de lesividad, previsto en el artículo IV del título preliminar del Código penal, puesto que cuando sucedieron los hechos existía un estado de emergencia decretado al amparo de la Constitución Política de 1979 y por ende, se encontraba suspendida la libertad de locomoción y su garantía.
- ii. Un estado de emergencia se caracteriza por el crecimiento de ciertas competencias de determinados órganos de poder y la restricción o suspensión de libertades, derechos y garantías individuales.
- iii. En un estado de excepción como es el estado de emergencia, los derechos subjetivos de las personas no pueden ser ejercidos a plenitud, no pueden impedir ser arrestadas como medida de seguridad al estar suspendida la garantía de la libertad ambulatoria.

El principio de legalidad penal

68.- Todo Estado Democrático de Derecho busca el bienestar general, así como la convivencia pacífica y armoniosa de los ciudadanos, estableciendo a través de su Constitución Política, el catálogo de derechos fundamentales de la persona humana, además de la organización social y política del propio Estado, la división de poderes, así como la creación y el funcionamiento de organismos autónomos; empero, determinados sucesos originan que esta normalidad constitucional se vea perturbada por conductas antisociales y, en algunos casos, criminales, que cometen algunos de sus miembros; en estas circunstancias el Estado, después de agotar los recursos necesarios para restablecer la calma, hace uso del Derecho penal, como última ratio, para ejercitar su ius puniendi, de tal manera que esta rama del derecho se constituye en un medio de control social.

El Derecho penal, se presenta bajo dos aspectos: objetivo, que es el conjunto de normas que fijan las conductas con relevancia penal, clasificándolas en delitos y faltas, con sanción punitiva, medidas de seguridad y consecuencias accesorias; y subjetivo, que es la potestad del Estado de aplicar sanciones a aquellas conductas punibles y reprochables. Es en este contexto que el principio de legalidad se erige en uno de los pilares que se sustenta el Derecho penal¹⁵³ y en derecho fundamental de la

¹⁵³ Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999, p.13.

persona humana, así se estableció en la Constitución política de 1979, vigente durante la comisión de los hechos sub-examine, reafirmado luego en la de 1993¹⁵⁴. Igualmente, en el Código penal, vigente desde 1991, se recoge este principio, se prescribe en el artículo II de su título preliminar: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

El principio de legalidad es de singular importancia para los ciudadanos que habitan bajo las garantías constitucionales que les proporciona el vivir en un Estado Democrático de Derecho. Esta situación transmite seguridad jurídica toda vez que mediante dicho principio se exige que se fijen, anteladamente, las conductas ilegales con relevancia penal, y al mismo tiempo que se establezca la sanción punitiva para aquellas personas que las ejecute en la forma descrita en el tipo penal respectivo, de allí que se instituye como una garantía para el ciudadano; así pues, por un lado, obliga al Estado a preocuparse por disponer de los medios o instrumentos más eficaces para prevenir el delito y, por otra parte, a encontrar límites a su actividad punitiva¹⁵⁵. Este contenido, se encuentra íntimamente relacionado con los aforismos “nullum crime sine lege” y “nulla poena sine lege”, el primero de aplicación, tanto para la parte general y especial del Código Penal, el segundo, aplicable a las consecuencias jurídicas del delito, es decir, referida a las penas, las medidas de seguridad y sus consecuencias accesorias¹⁵⁶.

Los estados de excepción y la libertad ambulatoria

69.- La defensa de Fujimori argumenta que la sentencia habría vulnerado el principio de legalidad penal, fundamentalmente, el mencionado postulado “nullum crime sine lege” pues, según lo indica, existió imposibilidad de afectación al bien jurídico libertad ambulatoria y que por ello sería atípica. Al respecto conviene afirmar que el juicio de tipicidad es el ejercicio de subsunción normativa que se efectúa para determinar si la conducta atribuida satisface los elementos configurativos del tipo penal instruido, así como verificar si concurre alguna causa o circunstancia que excluya el carácter delictuoso o criminal previsto en la ley. Bajo esta orientación, por consiguiente, resulta necesario establecer los efectos jurídicos de un estado excepción y su incidencia en los derechos fundamentales, especialmente, la libertad ambulatoria.

¹⁵⁴ Constitución Política de 1979, artículo 2: “Toda persona tiene derecho: [...] 20.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: [...] d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley”. Constitución Política de 1993, artículo 2: “Toda persona tiene derecho: [...] 24.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: [...] d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

¹⁵⁵ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José. En: AAVV. *La constitución comentada*, obra citada, tomo I, p. 254.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 274-275.

70.- Una sociedad en democracia, muchas veces motiva el surgimiento de circunstancias que, por su gravedad, requieren una respuesta enérgica de parte del Poder ejecutivo, representado por el Presidente de la República, a efectos de cautelar la vigencia del Estado Democrático de Derecho y el bienestar general; no obstante, esta respuesta, eventualmente, colisiona con el pleno ejercicio de algunos derechos fundamentales. Tanto la Constitución de 1979 –artículo 231–, como la vigente de 1993 –artículo 137–, autorizaba y autoriza este tipo de respuesta, a dicho poder del Estado, mediante el establecimiento de un estado de excepción con la finalidad de que, en un tiempo y lugar determinados, solucionen las situaciones extraordinarias que pongan en riesgo la paz social o la soberanía de la nación; así, dependiendo del contexto de perturbación social y/o político en que se encuentre, se pueden instaurar en la República, dos situaciones de excepcionalidad:

El estado de emergencia que se dicta en situaciones de conflicto interno, perturbación de la paz, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten el destino de la nación; dado el carácter excepcional de la situación y las medidas represivas adoptadas por el gobierno, es posible que éstas perturben algunos derechos fundamentales expresamente señalados en la norma constitucional, de allí que se permite la restricción o suspensión de su ejercicio.

El estado de sitio que es ejecutada cuando la nación se encuentra en una situación de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de la realización de cualquiera de ellas; a diferencia del estado de excepción, en éste se precisa los derechos fundamentales que se encuentran en vigor.

Sobre los estados de excepción, Tribunal Constitucional peruano ha señalado que éstos se caracterizan por: a) Concentración de poder, con permiso constitucional, principalmente, en el jefe del Ejecutivo; b) Existencia o peligro inminente de grave circunstancia de anormalidad en la vida del Estado; c) Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios; d) Transitoriedad del régimen de excepción y su determinación espacial; e) Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales; f) Aplicación, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de las medidas que permitirán restablecer la normalidad constitucional; g) Defensa de la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización jurídico-política; y h) Control jurisdiccional expresado en la verificación de tales principios en el acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona¹⁵⁷. Asimismo, con relación a esta última característica, ha establecido que de ninguna manera nuestra Constitución Política podría consagrar un período de indefensión ciudadana y anulación de toda actuación regular del Estado, según las reglas, principios y valores que justifican su existencia; expresamente señala: “si bien las normas que consagran los derechos fundamentales de la persona son previstos para su goce pleno en situaciones de normalidad, en cambio durante los «tiempos de

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 0017-2003-AI/TC, de 16 de marzo de 2004 (fundamento jurídico 18).

desconcierto» pueden convertirse en instrumentos para la destrucción del propio orden constitucional que los reconoce y asegura. Por ende, en vía de excepción, legislativamente es admisible la suspensión o limitación de algunos de ellos, sin que ello signifique llegar al extremo de consagrar un estado de indefensión ciudadana y proscripción de la actuación del Estado con sujeción a reglas, principios y valores que justifican su existencia y finalidad”¹⁵⁸.

Por ende, siguiendo el mismo parecer del máximo interprete de la Constitución es necesario puntualizar que un Estado Democrático de Derecho se sustenta en el principio democrático en el que no sólo se reconoce la soberanía popular y la supremacía constitucional, sino además se proyecta como una realidad constante, de tal manera que la democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado¹⁵⁹.

71.- Los derechos humanos, como señala Martínez Pujalte, pertenecen a toda persona en tanto individuo, sin ningún tipo de discriminación¹⁶⁰, esta postura encuentra sustento en normas supranacionales aprobadas y ratificadas en fechas anteriores a la emisión de la Constitución Política de 1979 –carta fundamental que estaba vigente cuando sucedieron los secuestros–, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶¹. Estas normas internacionales, tenían jerarquía constitucional a mérito del artículo 105 de la Constitución de 1979, inclusive, merecieron una ratificación constitucional en su Décimo Sexta Disposición General y Transitoria; además, expresamente, se consideraron vigentes en la ley que estableció las bases del llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, creado por Alberto Fujimori luego de su manifiesto a la nación, el 5 de abril de 1992. De estas normas se deducía que si bien es cierto en situaciones excepcionales podría optarse por la suspensión de la vigencia de algunos derechos fundamentales, esta medida no podría extenderse al contenido esencial de los derechos humanos.

El Tribunal Constitucional peruano ha sustentado: “La determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que

¹⁵⁸ Citada sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 0017-2003-AI/TC (fundamento jurídico 19).

¹⁵⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 4677-2002-AA/TC, de 24 de diciembre de 2005 (fundamento jurídico 12).

¹⁶⁰ MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *Los derechos humanos como derechos inalienables*. En: *Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos*. Coordinador Jesús Ballesteros Llompart, Tecnos, Madrid, 1992, p.93.

¹⁶¹ Sagües señala que los tratados sobre derechos humanos, tiene jerarquía constitucional, su interpretación debe sujetarse a principios especiales, como el principio *pro homine* que consiste en privilegiar la norma más favorable al ser humano, con independencia de su jerarquía o de si está contenida en una norma interna o internacional. SAGÜES, Nestor Pedro. *Problemas de interpretación en derechos humanos*. En: *Formación de magistrados y derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1999, p. 36.

la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”¹⁶².

72.- La Constitución Política de 1979, señalaba en su artículo 231, inciso 1, que con la declaratoria del estado de emergencia se suspendían las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio; asimismo, facultaba al Presidente de la República a disponer que las Fuerzas Armadas asumieran el control del orden interno en las localidades en que se decretara¹⁶³.

El Tribunal Constitucional precisa que en los estados de emergencia es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, como el de tránsito o locomoción; sin embargo, aclara que lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, teniendo como referentes la razonabilidad y proporcionalidad de los actos¹⁶⁴.

En la doctrina constitucional también se sigue el mismo parecer, así Donayre Montesinos, siguiendo a Espinoza-Saldaña Barrera y Eguiguren Praeli, hace referencia que, en sentido estricto, lo que sucede es que aquellos derechos fundamentales se ven restringidos o limitados en su ejercicio mientras dure el estado de emergencia, consecuentemente, las restricciones o limitaciones que pueden interponerse durante dicho estado se impondrán siempre que resulten necesarias para hacer frente a la grave situación que enfrenta el país (principio de razonabilidad), y en la medida suficiente para tal efecto, ni más ni menos (principio de proporcionalidad)¹⁶⁵.

La libertad personal, en sus distintas modalidades, dado su carácter de derecho fundamental de la persona –así también lo prescribía expresamente la Constitución de 1979 y los tratados sobre derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, no puede ser

¹⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01417-2005-PA/TC, de 11 de julio de 2005 (fundamento jurídico 21).

¹⁶³ Por su parte, la Constitución de 1993, con mayor precisión legislativa y constitucional, señala en su artículo 137, inciso 1, que durante dicho estado de excepción pueden restringirse o suspenderse el ejercicio de los mismos derechos constitucionales considerados en su predecesora.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3482-2005-HC, de 27 de junio de 2005 (fundamento jurídico 11).

¹⁶⁵ DONAYRE MONTESINOS, Christian. En: AAVV. *La Constitución Comentada*, obra citada, tomo II, pp. 463-464.

objeto de suspensión total de todos sus efectos pues ello sería dejar en total indefensión a los ciudadanos: solamente puede limitarse su ejercicio, durante un estado de excepción, siempre y cuando dicha restricción guarde relación con las medidas extraordinarias adoptadas y en la medida que dicha restricción sea indispensable para la consecución del control de la situación extraordinaria que motivó la declaratoria del estado de excepción.

Enmarcados dentro de esta uniforme concepción jurisprudencial y doctrinaria, se concluye que no es exacto lo alegado por la defensa cuando señala que las garantías constitucionales –habeas corpus y amparo–, en el tiempo que ocurrieron los hechos no resultaban eficaces durante los estados de excepción y que por esta razón cualquier persona podía ser detenida por miembros de las Fuerzas Armadas. Si bien es cierto, la ley N° 23506, en sus orígenes, establecía que no podía interponerse las acciones de habeas corpus y amparo durante la vigencia de los estados de excepción –obedeciendo a la denominada “tesis negativa”–, también lo es que, a partir de la década de los ochenta se generaron profundos cambios históricos contemporáneos como el restablecimiento de la democracia representativa, con instituciones modernas del Estado Constitucional¹⁶⁶; así, durante la vigencia de la citada ley, de conformidad con los mencionados tratados supranacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, cuyo contenidos fueron desarrollados en distintas opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como las que sustentan la sentencia a las que nos remitimos¹⁶⁷, la judicatura peruana empezó a incorporar la llamada “tesis del contralor judicial parcial”, en mérito a la cual en un estado de emergencia con la correspondiente suspensión de determinadas garantías y libertades fundamentales, los justiciables podían residenciar el hábeas corpus bajo el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de aquella suspensión¹⁶⁸.

La razonabilidad, apunta Abad Yupanqui, busca establecer si la restricción al derecho guarda relación con las razones que ameritaron la declaración del estado de excepción (denominada control de causalidad), es decir si existe una conexión lógica y de causalidad inmediata y directa entre la restricción al derecho y los hechos que motivaron el estado de excepción; mientras que la proporcionalidad apunta más bien a establecer si la restricción al derecho es ostensiblemente gravosa o innecesaria dadas las circunstancias de hecho presentes en el caso¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal constitucional y estado democrático*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 73.

¹⁶⁷ Ver párrafo 687°.2 de la sentencia.

¹⁶⁸ Cfr. ETO CRUZ, Gerardo. *La Justicia Constitucional ante las desapariciones forzadas*. En: *En Defensa de la libertad personal. Estudios sobre el habeas corpus*. Palestra del Tribunal Constitucional, Palestra Editores, Lima, 2008, p. 56. El autor señala que finalmente esta “tesis del contralor judicial parcial” se constitucionalizó en la Carta Política de 1993.

¹⁶⁹ ABAD YUPANQUI, Samuel. *La ley N° 25398 sobre habeas corpus y amparo: ¿Una nueva ley de reformas?*, citado por NOVAK, Fabián / NAMIHAS, Sandra. *Derecho internacional de los derechos humanos*, Academia de la Magistratura, Lima, 2004, pp. 272-273.

La Constitución de 1979 en su artículo 1, concentraba y señalaba a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado y disponía que todos tenían la obligación de respetarla y protegerla; esta redacción, similar a la que contiene el artículo de la norma fundamental vigente, permitía colegir que este fin supremo estaba constituido por la persona en sí misma, en base a su inherente dignidad, que constituye el sustento y fundamenta los derechos fundamentales de la persona: la finalidad de los derechos fundamentales es la protección integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad^{170 171}.

Por ende, se puede concluir que conforme a la Constitución Política de 1979 y los tratados internacionales sobre derechos humanos –ratificados con anterioridad a esta carta política y cuya jerarquía constitucional se encontraba expresamente reconocida, garantizada y desarrollada en distintas opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, el ejercicio de la libertad ambulatoria durante los estados de excepción, únicamente se restringía en algunos de sus aspectos, mas no la suspendía en su totalidad, pues ello implicaba dejar en indefensión absoluta a la persona humana, y, por ende, autorizar y/o consentir la vulneración de su dignidad.

El contexto socio-político de los hechos

73.- En la coyuntura en que Alberto Fujimori Fujimori y su Consejo de Ministros concentraron la facultad legislativa y la designación de los nuevos magistrados de facto de la Corte Suprema y clausuró el Tribunal de Garantías Constitucionales, se eliminó el control constitucional de sus normas legales. Todo ello tuvo como finalidad permitir que el autodenominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional sometiera la supremacía jurídica de la Constitución de 1979 a la de su Estatuto de Gobierno y a los Decretos Leyes y medidas que aprobase el Poder Ejecutivo¹⁷² e incluso se plasmó, de manera expresa, en el decreto ley N° 25418 – Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional¹⁷³. Pese a esto, en su artículo 6, se señaló el respeto a los tratados, convenios, pactos, acuerdos, contratos y demás compromisos internacionales vigentes, suscritos por el Estado Peruano; así pues, conforme a lo contenido en el artículo 7 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, referido al derecho a la libertad personal, concordante con lo señalado en el artículo 29

¹⁷⁰ Cfr. FERNANDEZ SESAREGO, Carlos. En: AAVV. *La constitución comentada*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 11-12.

¹⁷¹ Del mismo modo, Novak y Namihas indican que no es posible hablar de ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, integridad, honor, etc. Los derechos humanos deben existir y ser reconocidos porque esta es la única manera de garantizarle al individuo una vida digna, y por tanto su condición de ser humano. Véase NOVAK, Fabián / NAMIHAS, Sandra. Op. cit., p. 32.

¹⁷² Vide ROSPIGLIOSI, Fernando. *Las fuerzas armadas y el 5 de abril. La percepción de la amenaza subversiva como una motivación golpista*, IEP, Documento de trabajo N° 73, Lima, p. 82.

¹⁷³ El artículo 8 del decreto ley N° 25418, señalaba: “Déjese en suspenso los artículos de la Constitución Política y las normas legales que se opongan al presente Decreto Ley”.

del mismo cuerpo jurídico –al que el Perú se encuentra suscrito desde el año 1978–, ninguna disposición podía ser interpretada en el sentido de permitir al Estado, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

74.- La parte final del artículo 231, literal a, de la Constitución Política de 1979, permitía que las Fuerzas Armadas, durante un estado de emergencia, podían asumir el control del orden interno cuando así lo dispusiera el Presidente de la República; sin embargo, esta facultad no era absoluta, sino que era interpretada de manera sistemática con las normas pertinentes sobre la materia, específicamente, con la ley N° 24150 –modificada por el decreto legislativo 749, de 12 de noviembre de 1991–, que estableció las normas que debían cumplirse durante estos estados de excepción, relacionados a las autorizaciones presidenciales para que las Fuerzas Armadas asumieran el control interno en todo o parte del territorio.

El Tribunal Constitucional peruano señala que la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno, a mérito de lo previsto en la ley N° 24150, sólo podría ser permitida en tanto se encontrara vinculada con las situaciones que motivaron la declaratoria del mencionado estado de emergencia, en este caso, la perturbación del orden interno¹⁷⁴. Por otro lado, la citada ley, a su vez precisaba que la Policía Nacional del Perú continuaba en el ejercicio de sus funciones, pero sujeto a las instrucciones emanadas del Comando Militar a cargo de las operaciones; todo esto evidencia que la competencia en el resguardo del orden interno asignada a las fuerzas policiales durante el estado de emergencia seguía inalterable, solo que se encontraban subordinados a la autoridad castrense, a través del Comando Militar.

En tal sentido, las privaciones de la libertad ambulatoria de las personas, efectuadas por personal militar durante un estado de emergencia, sólo estaban permitidas en tanto dicha medida resulte acorde y necesaria con el restablecimiento del orden interno, en aplicación de los mencionados principios de razonabilidad y proporcionalidad que sustentaban la imposición de estas medidas extraordinarias; lo que de ninguna forma supone la suspensión total de la libertad ambulatoria, puesto que este derecho fundamental sólo podrá ser restringido y no inhabilitado, aún en un estado de excepción.

75.- En cuanto al secuestro producido en agravio agraviado Gustavo Gorriti Ellenbogen, se advierte una situación que contradice la postura adoptada por la defensa del acusado Alberto Fujimori Fujimori –esta alude que las privaciones de la libertad se produjeron cuando el departamento de Lima y la provincia constitucional del Callao habían sido declaradas en estado de emergencia y que por ello los miembros de las Fuerzas Armadas habrían estado facultados para detener a cualquier persona–. La afectación al ejercicio de la libertad ambulatoria o de locomoción de dicha persona se produjo en circunstancias que el país se encontraba en un *estado de anomia*,

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 00017-2003-AI/TC, de 16 de marzo de 2004 (fundamentos jurídicos 39 al 43).

debido a la interrupción del Estado Democrático de Derecho imperante en esa fecha, promovido por el acusado Alberto Fujimori Fujimori, con apoyo del personal militar y policial, como lo hizo saber en su manifiesto a la nación del 5 de abril de 1992; esto ha sido precisado por nuestro Tribunal Constitucional cuando indica que el acusado apoyado por las Fuerzas Armadas y Policiales perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, cuya finalidad fue convocar a un denominado Congreso Constituyente Democrático, al que dotó de competencia para dictar la Constitución Política de 1993, lo que constituyó un acto ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional¹⁷⁵.

Es fácil concluir, por tanto, que cuando se privó de su libertad al agraviado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, las Fuerzas Armadas actuaron al margen de las normas constitucionales y legales existentes, obedeciendo órdenes de un gobierno dictatorial, que estuvo fuera del orden constitucional emanado de la Carta Política de 1979 desde que se instauró el denominado autogolpe del 5 de abril de 1992 y que se mantuvo hasta el 8 de abril del mismo año, cuando entró en vigencia su autodenominada Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que condicionó a sus decretos leyes la supremacía de la Constitución de 1979.

A lo anterior, se debe agregar que durante la privación de libertad del agraviado Gorriti Ellenbogen, tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público, como el Tribunal de Garantías Constitucionales, estuvieron sometidos a la arbitrariedad del nuevo gobierno instaurado desde el 5 de abril de 1992. En este sentido, siguiendo lo señalado en la sentencia: “no se puede invocar el Estado de Emergencia con motivo de un golpe de Estado –para instaurarlo y consolidarlo–, que en sí mismo es la negación del Estado Constitucional; y, menos aún, frente a ciudadanos que no están vinculados a la subversión terrorista”¹⁷⁶; por lo que, ni las Fuerzas Armadas ni policiales, tampoco el propio Presidente, tenían derecho y/o facultad que justificara un accionar delictivo destinado a privar de la libertad a las personas.

76.- Respecto al delito de secuestro cometido en agravio de Samuel Dyer Ampudia, debe indicarse que esta persona fue intervenida el 27 de julio de 1992 por personal policial de migraciones, en el aeropuerto internacional Jorge Chávez, bajo el argumento de la existencia de una presunta requisitoria por el delito de terrorismo y luego recluido en las instalaciones del SIE. Esta actuación de las Fuerzas Armadas y Policiales no guardaba razonabilidad ni proporcionalidad con las causas por las que se decretó el estado de emergencia en el departamento de Lima y la provincia constitucional del Callao –el decreto supremo N° 0050-DE-CCFFAA prorrogó este estado, desde el 26 de julio de 1992–, esto es, la ejecución de actos tendientes a preservar y restablecer el orden público que, en esa época, era perturbado por acciones subversivas efectuadas en estas localidades. Todo ello nos permite concluir,

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 014-2003-AI/TC, de 10 de diciembre de 2003 (fundamento jurídico 6).

¹⁷⁶ Parágrafo 687°.3 de la sentencia.

como lo ha justificado el Tribunal¹⁷⁷ –justificación que comparte esta Fiscalía Suprema–, que en el accionar que privó de la libertad ambulatoria al ciudadano Dyer Ampudia se actuó sin derecho, ni facultad justificada; es aún manifiesto que su posterior reclusión en las instalaciones militares del SIE, desde el 27 de julio de 1992 hasta el 05 de agosto del mismo año, fue totalmente ajena a justificación legal alguna, pues pese a la existencia de un documento policial elaborado con participación del Ministerio Público, que desestimaba la infundada vinculación delictiva del agraviado, no fue puesto en libertad y continuó su vulneración.

Causal: violación de la garantía legalidad penal - atipicidad por exceso en la participación de Vladimiro Montesinos Torres

77.- La defensa de Alberto Fujimori Fujimori ha formulado como causal de nulidad la atipicidad por exceso en la participación de Vladimiro Montesinos Torres, en la privación de libertad del agraviado Gustavo Gorriti Ellenbogen, con esta causal pretende la absolución del sentenciado. Dilucidar la misma exige –al igual que las demás formuladas y contenidas en su recurso de nulidad– remitirnos a sus alegatos de defensa planteados en el juicio oral y que se encuentran detallados en el escrito de folio 67735 a folio 67795, en el que se señala lo siguiente:

- i. La prueba de cargo no sustenta que Alberto Fujimori Fujimori hubiera planificado y ordenado el secuestro de Gorriti Ellenbogen; por el contrario, se ha demostrado que la orden fue impartida por Montesinos Torres de forma unilateral, por un móvil personal de venganza o temor a las investigaciones que sobre su persona realizó el agraviado.
- ii. Alberto Fujimori Fujimori encargó a Montesinos Torres la adopción de medidas de seguridad de inmovilización sobre políticos con ocasión de su decisión de instaurar el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, el 5 de abril de 1992. Así lo demuestra la declaración de Nicolás de Bari Hermoza Ríos –prestada en la sesión de audiencia 81, de 14 de julio de 2008–, en mérito a la cual se evidencia, además, que fue Montesinos Torres el encargado de elaborar la lista de las personas que serían objeto de dichas medidas.

Montesinos Torres también dispuso la confección del documento “orden” en el SIN, conforme lo ha ratificado Rafael Merino Bartet –sesión de audiencia 90, de 13 de agosto de 2008–, y que asimismo, el entonces asesor se encargó de su tramitación para la firma del Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y su posterior ejecución, conforme lo demuestra la declaración de Hermoza Ríos –sesiones de audiencias 79 y 81, de 7 y 14 de julio de 2008, respectivamente–.

¹⁷⁷ Ver parágrafos 568° y 690° de la sentencia.

- iii. Montesinos Torres se excedió en el encargo de adopción de las medidas de seguridad de inmovilización e hizo detener por un móvil personal al agraviado. Esto se deduce de la declaración de Gorriti Ellenbogen – sesión de audiencia 10, de 11 de enero de 2008– y del reporte periodístico –diario Expreso, de 8 de abril de 1992–.
- iv. El Presidente Fujimori Fujimori conoció de la detención, el día de la conferencia de prensa internacional que se realizó en el Palacio de Gobierno, lo cual se desprende de la declaración del sentenciado – sesión de audiencia de 19 de diciembre de 2007–, de la manifestación del propio agraviado –sesión de audiencia 10, de 11 de enero de 2008– y de la referido documento periodístico.
- v. Vladimiro Montesinos Torres cometió un exceso cualitativo por la afectación de bienes jurídicos distintos por decisión unilateral, pues varió la medida de inmovilización domiciliaria por la de detención, de varios políticos y de personas ajenas al encargo que el Presidente le asignó.

El Tribunal ha dado respuesta a las alegaciones de la defensa del ahora sentenciado Fujimori Fujimori en el extremo que nos ocupa, argumentando lo siguiente:

- i. Es cierto que, tratándose de un autor mediato, éste no resulta responsable del exceso incurrido por los ejecutores directo a quienes utilizó, al no tener dominio ni control sobre este; empero, en el caso de autos las evidencias no abonan ni confirman el supuesto de hecho en que se sustenta la alegación de la defensa.
- ii. Las pruebas dan cuenta de cinco datos relevantes:

No sólo se inmovilizó a los presidentes de las cámaras legislativas –se dispuso que permanezcan en sus domicilios, lo que de por sí constituye un secuestro–, también se detuvo a una serie de políticos de diversa procedencia ideológica y partidaria y a ex jefes policiales ligados al gobierno anterior, como también a periodistas que cuestionaron públicamente el golpe de Estado en los momentos que se produjo, cuya privación de libertad se excedió inicialmente y luego se produjo sus excarcelaciones progresivamente, en la oportunidad que se informó de los hechos a través de los medios de comunicación social.

Fujimori Fujimori no cuestionó, en ningún momento, el supuesto exceso alegado y atribuido a Montesinos Torres y mucho menos dispuso alguna medida contra quien habría incumplido sus órdenes.

Hermoza Ríos no sólo firmó el mencionado documento "orden", que importaba detenciones, sino que anunció a los oficiales que podrían haber algunas detenciones, privaciones de libertad que, como es obvio, fueron detalladamente planificadas, al punto que en la reunión del 3 de abril de 1992, el general EP Valdivia Dueñas entregó a los directores de inteligencia de los institutos armados, las listas de futuros detenidos. El cambio de planes a última hora, de convertir inmobilizaciones en detenciones, carece de consistencia lógica, si es que antes no se recibiera una confirmación expresa del líder de la rebelión y, menos, desde el plano castrense, era imposible modificar los planes de ejecución en momentos previos al anuncio presidencial.

El documento "orden" refleja que la detención emanaba de un superior del Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, y éste, dentro de las coordinaciones realizadas para la ejecución del golpe de Estado, no era otro que el acusado Fujimori Fujimori.

Si bien el agraviado ingresó a la conferencia de prensa que convocó el acusado Fujimori Fujimori ello en modo alguno puede explicar el alegado desconocimiento de éste último. Gorriti Ellenbogen no sólo había cuestionado públicamente a Montesinos Torres sino al propio gobierno, de suerte que su privación de libertad tenía una base causal con la rebelión en curso.

Límites de la responsabilidad penal del autor mediato

78.- Siguiendo la justificación del Tribunal¹⁷⁸, tanto en la doctrina como en jurisprudencia, se sostiene que el partícipe de un delito –aquí comprendemos tanto al autor como al partícipe propiamente dicho, esto es, al cómplice e instigador– únicamente es responsable penalmente por aquello que ha hecho y ha querido causar –tratándose de un delito doloso– o de aquello que por su culpa o negligencia le es imputable –en caso de delito culposo–. Así, como consecuencia de este principio no se puede imputar al partícipe, un resultado imprevisible, y sólo se podrá admitir responsabilidad a través de estructuras dolosas o imprudentes¹⁷⁹. Este postulado se plasma en nuestro sistema penal en los artículos VII y VIII del título preliminar del Código penal, en el que como principios generales se establece, por un lado, que la pena requiere la responsabilidad penal del autor y se proscriben toda forma de responsabilidad objetiva, y por otro, que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, salvo el caso de reincidencia y habitualidad –esto último, conforme a la modificación introducida por el numeral 1 de la ley N° 28730–.

Lo mismo, obviamente, es aplicable para el autor mediato, que no es sino un tipo de autor, si bien con la peculiaridad que el agente no ejecuta el hecho

¹⁷⁸ Parágrafo 689°.1 de la sentencia.

¹⁷⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit., p. 111.

directamente o por sí mismo sino a través de la intervención material de un tercero o terceros –persona interpuesta, intermediario u hombre que actúa desde adelante–, y también responsable únicamente por lo ilícitamente cometido, que haya querido y además, dominado.

La responsabilidad de Alberto Fujimori Fujimori

79.- Junto al hecho que las inmovilizaciones domiciliarias sin derecho, configuran indudablemente secuestros, al verificar privación de la libertad personal, ha quedado demostrado en el plenario, que el condenado Fujimori Fujimori dispuso detenciones –y no únicamente inmovilizaciones, como alega su defensa–, que debían y fueron ejecutadas por miembros de las Fuerzas Armadas, por personal de inteligencia, esto es, con la activa participación del Servicio de Inteligencia Nacional –fue en el SIN donde se elaboró el mensaje a la nación que dirigió el día del golpe de Estado, en este lugar, además, se redactó el documento por el que se ordenaron las detenciones, según lo declarado por Rafael Merino Bartet y Nicolás de Bari Hermoza Ríos–, que tenía como jefe de facto o real a Vladimiro Montesinos Torres –esta persona ha sido condenada por el delito de usurpación de funciones por el Sexto Juzgado Penal Especial, conforme a la sentencia certificada de folios 46781–; asimismo, Hermoza Ríos, entonces Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, fue el funcionario que suscribió el documento conteniendo la “orden” que avalaron estas detenciones, entre la que se dispuso la del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen.

Las circunstancias que precedieron al secuestro de esta persona –que surgen del análisis probatorio de la causa–, son:

- i. Previo al golpe de Estado se llevaron a cabo una serie de reuniones de coordinación y planificación entre los diferentes estamentos involucrados en el resquebrajamiento del orden constitucional. Hubo una primera reunión de coordinación a inicios del año 1992, celebrada en Palacio de Gobierno entre Fujimori Fujimori, Vladimiro Montesinos Torres y Nicolás de Bari Hermoza Ríos; así lo declaró este último en audiencia, en la que precisó que la reunión se realizó en enero o febrero de dicho año.
- ii. El 3 de abril de 1992 se efectuó una segunda reunión, esta vez en el domicilio de Nicolás de Bari Hermoza Ríos, donde asistieron, además de éste, el sentenciado, Vladimiro Montesinos Torres y las principales autoridades de las Fuerzas Armadas, del sistema de inteligencia y de la Policía Nacional: Julio Salazar Monroe (Jefe del SIN), Luis Salazar Monroe (Jefe de la Segunda Región Militar), el general EP Valdivia Dueñas (Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas), el general EP Pablo Armando Carmona Acha (segundo comandante de la Segunda Región Militar), el General FAP Arnaldo Velarde Ramírez (Comandante General de la Fuerza Aérea), Juan Briones Dávila

(General EP Ministro del Interior), el almirante Arnaiz Ambrosiani (Comandante General de la Marina), Víctor Malca Villanueva (Ministro de Defensa) y Cuba Escobedo (Director General de la PNP); en ella el Fujimori Fujimori –como lo señalaran Salazar Monroe, Hermoza Ríos y Carmona Acha en el juicio oral– manifestó la necesidad de aplicar una serie de medidas extremas; es más, Hermoza Ríos precisa que Vladimiro Montesinos no hizo uso de la palabra y que fue el condenado quien expuso frente a los asistentes.

- iii. El 5 de abril de 1992, el mismo día del autogolpe de Estado, se realizó otra reunión de coordinación, esta vez en el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, con la presencia de Fujimori Fujimori y con la participación de Hermoza Ríos, Montesinos Torres, el general Julio Salazar Monroe –Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional–, entre otros miembros del ejército como Rodolfo Robles Espinoza –entonces comandante general de la Tercera Región Militar o Zona de Seguridad Nacional del Sur–. En cuanto a esta, señaló Robles Espinoza en audiencia, que al finalizar la reunión, el sentenciado ordenó al Comandante General Hermoza Ríos, se ejecutaran las recomendaciones y los planes que estableció el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

Con estas reuniones previas al golpe de Estado y al secuestro de Gustavo Gorriti Ellenbogen, surge el dato probado que el sentenciado Fujimori Fujimori –Presidente Constitucional del Perú, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Jefe del Sistema de Defensa Nacional–, a mérito del cargo que ostentaba, no solo dirigió dichas reuniones de coordinación, sino además comandó su planificación; inclusive, como señala Hermoza Ríos en su declaración ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema –expediente A.V. 13-2004, que obra en copia a folios 28189–, en las reuniones de coordinación en las que no participó el sentenciado, se le informó de lo desarrollado en ellas. De esto se infiere razonablemente que conoció y aprobó la ejecución de las acciones a seguir para la perpetración del autogolpe y el aseguramiento de su eficacia; así también se reconoce en el “Manifiesto a la Nación” encontrado en la computadora de Merino Bartet (folio 47871) en el que se lee: *“Como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, he dispuesto que estas tomen inmediatamente las acciones pertinentes a fin de garantizar las medidas anunciadas y cautelar el orden y la seguridad ciudadana”*-, dentro de estas acciones estuvieron las privaciones de libertad de determinadas personas –políticos, militares, policías y periodistas, entre ellos el agraviado Gorriti Ellenbogen– incómodos al gobierno de Fujimori Fujimori y a sus objetivos de copamiento del poder; del mismo modo, es importante resaltar el hecho indicado en audiencia por el testigo Hermoza Ríos, cuando respecto a la primera reunión que sostuviera con Fujimori, señaló que Montesinos Torres –jefe real del SIN, organismo que cumplió un papel principal en la ejecución del golpe de Estado– no opinó nada, simplemente fue designado para que vea la parte política.

80.- Establecidas las circunstancias que antecedieron a los hechos, en su fase de planeamiento y lo que ellas aportan al caudal probatorio, se pasa a exponer los datos igualmente relevantes sobre la ejecución misma de los secuestros:

- i. El secuestro de Gustavo Gorriti Ellenbogen se ejecutó teniendo como sustrato formal el documento llamado "orden" (folio 29437 y folio 39442), suscrito por Nicolás de Bari Hermoza Ríos, como él mismo lo ha admitido, para entonces Comandante General del Ejército y Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas –en dicho documento se consignó los términos: "*Por disposición superior*"–. El general FAP Arnaldo Velarde Ramírez, Comandante General de la Fuerza Aérea, señaló en audiencia, que cuando se enteró de la detención de Abel Salinas se comunicó telefónicamente con Hermoza Ríos, el mismo que le manifestó que se había tratado de una orden superior. Además, en dicho documento lo que se ordenó fueron detenciones más no inmovilizaciones –textualmente se decía: "*ordena [...] proceder a la detención [...]*"–.
- ii. Por consiguiente, se ordenaron detenciones que además fueron ejecutadas a mérito de un documento suscrito por el entonces Comandante General del Ejército y Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. El *superior* de un funcionario militar de esta jerarquía, dentro de la estructura del Ejército –el que se consigna en el documento "orden"–, no podría ser otro que el entonces Presidente de la República, Fujimori Fujimori, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas de acuerdo al texto Constitucional de 1979¹⁸⁰, vigente en la fecha que se cometieron los hechos.
- iii. La absoluta obediencia de los subordinados a sus superiores es un aspecto primordial que distingue a las fuerzas armadas. A este respecto, César Antonio Barrera Bazán, señala que cuando se perpetró el autogolpe de Estado, era vicepresidente de la Cámara de Diputados y que estuvo privado de su libertad por espacio de 7 días; que tiempo después conversó con Hermoza Ríos, quien le dijo que firmó la orden de detención en su contra porque Fujimori se negó a hacerlo.
- iv. En el audio denominado "Entrevista RPP – Raúl Vargas – Alberto Fujimori", que contiene una entrevista al condenado de fecha 20 de junio de 2000 –audio reproducido en audiencia–, el sentenciado expresó que, tal como ha sido practicado durante su gobierno, el Presidente es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, que él

¹⁸⁰ El artículo 273 de la Constitución Política de 1979 señalaba: "El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Dirige el Sistema de Defensa Nacional". Sobre este aspecto véase los posteriores fundamentos 94, 95, 96, 97 y 98 del presente dictamen.

mandaba a las Fuerzas Armadas y lo hacía de una manera vertical, que las Fuerzas Armadas no son un poder paralelo sino subordinadas al Jefe de Estado. La sentencia del Tribunal Constitucional peruano reconoce esta subordinación de las Fuerzas Armadas al Presidente de la República, indicando: “Por otro lado, la subordinación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al poder constitucional pretende asegurar la sujeción de éstas a la Constitución y, por mandato de ella, a la jefatura suprema del Presidente de la República”¹⁸¹.

Se trató, por tanto, no únicamente de una *subordinación formal*, sino, como se sustenta en la sentencia¹⁸², de una *subordinación concreta o material* en el rol directivo que cumplió Fujimori Fujimori manifestado en el planeamiento y ejecución efectiva del autogolpe de Estado y en otros actos que expresaron su poder de comando sobre las Fuerzas Armadas, entre los que estuvo la detención y la privación de libertad de Gustavo Gorriti Ellenbogen.

81.- Ha quedado fijado, como dato probado, el papel relevante que ocupó el SIN en los actos preparatorios y de ejecución del autogolpe de Estado; corroborando ello se cuenta con lo sostenido por Nicolás de Bari Hermoza Ríos, el asesor del SIN Rafael Merino Bartet, los documentos hallados en las computadoras pertenecientes al SIN, tales como el manifiesto a la nación del 5 de abril y la “orden” que respaldó las detenciones, además el testimonio del agraviado Gorriti Ellenbogen, en el que da cuenta que en la ejecución de su secuestro participaron agentes de inteligencia; asimismo, la activa participación de Vladimiro Montesinos Torres en su condición de jefe real del SIN.

Igualmente se ha acreditado la relación de subordinación de Vladimiro Montesinos Torres respecto del condenado Fujimori Fujimori, no sólo como Jefe de Estado, sino porque fue su asesor y la persona instituida por él mismo, como de jefe de facto del SIN, y además porque esta institución dependía directamente del Presidente de la República. El condenado Fujimori Fujimori era su único superior y era a él a quien obedecía y rendía cuenta de sus actos –así incluso lo señaló Salazar Monroe en el juicio oral, al sostener que Montesinos Torres informaba diariamente al sentenciado–. Por todo ello, carece de sentido y no tiene base fáctica, sostener, como lo pretende la defensa, que el entonces asesor Montesinos Torres, hubiera ordenado un secuestro sin el conocimiento y anuencia de su superior y/o al margen de las disposiciones de aquel, es decir, del entonces Presidente Alberto Fujimori Fujimori.

En el audio denominado “Declaración de Vladimiro Montesinos a Telemundo”, propalado por la cadena televisiva Telemundo, introducido en el juicio oral, el referido ex-asesor señaló –desde la base naval en la que se hallaba recluido–, que trabajó bajo las órdenes del entonces Presidente Alberto Fujimori Fujimori, quien era su jefe y que

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el expediente N° 0017-2003-AI, de 16 de marzo del 2004 (fundamento jurídico 49).

¹⁸² Ver parágrafos 207° al 232° de la sentencia.

siguió estrictamente sus instrucciones para posibilitar que continuara en el gobierno y consolidara su proyecto político de reelección.

Nicolás de Bari Hermoza Ríos al declarar en el Congreso de la República –ante la “Comisión Investigadora sobre la actuación, el origen, movimiento y destino de los recursos financieros de Vladimiro Montesinos Torres y su evidente relación con el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori” (copia certificada de las actas de folios 60666 y siguientes– señaló, que el sentenciado presentaba a su ex-asesor como su representante ante las Fuerzas Armadas; asimismo, en su manifestación ante el representante del Ministerio Público –declaración incorporada en el juicio oral y sometida a debate– afirmó que Montesinos Torres fue el interlocutor válido entre el Presidente de la República y las Fuerzas Armadas y quien además, transmitía las disposiciones presidenciales. El calificativo de “interlocutor” otorgado al referido ex-asesor es reiterado por Julio Salazar Monroe en su declaración ante el Ministerio Público (folio 2810), aquí mencionó que esa persona daba disposiciones en nombre de Fujimori Fujimori, incluso, órdenes que eran transmitidas directamente a los Ministros del Interior y de Defensa, y en otros casos, a los propios Comandantes Generales, dejando de lado a los Ministros

Por ende, se concluye de manera razonable que Vladimiro Montesinos Torres hacía cumplir y transmitir las órdenes del condenado Fujimori Fujimori y que, igualmente, de este partió la decisión de la ejecución de los secuestros, entre ellos, el del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen.

82.- El agraviado Gorriti Ellenbogen en su declaración preventiva (folio 18696 y siguientes) señaló que al entrevistar a Nicolás de Bari Hermoza Ríos en el año 2003 –sobre las relaciones del grupo Colina con Montesinos, que hizo para la Comisión de la Verdad y la Reconciliación Nacional (CVRN)–, éste reconoció haber firmado la orden de detención y que lo hizo en presencia y por pedido de Vladimiro Montesinos Torres y anuencia explícita de Fujimori Fujimori. Esta afirmación si bien no la repitió en el juicio oral, empero tampoco fue negada ni contradicha, solamente afirmó no recordarla, lo cual se explicaría perfectamente por el tiempo transcurrido; por otro lado, también en audiencia, Hermoza Ríos no se refirió a la anuencia explícita del condenado Fujimori Fujimori respecto a la firma del documento “orden” y señaló no recordar si el 3 de abril se habló de la necesidad de privar de la libertad a algunas personas –aclaró además que solo se dispuso inmobilizaciones domiciliarias y no detenciones–; sin embargo, conviene agregar al respecto, que es razonable inferir que estas nuevas declaraciones responden a su natural ánimo de minimizar su propia responsabilidad en los secuestros dispuestos por Fujimori Fujimori; más aún, a todo esto, debemos considerar que, ante la Vocalía de Instrucción (folios 18624 y siguientes)– y ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema –expediente A.V. 13-2004 (folio 28189 y siguientes de la presente causa)– Hermoza Ríos sostuvo que firmó dicho documento a pedido de Montesinos Torres, quien le indicó que ninguna otra persona quería hacerlo, pero además porque era una disposición de Fujimori Fujimori. Estas declaraciones sustentan el hecho que el

subordinado de Fujimori, Vladimiro Montesinos Torres, invocó la decisión y la orden del condenado de ejecutar los secuestros.

83.- A los indicios anteriores y concurrentes a la ejecución del secuestro de Gustavo Gorriti Ellenbogen, se debe considerar lo que en doctrina se conoce como *indicio posterior a los hechos* que en el caso concreto se resumen en la conducta asumida por el condenado Fujimori después de perpetrado el secuestro.

En el juicio oral, como lo hiciera en la conferencia de prensa en Palacio de Gobierno, realizada el 8 de abril del año 1992 –video visualizado en audiencia–, el sentenciado Fujimori reconoció haber sido informado de las detenciones que se llevaron a cabo a consecuencia del autogolpe de Estado; precisó que tomó conocimiento de ellas el 6 de abril y que ordenó que las personas detenidas sean liberadas; sin embargo, conforme lo resalta el Tribunal –como dato indiciario que abona a la tesis de la participación y de la responsabilidad de Fujimori en estos hechos, específicamente, en el secuestro de Gorriti Ellenbogen¹⁸³–, no hizo nada para individualizar ni para sancionar a los responsables, aún más, resulta revelador que cuando el 8 de abril, concurrió Gorriti Ellenbogen a la conferencia de prensa aludida, para emplazarlo por lo ocurrido e instarlo a la devolución de su computadora, el condenado Fujimori, sin inmutarse se limitó a responderle que inmediatamente se haría.

No enerva el razonamiento probatorio efectuado, las circunstancias que Gorriti Ellenbogen haya ingresado libremente a la rueda de prensa, que en ella Fujimori le haya concedido el uso de la palabra, o que éste se haya mostrado tranquilo ante su presencia en la rueda de prensa, ya que todas estas circunstancias –que la defensa intenta invocar como hechos indiciarios que abonarían a la tesis de inocencia del sentenciado–, no tienen como único consecuente lógico el corroborar que el sentenciado no conoció del secuestro –requisito que le daría valor probatorio en el sentido invocado–, sino que estos hechos razonablemente se explicarían también por lo revelador de su participación en este delito, que habría resultado si Fujimori hubiera impedido que el agraviado ingresara a la conferencia de prensa, negarle el uso de la palabra ante la petición de éste o perder la serenidad ante sus reclamos.

Además, lo que postula la defensa –como también lo hiciera el propio sentenciado durante el juicio oral–, respecto a que recién se enteró del secuestro en la conferencia de prensa, en la que el afectado estuvo presente y denunció el hecho, se desvirtúa plenamente con la publicación que hiciera el diario Expreso en su edición del 7 de abril, cuya portada tituló: “Exigen libertad de periodista Gustavo Gorriti”, y presentó el artículo: “Protestas por detención de Gustavo Gorriti” (folio 40076 y folio 40077).

¹⁸³ Ver parágrafo 689°.2 de la sentencia.

Por otro lado, Fujimori Fujimori aparte de no ordenar la investigación de los hechos, siguió mostrando su total respaldo a Vladimiro Montesinos Torres y Nicolás de Bari Hermoza Ríos, los jefes –uno oficial y otro de facto– de las dos instituciones militares que perpetraron el secuestro –el Ejército y el Servicio de Inteligencia Nacional–; así, en la edición del diario La República, de 9 de mayo del 1993 (copia de folio 42603) se lee el titular: “Fujimori reitera respaldo pleno y total a Hermoza Ríos y Montesinos”, mismo titular se lee en la edición del diario Expreso de la misma fecha (folio 50704) y similar, en la edición del diario La Nación, de 10 de mayo del 1993 (folio 42448): “Fujimori ratifica apoyo a jefe del ejército y asesor”.

Esta conducta posterior a los hechos del condenado Fujimori Fujimori se explica razonablemente no solo porque tuvo conocimiento de los secuestros, sino porque además los planificó, ordenó y controló su ejecución.

84.- La defensa también alega que Fujimori Fujimori no tenía motivos para ordenar el secuestro de Gorriti Ellenbogen como sí lo tenía Vladimiro Montesinos Torres, en contra del cual el periodista había efectuado investigaciones y publicaciones, informando de sus antecedentes criminales; agrega la defensa que, en todo caso, el móvil de las inmovilizaciones fue impedir la oposición de los políticos a la instauración del llamado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” y que falta el nexo político entre la detención de Gorriti Ellenbogen y lo sucedido el 5 de abril de 1992.

Analizadas las copias de las publicaciones periodísticas efectuadas por Gorriti Ellenbogen en diversos medios de comunicación social –prensa escrita–, queda demostrado que con lo que en ellas se deslizaba como presunción, y se afirmaba en otros casos, se afectaba también al régimen de Fujimori Fujimori, por lo que, contrario a lo sostenido por la defensa, éste sí tenía un móvil para disponer el secuestro del periodista. Así, en el reportaje publicado en el diario La República, el 7 de Noviembre de 1991, se lee el título: “Matanza en pollada sería obra de escuadrón de la muerte” (folio 24648 y folio 40430) y en el diario Expreso, el 8 del mismo mes y año, se subtítulo: “Investigador Gorriti dice podrían ser paramilitares” (folio 40428 vuelta) y se deslizó la autoría de la masacre de Barrios Altos a un grupo paramilitar, lo que, evidentemente, puso en tela de juicio la legalidad del actuar del régimen imperante.

A todo esto, se suma que Gorriti Ellenbogen –como lo manifestó en el juicio oral–, en reiteradas oportunidades, en medio de conferencias con la prensa extranjera, preguntó al sentenciado sobre el verdadero papel que cumplía Montesinos Torres – personaje cuestionado, que desde el año 1983 había sido objeto de publicaciones periodísticas comprometedoras en torno a las imputaciones en su contra por delito espionaje, a su relación con el encubrimiento del caso Cayara y con el caso Reynaldo Rodríguez López– dentro de su estructura de gobierno, lo que evidentemente convertía al agraviado en un opositor del régimen y mostraba claramente el peligro latente para el nuevo régimen, con la magnitud, incluso, que se desprendía del hecho que en ese momento fue corresponsal del diario El País de España y de la Revista New Republic de Estados Unidos, como también colaborador en una serie de medios

internacionales, en los cuales se mostró contra del autogolpe de Estado y cuestionó la instauración del gobierno de facto que se consolidó el 5 de abril de 1992; más aún, los días previos a su secuestro –conforme lo sostuvo en el juicio oral–, estaba escribiendo una crónica sobre el golpe de estado. Por ende, es innegable el móvil para callarlo y atentar contra sus derechos, como efectivamente sucedió al ser privado de su libertad.

85.- A la conclusión anterior se agrega el hecho que –a contrario de lo que alega la defensa–, las privaciones de libertad no sólo se ordenó contra políticos, sino también contra periodistas. En el video de la conferencia de prensa del 8 de abril de 1992, Fujimori Fujimori, si bien no habló de privaciones de libertad, reconoció que se tomó la medida de ejercer vigilancia a los medios de comunicación con motivo del golpe de estado, para preservar el orden público y evitar costos sociales; esto demuestra el peligro que desde su concepción representaban para sus fines, los medios periodísticos y, obviamente, los periodistas. Por otro lado, en el informe final de la CVRN (tomo III, capítulo II, apartado 3, punto 3.6, página 93) se señala en relación al autogolpe de Estado: *“Ocupan el Congreso, el Palacio de Justicia, medios de comunicación y locales públicos [...] Con un gran despliegue de efectivos militares, se detuvo a políticos, periodistas y algunos jefes policiales vinculados al PAP”*; esto debe ser valorado en conjunto con las publicaciones de las ediciones del diario Expreso, el 8 y 9 de abril de 1992 (folio 40079 y folio 29432), en las que destacó que las privaciones de la libertad alcanzó a 21 hombres de prensa y que el agraviado Gorriti Ellenbogen, al ser conducido a los calabozos de seguridad del Estado, se encontró con otras personas, buena parte de ellos, periodistas radiales, que también habían sido apresados horas antes, al haber hecho emisiones en contra del golpe.

El autogolpe de Estado y, por inferencia lógica, todas las acciones que se ejecutaron, respondieron a los planes políticos de Alberto Fujimori Fujimori y a sus ansias ilegítimas e inconstitucionales de quebrar el orden constitucional hasta entonces imperante y concentrar en él todo el poder; del mismo modo, se infiere también que todo aquello que se ejecutó en su ámbito, desde las estructuras comandadas por él – Fuerzas Armadas y servicios de inteligencia– fue por y para el aseguramiento de estos fines. A este respecto, inclusive, Rodolfo Robles Espinoza expresó en audiencia que en la reunión de coordinación del mismo 5 de abril, Hermoza Ríos manifestó que se había llegado a la conclusión de interrumpir el orden institucional vigente, despejar los obstáculos que no permitían al *conductor y responsable político* de la “guerra”, o sea, al entonces Presidente Fujimori Fujimori, aplicar sus políticas y estrategias contra subversivas.

Por ende, del análisis probatorio se desprende que por la posición jerárquica que ostentaba el condenado Fujimori Fujimori respecto de las Fuerzas Armadas y del personal que ejecutó los secuestros, en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, Policiales y Jefe del Sistema de Defensa Nacional; por la subordinación del Servicio de Inteligencia Nacional y, específicamente, de Vladimiro Montesinos Torres respecto de él; por el rol efectivo que cumplió Fujimori Fujimori en el planeamiento del golpe de Estado –que implicó indiscutiblemente una planificación pormenorizada de los

secuestros: identificación de personas, formas de ejecución y lugar de reclusión–; por los fines a los que respondía –aspiraciones ilegítimas e inconstitucionales de Fujimori Fujimori de romper el orden constitucional y concentrar en él todo el poder político–; por la condición del agraviado, periodista de investigación y opositor al gobierno; y por la conducta de encubrimiento que asumió con posterioridad a los hechos; se infiere indudablemente que el sentenciado conoció y además aprobó los secuestros, entre ellos el del agraviado Gorriti Ellenbogen.

Causal: violación de la garantía de la presunción de inocencia por falta de absolución de la acusación por este delito a pesar de la insuficiencia de prueba indiciaria

86.- La defensa de Alberto Fujimori Fujimori ha formulado bajo los términos que preceden en el subtítulo, la causal de violación de la presunción de inocencia, sin haber fundamentado ni proporcionado mayores argumentos (ver folio 69613); por ende, al tratarse de un cuestionamiento al valor de la prueba que ha realizado el Tribunal juzgador, es imposible remitirnos a los alegatos expuestos en el juzgamiento oral –como se ha venido realizando en las causales anteriores, también propuestas en forma genérica–, puesto que, precisamente, la valoración probatoria es una actividad jurisdiccional que recién se plasma en la sentencia, fase posterior a los alegatos; en consecuencia –como ya lo dejáramos expuesto¹⁸⁴–, la deficiente fundamentación en la postulación de esta causal no puede suplirse plenamente. Con la salvedad anotada, esta Fiscalía Suprema Penal únicamente procede al análisis de la prueba, cuyo mérito ha justificado la sentencia impugnada, en cuanto al extremo que acredita la responsabilidad penal de Fujimori Fujimori en el delito de secuestro, en agravio de Samuel Dyer Ampudia.

87.- Es doctrina consolidada que la presunción de inocencia es una de las garantías más importantes que orienta el desarrollo del proceso penal. La virtualidad procesal que posee la presunción de inocencia se manifiesta, de forma relevante, en el ámbito de la valoración de la prueba, pues la certeza de culpabilidad a la que arriba el juzgador –plasmada en una sentencia condenatoria–, debe sustentarse en prueba idónea y suficiente para destruirla. Todo ello pone de manifiesto a la presunción de inocencia como regla probatoria referida al juicio oral, como lo ha dejado establecido el Tribunal Constitucional español, que sobre este aspecto remarca en la sentencia STC 137/2002, de fecha 137/2002, de 3 de junio de 2002, que señala: “el derecho a la presunción de inocencia, concebida como regla de juicio, en esta vertiente en sede constitucional, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. Por lo tanto toda sentencia condenatoria: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento debe venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la ley y a la constitución; c) practicados normalmente en el acto de juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente

¹⁸⁴ Segundo párrafo contenido en el numeral 3.1, de la parte III, del presente dictamen.

admisibles; d) valorada y debidamente motivada, por los tribunales con el sometimiento a las reglas de la lógica y de la experiencia”¹⁸⁵.

Un instrumento utilizado por el Tribunal en el presente caso para la destrucción de la presunción de inocencia es la prueba indiciaria¹⁸⁶, que se centra, no directamente en el objeto del proceso, sino dirigida a demostrar la certeza de otros hechos (indicios), que permiten inferir válidamente –a través de las reglas de la lógica y las máximas de experiencia– las hipótesis que sustentan la acusación. La prueba indiciaria se encuentra constituida por diversos elementos: i) El indicio; respecto a este elemento la Corte Suprema de Justicia de la República, en el recurso de nulidad 1912 – 2005- Piura, precedente vinculante en razón al acuerdo plenario 1–2006/ESV–22, ha señalado: “(a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley– pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento alguno, (b) deben ser plurales [...], (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato a probar– [...], (d) y deben estar relacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia [...]”. ii) La inducción o inferencia, por la cual se afirma un hecho directo a partir de otro mediato, esta inducción debe responder plenamente a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, de suerte que, de los indicios, surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

88.- El Tribunal ha justificado su decisión en la prueba personal y documental relevante¹⁸⁷, que obra en autos, a efectos de realizar el análisis indiciario respectivo en este caso concreto. En cuanto a la prueba personal –agraviado y testigos–, se destaca el examen de las declaraciones plenarias, como de las prestadas en anteriores etapas procesales –manifestaciones policiales, declaraciones a nivel de instrucción– e inclusive las brindadas en el Congreso de la República en las diferentes comisiones investigadoras que se crearon con ese motivo. Sobre la valoración individual de la prueba personal se debe mencionar las siguientes: del agraviado Dyer Ampudia, coronel PNP Domínguez Solís, comandante PNP Washington Rivero Valencia, coronel EP Alberto Pinto Cárdenas, general PNP Vidal Herrera, general EP Hermosa Ríos, general PNP Adolfo Javier Cuba y Escobedo, general EP y ministro del interior Juan Abraham Briones Dávila, general EP Julio Salazar Monroe, general EP Juan Nolberto Rivero Lazo y periodista Ricardo Manuel Uceda Pérez.

Por otro lado, la prueba documental relevante se concreta en: i) oficio N° 2145 – SIE – 2, de fecha 30 de julio de 1992, firmada por Pinto Cárdenas, por el cual el SIE pone a disposición de la DINCOTE a la persona de Moisés Edward Dyer Ampudia, por su presunta vinculación a actividades delictivas; ii) parte policial N° 2893–D2– DINCOTE, de 3 de agosto de 1998, firmada por el comandante Washington Rivero Valencia y el instructor capitán PNP Alondo Misha Llerena en que se señaló que la

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español 137/2002, de fecha 3 de junio de 2002.

¹⁸⁶ Ver parágrafo 51° y párrafos 568° al 664° de la sentencia.

¹⁸⁷ Párrafos 559° al 574° de la sentencia.

verdadera identidad del agraviado era Samuel Dyer Ampudia y no Moisés Edward Dyer Ampudia, y que dicha persona no se encontraba inmerso en el delito de terrorismo; iii) oficio N° 8539–DINCOTE, de fecha 3 de agosto de 1992, en este el general PNP Vidal Herrera remite a la Décima Fiscalía Provincial Penal de Lima el parte N° 2893–D2–DINCOTE/EM, dicho oficio menciona que Dyer Ampudia, durante la investigación realizada DINCOTE, permaneció en las instalaciones del SIE; iv) oficio N° 8613, de fecha 04 de agosto de 1992, con sello de recepción de la Décima Fiscalía Provincial Penal de Lima -05/08/1992-; v) atestado policial N° 17–2002–DIRPOCC–PNP–DIVAPJ–INV, de 31 de octubre de 2002, en que consta la intervención de los oficiales PNP Arcila Dupp y Torres Aliaga en la detención del agraviado, su entrega al general PNP Domínguez Solís, entre otros hechos; vi) tres artículos periodísticos del diario La República publicados entre el 8 y 13 de agosto de 1992, bajo los siguientes títulos: “Empresario Samuel Dyer enjuicia a militares que lo secuestraron”, “Dyer pide que lo dejen trabajar en paz” y “Dyer Ampudia pide garantías para presentarse a la justicia”; vii) dos cartas que el agraviado dirige al ex–presidente Fujimori Fujimori, de fecha 13 de agosto de 1992 y 18 de noviembre de 1992; viii) escrito de 23 de diciembre de 1992 dirigido al sentenciado, en el cual se adjunta un video casete conteniendo un mensaje que le dirigiera el agraviado Dyer Ampudia, solicitándole que cese la persecución de la cual era víctima, ix) video que contiene una entrevista del sentenciado difundido por el programa “Reporte Semanal”, de fecha 13 de enero de 2008; x) informe del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, emitido el 12 de marzo de 1993.

89.- Con esta prueba personal y documental se tienen plenamente acreditados los siguientes datos indiciarios –indicios–:

- i. La privación ilegal de la libertad del agraviado Dyer Ampudia. En este punto es necesario recalcar, como lo sustentáramos¹⁸⁸, que el estado de emergencia no sustenta que los militares tuvieran derecho o facultad de detener, por lo que, a todas las luces, la privación de libertad que sufrió el agraviado fue ilícita y al margen del ordenamiento constitucional vigente en ese momento.
- ii. El agraviado Dyer Ampudia estuvo recluso en las instalaciones del Servicio de Inteligencia del Ejército y en su intervención y reclusión actuaron organismos estatales: i) Inteligencia, tales como el SIN y el SIE, mediante sus funcionarios –el asesor Vladimiro Montesinos Torres, el coronel EP Alberto Pinto Cárdenas, el general EP Hermosa Ríos–; ii) la DINCOTE, que pertenecía a la Policía Nacional del Perú, a través del coronel PNP Domínguez Solís, el comandante PNP Washington Rivero Valencia; iii) el Ministerio Público. Todo ello da cuenta de la existencia de un mecanismo institucional, que actuaba al margen del ordenamiento jurídico vigente y que se manejaba en las

¹⁸⁸ Véase los fundamentos 69 al 76 del presente dictamen.

altas esferas del poder político de ese entonces, cuyo jefe máximo era Alberto Fujimori Fujimori.

- iii. La directa intervención de Vladimiro Montesinos Torres –jefe de facto de SIN– en la ilegal privación de libertad del agraviado, lo que ha sido acreditado, entre otros, con las declaraciones del coronel PNP Domínguez Solís y del coronel EP Alberto Pinto Cárdenas. Ambos testigos, a su vez, en su oportunidad, manifestaron que Vladimiro Montesinos Torres les indicó que la orden era del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori.
- iv. El agraviado, pese a que de forma pública denunció esta privación ilegal de su libertad, no se dispuso la realización de investigaciones que tuvieran como objetivo esclarecer ese hecho delictivo; asimismo esta probado que el sentenciado Fujimori tuvo conocimiento de esos reclamos por ser públicos.
- v. Posteriormente a la privación ilegal de su libertad, el agraviado fue sujeto pasivo de una sistemática campaña de desprestigio que llegó al límite de convertirse en una injustificada persecución penal; igualmente, Fujimori Fujimori de forma directa sindicó a Dyer Ampudia como narcotraficante. Es necesario resaltar que existe prueba directa respecto a este punto: extractos de la entrevista a Fujimori Fujimori por el periodista Ibérico, el cual se difundió en el programa conducido por Pamela Vertiz “Reporte Semanal”, el 13 de enero del 2008.

Todos estos indiciarios, como lo sustenta el Tribunal¹⁸⁹, permiten inferir que el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori tuvo un rol protagónico en la ilegal privación de libertad del agraviado Samuel Dyer Ampudia: la valoración realizada por el tribunal, en este extremo resulta a todas luces razonable en tanto se sustenta en datos indiciarios plenamente acreditados.

4.4. LAS CAUSALES INVOCADAS EN LOS CASOS BARIOS ALTOS Y LA CANTUTA

Causal: violación del principio de legalidad constitucional

90.- La defensa del acusado Alberto Fujimori Fujimori señala como causal de nulidad de la sentencia, en los extremos de los delitos cometidos en el caso Barrios Altos y caso La Cantuta, que esta contraviene el principio de legalidad constitucional por dos motivos: a) atribuir al Presidente de la República la potestad militar de mando sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a pesar de no haberlo establecido la

¹⁸⁹ Parágrafos 568° al 574° de la sentencia.

Constitución de 1979, y b) no aplicar la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 dictada por el Congreso Constituyente Democrático.

Al igual que en los acápites anteriores, estas causales tampoco han sido desarrollados por la defensa del sentenciado en su recurso de impugnación; no obstante, nos remitimos a los argumentos presentados durante el plenario a través de sus alegatos parciales (folio 68082 a folio 68140 y folio 68194 a folio 68246). Así tenemos que la defensa ha señalado lo siguiente:

- i. Conforme a la Constitución Política, el Presidente de la República es el Jefe de Gobierno y como tal, sus funciones no son exclusivas de su alta investidura sino más bien del Poder Ejecutivo en conjunto, es por ello que parte de sus facultades las comparte con el Consejo de Ministros y los Ministros de Estado; empero, en lo referido a sus facultades como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, esta es una de las manifestaciones de la Jefatura de Gobierno, dado que las FFAA integran el sector del Ministerio de Defensa; así, la Jefatura de aquellas es el título o cargo que le permite ejercer las potestades militares que le reconoce la Constitución.
- ii. Hace un resumen de las potestades militares del Presidente de la República reconocidas en las anteriores Constituciones del Perú, recalcando que en ellas existió un predominio de Presidentes militares y que, específicamente, dentro de aquellas potestades militares señaladas en la Constitución de 1979, ninguna de ellas reconoce, ni por excepción, que el Presidente de la República tenga la potestad de mando de las FFAA y la PNP, solamente le asignaba su conducción política, la misma que se ve fortalecida por la incorporación de una nueva potestad militar, como es, la de presidir el Sistema de Defensa Nacional.

La Ley del Sistema de Defensa Nacional –decreto ley N° 22653, de 28 de agosto de 1979– establecía que el Presidente de la República dirigía dicho sistema; sin embargo, esta atribución varió con la modificación establecida en el decreto legislativo N° 435, de fecha 27 de septiembre de 1987, y desde este momento el mandatario sólo la presidía. En 1991 el Presidente de la República no tenía funciones individuales y su posibilidad de acción era a través del Consejo de Ministros, inclusive el mismo dispositivo señalaba que dicho sistema estaba encargado de establecer la política que orienta la conducción de la Defensa Nacional, mientras que el Ministerio de Defensa, en el aspecto operativo, era el responsable del planeamiento, coordinación, preparación y conducción de las operaciones militares en el más alto nivel, a través del Comando Conjunto de las FFAA, bajo su dependencia, que era el ente encargado de ejecutarlas, en el frente interno como en el externo.

- iii. El Presidente de la República no tenía potestad de mando militar ni de comando, pues su condición de Jefe Supremo de las FFAA no le otorgó la calidad de militar. En el Derecho Militar, las Fuerzas Armadas, y por extensión la Policía Nacional, se rigen por un sistema piramidal conocido como “jerarquía”, el que genera el poder de mando, entendido como la potestad que tiene el superior para dirigir, impulsar y controlar la acción del subordinado, dándole las órdenes pertinentes; sin embargo, la ley de situación militar de los oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea –decreto legislativo N° 752–, no ubica al Presidente de la República, en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, como oficial en estos institutos armados; por tanto, no tenía mando, es decir, no tenía grado en la escala jerárquica de ninguno de los institutos armados que pueda generar una relación de superior a subordinado; similarmente, no tenía comando, toda vez que esta atribución sólo la posee el superior en la escala jerárquica, al desempeñar un puesto o cargo asignado por la autoridad. Por consiguiente, todo superior tiene mando, pero solamente tienen comando, aquellos asignados al puesto o cargo militar.
- iv. La defensa, asimismo, efectúa un análisis comparado sobre la forma en que las Constituciones de Argentina, Colombia, Estados Unidos, Guatemala, Venezuela, Paraguay, Honduras y Rusia, otorgan potestades o funciones al Presidente de la República como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de sus respectivos países.

La legitimidad del poder del Presidente de la República

91.- La defensa, por un lado, argumenta que la Constitución Política de 1979 no estableció que el Presidente de la República tuviese potestad militar de mando sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; y por otro lado, cuestiona que el Tribunal no haya considerado que durante la instauración del denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, el 5 de abril de 1992, el acusado Fujimori tenía la condición de Presidente Constitucional del Perú.

La Constitución, en tanto Ley Fundamental de una nación, debe ser interpretada de una manera unitaria y sistemática. Bajo este criterio de interpretación, se debe puntualizar que tanto la Constitución Política de 1979¹⁹⁰ como la de 1993¹⁹¹,

¹⁹⁰ El artículo 81 de la Constitución Política de 1979, señalaba: “El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada o Fuerza Policial, o sector del pueblo puede arrogarse su ejercicio. Hacerlo es sedición”.

¹⁹¹ El artículo 45 de la Carta Política de 1993, expresa: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición”.

consagran la legitimidad del poder, su ejercicio y sus limitaciones. En ambos instrumentos constitucionales, también se establece que el Presidente de la República es el Jefe del Estado y que como tal personifica a la Nación y ostenta la más alta jerarquía dentro de la Función Pública¹⁹².

Esta normativa nos permite concluir –tan igual como lo ha hecho el Tribunal¹⁹³– que el Presidente de la República tiene un liderazgo político e impone sus concepciones y prácticas institucionales al resto de las fuerzas políticas y sociales, y que durante su mandato tiene muy pocas posibilidades de control, pues sólo puede ser acusado en casos excepcionales. Conviene resaltar que el artículo 273 de la Constitución Política de 1979 –modificado por la ley N° 24949, de 7 de noviembre de 1988–, establecía que el Presidente de la República era el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional e inclusive le otorgaba la dirección del Sistema de Defensa Nacional; esta atribución, como bien lo ha señalado el Tribunal¹⁹⁴, y lo reconoce la defensa del sentenciado, en congruencia con lo anteriormente indicado, representa una actividad política-presidencial, la misma que tiene un carácter discrecional, en tanto, su ejercicio no se encuentra regulado normativamente.

La competencia y el acto estatal constitucional

92.- Ante esta carencia de instrumentos legales que permitan verificar la legalidad o ilegalidad del uso de la citada atribución constitucional, se hace necesario precisar conceptos respecto de la competencia del órgano u organismo constitucional facultado de autoridad, así como el momento en que nos encontramos frente a un acto constitucional estatal jurídicamente legítimo o no.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad, las mismas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales, precisando detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de los órganos u organismos constitucionales, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos; en ese sentido, la *competencia* debe ser entendida como la aptitud de obrar política y jurídicamente, o como el área de facultades de un órgano u organismo constitucional, que permite determinar la legitimidad o ilegitimidad de la actuación estatal en función a si el titular responsable actúa dentro de dicho marco o fuera de él. Agrega el Tribunal Constitucional que la competencia deviene en la atribución de autoridad otorgada para

¹⁹² El artículo 201 de la Constitución Política de 1979, prescribía: “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación”.

El artículo 110 de la Carta Magna de 1993 señala: “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación. Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio”.

¹⁹³ Parágrafo 209° de la sentencia.

¹⁹⁴ Parágrafo 216° de la sentencia.

generar una manifestación de poder, que no sólo comprende el ejercicio de disposición, sino también el límite de su uso como potestad; por ende, la realización de los actos estatales válidos se manifiestan en los ámbitos personal, material, temporal, territorial y procesal. En el caso de la *competencia personal*, se alude a los operadores o agentes del poder político que se encuentran facultados para realizar un determinado acto a nombre y en representación del Estado, mientras que la *competencia material* establece el tipo de acto estatal que puede ser realizado por un determinado operador del poder político¹⁹⁵.

93.- En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional establece que la competencia estatal puede ser *reglada o discrecional*. La primera es entendida como aquella que la Constitución Política y demás normas del bloque de constitucionalidad predeterminan en forma concreta, dichas normas precisan la conducta que el operador o agente político debe ejecutar, estableciendo expresamente las condiciones, formas y procedimientos que deberán seguirse, lo que permitirá al ciudadano conocer de antemano la decisión que habrá de adoptar el Estado, bastándole para ello situar el supuesto de un hecho dentro del marco de la norma, principio o práctica constitucional aplicable. La segunda, es enunciada por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad, como el ejercicio de una facultad política, empero dejan en libertad al operador o agente para elegir el curso del acto estatal; en esta, el marco constitucional no establece condiciones, recaudos, procedimientos específicos, sino sólo la respectiva asignación de facultades, por lo que, el modo, la oportunidad, la conveniencia o inconveniencia de su realización quedan sujetos al criterio político de quien la ejerce¹⁹⁶.

El Tribunal Constitucional también ha señalado que la actividad estatal se rige por el principio de legalidad, por lo que, la actuación de los órganos estatales admiten la existencia de actos *reglados y no reglados o discrecionales*. En cuanto a estos últimos, es de resaltar que los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, como deben hacerlo; en puridad se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento¹⁹⁷.

Esta discrecionalidad –agrega el supremo interprete de la Constitución–, puede clasificarse en: a) discrecionalidad normativa, cuando el arbitrio es para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; b) discrecionalidad planificadora, entendida como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa;

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida en el expediente N° 0013-2003-CC/TC, de 29 de diciembre de 2003 (fundamento jurídico 10.5).

¹⁹⁶ Véase la citada sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida en el expediente N° 0013-2003-CC/TC, de 29 de diciembre de 2003 (fundamento jurídico 10.6).

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 0090-2004-AA/TC de 5 de julio de 2004 (fundamento jurídico 8).

c) discrecionalidad política, que constituye el arbitrio de la determinación de dirección y marcha del Estado; y d) discrecionalidad técnica, definida como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico tecnológico¹⁹⁸.

El Presidente de la República como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

94.- La Constitución Política de 1979, como la vigente Carta Magna, otorga al Presidente de la República la atribución de ser Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional¹⁹⁹; no obstante esta disposición, no existe ninguna otra norma constitucional o legal que determine la forma en que se ejercerá esta facultad, lo que permite inferir, de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional, que es una competencia estatal discrecional²⁰⁰.

El artículo 273 de la Constitución Política de 1979, además de la Jefatura Suprema antes aludida, también, señalaba que el Presidente de la República dirigía el Sistema de Defensa Nacional, disposición constitucional que se mantuvo vigente durante los años 1991 y 1992; del mismo modo, el artículo 211, referido a sus atribuciones y obligaciones, estipulaba en su inciso 17º, que presidía el Sistema de Defensa Nacional. Conforme a esta normativa constitucional, durante la vigencia de la Carta Política de 1979, el Presidente de la República, *presidía y dirigía*, al mismo tiempo, el Sistema de Defensa Nacional; por ende, no es posible admitir el argumento de la defensa que postula que, durante los sucesos del denominado caso Barrios Altos, el Presidente *dirigía* este sistema de Defensa y, que, posteriormente, es decir cuando ocurrieron los hechos relacionados con el denominado caso La Cantuta, únicamente se dedicaba *a presidirlo*.

¹⁹⁸ Ver la citada sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, de 5 de julio de 2004 (fundamento jurídico 8).

¹⁹⁹ El artículo 273 de la Constitución Política de 1979, modificado por Ley N° 24949, prescribía: "El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Dirige el Sistema de Defensa Nacional".

El artículo 167 de la Constitución Política de 1993 señala: "El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional".

²⁰⁰ El Tribunal Constitucional expresa: "La citada potestad presidencial –y, en su caso, la del Ministro de Defensa–, entendida como facultad discrecional –otorgada por el artículo 58º del Decreto Legislativo N° 752, en concordancia con los artículos 167º y 168º de la Constitución y aplicable también al caso de la Policía Nacional del Perú–, no puede entenderse como una competencia cuyo ejercicio se sustraiga del control constitucional, ni tampoco como que tal evaluación únicamente deba realizarse en virtud de la ley y los reglamentos, pues es absolutamente obvio que esa regulación legal sólo podrá ser considerada como válida si es que se encuentra conforme con la Constitución, y el ejercicio de tal competencia será legítima, si es que, al mismo tiempo, se realiza respetando los derechos consagrados en la Carta Magna, entre ellos los derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley, al honor y buena reputación, al trabajo, etc.". Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, de 5 de julio de 2004 (fundamento jurídico 7).

95.- La doble función que ejercía el Presidente de la República, durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, respecto del Sistema de Defensa Nacional, nos lleva a precisar que a través de la Defensa Nacional, el Estado busca garantizar la seguridad de la nación en sus ámbitos interno y externo, adoptando para ello, de manera integral y permanente, las previsiones y medidas que garanticen la independencia, la soberanía y la integridad del país. La Defensa Nacional se desarrolla en los campos político, económico, psicosocial y militar, e involucra las actividades de defensa externa, movilización, inteligencia y defensa civil²⁰¹; a lo anterior se debe agregar que el inciso 17° del artículo 211 de la misma Carta Política, modificado por la ley N° 24949, otorgaba al Presidente de la República la facultad de organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Por todo ello, coincidiendo con las conclusiones del Tribunal²⁰², el Presidente de la República, ante todo dispone de las Fuerzas Armadas y ejerce un mando efectivo sobre ellas, él las conduce y sus disposiciones deben ser acatadas; además, las estrategias que definen y configuran el Sistema de Seguridad Nacional, deben implementarse mediante el aparato de defensa de la nación, ejercido por las FFAA y la Policía Nacional, de tal manera que la institución de la Jefatura Suprema del Presidente de la República sobre estos órganos constituye una potestad primordialmente política.

Esta atribución, para el caso de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, implica el reconocimiento de honores exclusivos, como la presentación de armas, el saludo de los altos mandos, el permiso para el inicio de ceremonias importantes y la guardia de honor; vinculado a todo ello, se debe destacar que, conforme al artículo 278 de la Constitución Política de 1979, modificado por la ley N° 24949, tanto las FFAA como la Policía Nacional no son deliberantes y están subordinadas al poder constitucional. De esta normativa, se colige su obediencia al Presidente de la República, elegido por una mayoría ciudadana a través del sufragio directo universal, y, como tal, detentador del poder constituido. Así, como lo sostiene Otárola Peñaranda, “[...] si bien el Presidente de la República como Jefe de Gobierno dirige a toda la Administración Pública, a través de los ministros y jefes de organismos del Estado, en el caso de las instituciones castrenses y policiales esta conducción global no basta, porque están estructuradas jerárquicamente, bajo el principio de la disciplina y del acatamiento de la orden superior. Para ellas no es suficiente la conducción política global. Tiene que haber mando supremo para que dichas decisiones sean acatadas. Por eso el Presidente de la República no sólo las conduce sino es su Jefe Supremo; en consecuencia, en la línea de mando y bajo el principio de disciplina, nadie desobedecerá las órdenes del Presidente dentro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, bajo el apremio del delito de desobediencia²⁰³. Igualmente, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido

²⁰¹ Véase los artículos 1 y 9 del decreto ley N° 22653, modificado por el decreto legislativo N° 435, de 27 de septiembre de 1987.

²⁰² Parágrafos 213° y 215° de la sentencia.

²⁰³ OTAROLA PEÑARANDA, Alberto. En: AAVV. *La constitución comentada*, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 817.

que la subordinación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al poder constitucional pretende asegurar la sujeción de éstas a la Constitución y, por mandato de ella, a la Jefatura Suprema del Presidente de la República, con el fin de sustraer a los “profesionales de las armas” de las veleidades de la vida política nacional y evitar su politización institucional, es decir, permitir que ellas puedan servir objetivamente al cumplimiento de los fines que la Constitución les asigna, al margen de los intereses particulares de los gobiernos de turno o los suyos propios, sean estos corporativos o privados²⁰⁴.

96.- La institución de la Jefatura Suprema de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional asignada al Presidente de la República es una actividad política-presidencial²⁰⁵ cuya característica principal es la discrecionalidad de su ejercicio. La discrecionalidad política –categoría en que se ubica esta atribución presidencial, empero usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales– está relacionada con las funciones propias del curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental, y se desarrolla en el campo de la denominada cuestión política, por lo que, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir, siendo usual que esta opere en asuntos vinculados, entre otros, a la defensa nacional²⁰⁶.

Así pues, siguiendo las consideraciones del Tribunal²⁰⁷, al no encontrarse reglamentada la atribución del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y siendo una competencia estatal discrecional política, queda a criterio del Presidente de la República ejercerla, ya sea como una acción de naturaleza esencialmente política, o impartiendo órdenes en cualquier nivel sin tomar en cuenta la cadena de mando²⁰⁸. Del mismo modo, al no existir formalidad exigida para la ejecución de esta atribución, se concluye –y así se evidenció en el caso del entonces Presidente Alberto Fujimori Fujimori²⁰⁹– que dichas órdenes podrán ser escritas, orales, expresas o implícitas.

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 0017-2003-AI/TC, de 16 de marzo de 2004 (fundamento jurídico 49).

²⁰⁵ El Tribunal ha señalado: “[...] siendo una actividad política-presidencial la que se ejerce como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, ella reviste el carácter de discrecional. Esto es, el presidente, operador o agente de tal facultad, goza de libertad para elegir el curso del acto estatal a adoptar y ello es una manifestación exclusiva de su poder [...]”. Parágrafo 216° de la sentencia.

²⁰⁶ En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 0090-2004-AA/TC, de 5 de julio de 2004 (fundamento jurídico 9).

²⁰⁷ Parágrafo 218° de la sentencia.

²⁰⁸ El Tribunal ha señalado que la carencia de reglamentación del atributo de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, hace mayor el espacio de la discrecionalidad política del Presidente, sin llegar a ser ilimitada, y ello está íntimamente relacionado con el hecho que para la legitimidad de un acto estatal, éste debe ser efectuado en armonía con la Constitución Política, así como con el bloque de constitucionalidad. Véase parágrafo 218° de la sentencia y fundamentos 92 y 93 del presente dictamen.

²⁰⁹ Véase el posterior fundamento 98 del presente dictamen.

Los poderes militares del Presidente de la República

97.- Habiéndose establecido que el Presidente de la República, en el ejercicio de su atribución como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, puede impartir órdenes en cualquier nivel de la jerarquía castrense y policial; es de recibo, suscribir los argumentos expuestos por el Tribunal²¹⁰, cuando señala que los poderes militares del Presidente de la República comprenden todas las facultades que vinculan su alta investidura con los espacios de interacción que lo relacionan con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, no obstante, la actuación presidencial en este dominio específico sólo constituye una fracción de la totalidad de acciones que le corresponde realizar en el campo de la Defensa Nacional, en su calidad de gestor principal del Sistema de Defensa Nacional, en particular, y de Jefe de Gobierno, en general.

Igualmente, el Presidente de la República en uso de esta atribución, puede ejercer dos clases de poderes:

- i. *Los de mando político militar*, que se manifiestan en su facultad de disponer y decidir sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; siendo desde ese nivel que el Jefe de Estado preside el Sistema de Defensa Nacional; organiza, distribuye y dispone el empleo de aquella, siempre que este accionar se relacione con los objetivos y políticas integrales de Defensa Nacional, tanto en el campo militar como en el no militar, guardando coherencia con los lineamientos aprobados por el Consejo de Defensa Nacional, máximo órgano de decisión del Sistema que también preside el Jefe de Estado; asimismo, esta atribución le permite adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado.

Del mismo modo, se ejerce este mando político militar, cuando, con el asesoramiento de su Ministro de Defensa o sin él, diseña y configura los objetivos y políticas de Defensa Nacional para el campo netamente militar.

- ii. *Los de mando militar efectivo*, que se expresan en la facultad de dar órdenes directamente a las unidades de la fuerza pública y adoptar concretas decisiones operativas²¹¹.

Resulta importante efectuar la diferencia existente entre *mando* y *comando*; así tenemos que el concepto antes referido guarda identidad con el de *mando en sentido estricto*, que a decir de Ignacio de Otto²¹² implica una

²¹⁰ Parágrafos 221° al 227° de la sentencia.

²¹¹ Concepto que se extrae del Diccionario de Términos Militares RE-320-5, Escuela Superior de Guerra, Chorrillos, Lima, 1963, página 128; y edición de junio de 1973, página 133.

²¹² DE OTTO, Ignacio. *El mando supremo de las Fuerzas Armadas*. En: Revista Española de Derecho Constitucional, número 23, mayo-agosto 1998, p. 38.

específica habilitación para conducir en guerra o en paz un concreto contingente militar en el sentido más amplio de ese término; el mando no nace de la simple superioridad jerárquica sino del hecho de ocupar un concreto destino, que lleva aparejada la responsabilidad sobre una unidad determinada, esto es, la función de comandante; por otro lado, la noción de *comando* alude siempre a un poder de nivel exclusivamente jerárquico, es por ello que es definida como la autoridad que un militar ejerce sobre sus subordinados por razón del grado o empleo; dicho en otras palabras, es la potestad de dar órdenes que tiene todo superior con respecto al inferior en rango; su ejercicio no requiere que el subordinado específico este sometido al mando del superior jerárquico en sentido estricto; esta potestad resulta vital para conservar la disciplina en estructuras verticales como las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Estos conceptos permiten concluir que todo aquel que tiene *mando* también tiene *comando*; sin embargo, quien tiene *comando*, no siempre tiene *mando* sobre una unidad específica. En ese orden de ideas, se concluye que cuando la Constitución asigna al Presidente de la República, la Jefatura Suprema de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, inmediatamente establece una relación de subordinación de los institutos castrenses y policiales a dicho cargo, creando un supuesto de *comando* originado por la interacción de escalones jerárquicos en línea vertical, en las que la Jefatura Suprema se erige como el *comando* máximo posible sobre las jerarquías de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional²¹³. También se deduce que esta atribución presidencial es una *competencia no reglada o discrecional*, de naturaleza política, por lo que, las órdenes que emita en ejercicio de su rol de Jefe Supremo no requieren revestir alguna formalidad, pudiendo ser escritas, orales, expresas o implícitas.

El ejercicio real de Alberto Fujimori Fujimori de la Jefatura Suprema de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

98.- El poder de mando militar que ostentaba el entonces Presidente Alberto Fujimori Fujimori sobre los institutos castrenses y policiales, no solo fue una atribución conferida por la Constitución Política de 1979 –que señalaba que el Presidente de la República era el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional–, esto es, no se trató única y exclusivamente de una ostentación o atribución *formal*, sino que, el sentenciado ostentó, evidenció y ejerció de manera *real y efectiva* dicho poder de mando –desde el plano del subordinado, no se trató de una *subordinación formal*, sino de una *subordinación material*²¹⁴–. A este respecto, indicamos a continuación los elementos probatorios acopiados durante el proceso que permiten verificar la forma en

²¹³ Incluso la entonces ley N° 20765 –Ley de Situación Militar, de carácter reservada, de 31 de diciembre de 1974, ahora derogada–, precisaba que era atribución del Presidente de la República el nombramiento de los oficiales Generales y Almirantes.

²¹⁴ Véase fundamento 80, último párrafo, y fundamento 85, último párrafo, del presente dictamen.

que el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, durante su gestión como Presidente de la República, hizo uso de la Jefatura Suprema que la Constitución le confirió:

Las declaraciones de Alberto Fujimori Fujimori que se advierten en el audio rotulado "Entrevista RPP – Raúl Vargas – Alberto Fujimori Fujimori", de 20 de mayo de 2000, admitido al debate oral en sesión 129 (folios 66389) y actuado en la sesión 132. En este documento audiográfico, el entrevistado Fujimori Fujimori expresa textualmente: "[...] *la Constitución señala bien clara y la he practicado bajo esta modalidad el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas. Qué quiere decir Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas?, manda a las Fuerzas Armadas y las manda de una manera vertical, esa es la relación, la relación no es que las Fuerzas Armadas es un poder paralelo, totalmente absurdo, esto no se da en Perú desde el año 1990, hay un mando del Presidente de la República sobre las FFAA [...] entonces la relación es esa, las Fuerzas Armadas subordinadas [...] El Presidente es el que manda [...]*".

La copia de la entrevista realizada a Alberto Fujimori Fujimori, publicada en el diario "El Comercio" del miércoles 17 de diciembre de 1997 (folio 51147), mediante la cual revela detalles inéditos de la negociación de rescate de los rehenes en la casa del Embajador del Japón. En este documento se aprecia que ante la pregunta que se le hiciera: "*¿cómo se hizo la distribución de responsabilidades logísticas, militares y políticas?*", respondió: "*La parte política la compartí con un pequeño consejo de ministros [...] Nos reuníamos periódicamente porque era la parte del enfoque de una solución pacífica. La solución de contingencia la dirigía personalmente con un grupo muy pequeño de oficiales. Había tres coroneles del Ejército y por parte del SIN Vladimiro Montesinos Torres. Los cuatro eran citados periódicamente al garaje del Servicio de Inteligencia [...], pero en los dos frentes yo tenía la dirección total*". Igualmente, ante la pregunta: "*¿El plano militar lo compartió con el presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el general Hermoza Ríos?*"; dijo: "*No, lo tenía yo, y el diseño del plan, repito lo compartí con las cuatro personas mencionadas*".

El mensaje a la nación, de 5 de abril de 1992 –incorporado al proceso por resolución de folio 23043–, en el que dispuso que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tomaran acciones inmediatas a fin de garantizar las medidas anunciadas y cautelar el orden y la seguridad nacional (folio 47871). En mérito de este mensaje, las tropas militares y policiales tomaron el control de Lima y las principales ciudades del interior, hecho que ha sido reconocido por el mismo procesado durante sus declaraciones plenarias.

La copia certificada del memorándum de fecha 25 de junio de 1991 (folio 8261), dirigido por el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori –en ejercicio de su atributo constitucional como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas–, al Ministro de Defensa, y en el que dispuso se recompense a los diversos oficiales superiores y subalternos de las Fuerzas Armadas, entre ellos, Santiago Martín Rivas y otros miembros del denominado DESTO Colina.

Las declaraciones testimoniales plenarias de los Generales EP Cubas Portal (sesión 33), Pino Benamú (sesión 35), Rojas García (sesión 38), Rivero Lazo (sesión 39), Salazar Monroe (sesión 50), Robles Espinoza (sesión 57), Hermoza Ríos (sesión 81) y Briones Dávila (sesión 84). Todos ellos dieron cuenta de la forma efectiva y real como Alberto Fujimori ejerció su atribución político-militar de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Ley Constitucional del 9 de enero de 1993

99.- La defensa del procesado ha cuestionado la inaplicación de la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 que otorgaba a Alberto Fujimori la condición de Presidente Constitucional del Perú, después de la instauración de su autodenominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”.

Compartiendo los fundamentos del Tribunal²¹⁵, la citada ley constitucional por su propia naturaleza, en función al órgano del que dimana, es de imposible inaplicación y, en todo caso, solo reflejó una regla social aplicada y aceptada por la colectividad nacional; ello tiene su fundamento en la Constitución Política de 1979, cuya vigencia se mantuvo desde el 5 de abril de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1993, puesto que la Carta Política vigente adquirió eficacia jurídica desde esta última fecha²¹⁶.

Debemos indicar además, que si bien el Tribunal Constitucional consideró mantener la vigencia de los decretos leyes dictados durante el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, de conformidad con lo prescrito por la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993; sin embargo, también dejó establecido que dichos decretos leyes pertenecen al ordenamiento jurídico nacional²¹⁷, pero que no se convalida su constitucionalidad; igualmente, ha declarado que siendo normas con jerarquía o rango de ley, éstas son susceptibles de ser sometidas al control de constitucionalidad que efectúa el Supremo Interprete de la Constitución, de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes de la Carta Política de 1993²¹⁸; además, dichas normas pueden ser subrogadas o derogadas por otras leyes promulgadas por el Poder Legislativo.

Por otro lado, respecto a la condición de Presidente Constitucional del Perú – que, según la defensa, ostentó el sentenciado Alberto Fujimori, en el tiempo

²¹⁵ Parágrafo 682º de la sentencia.

²¹⁶ El Tribunal Constitucional peruano ha señalado “[...] La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria [...]”. Sentencia N° 0017-2003-AI/TC, de 16 de marzo de 2004 (fundamento jurídico 18).

²¹⁷ Sigue la teoría de la continuidad, la misma que también justifica el Tribunal. Ver parágrafo 683º.1 de la sentencia.

²¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2002 (fundamentos jurídicos 19 y 20).

de ocurrencia de los actos criminales–, compartimos la interpretación y la postura del Tribunal Constitucional peruano, el mismo que ha señalado, que cuando Fujimori Fujimori, con apoyo de civiles y militares, instituyó el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, el 5 de abril de 1992, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura²¹⁹; consecuentemente, desde este momento, el ahora sentenciado perdió el estatus de Presidente “*Constitucional*” del Perú²²⁰ y sólo se mantuvo de manera *precaria* como Presidente del Perú hasta que se declaró su vacancia en dicho cargo, en noviembre de 2000, en que se nombra como Presidente Constitucional del Perú, al entonces Presidente del Congreso de la República, Valentín

²¹⁹ El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N° 0014-2003-AI/TC, de 10 de diciembre de 2003:

“En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993.

Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81° de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional”. (fundamento jurídico 6).

Asimismo dijo: “No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307° de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado”. (fundamento jurídico 18).

²²⁰ El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N° 0014-2002-AI/TC, de 21 de enero de 2002:

“El artículo 147 del Decreto Ley N.° 25684 condicionaba a que la promulgación de la nueva Constitución la realizase el Presidente Constitucional de la República, *status* que, desde el 5 de abril de 1992, perdió el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori”. [SIC] (fundamento jurídico 18.b).

Agregó: “En suma, el Tribunal Constitucional considera que la promulgación de la Constitución de 1993, por el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, jurídicamente es irrelevante, pues éste no tenía, en diciembre de 1993, la condición formal de Presidente «Constitucional» de la República. Por consiguiente, la supresión de la firma de Alberto Fujimori en el texto de la Constitución de 1993, constituye un acto jurídico lícito que no tiene el efecto de «despromulgarla». (fundamento jurídico 29).

Paniagua Corazao, de conformidad con las disposiciones constitucionales de la Carta Política de 1993.

Causal: la violación del principio de legalidad penal

100.- En términos generales, sin mayor precisión, la defensa de Alberto Fujimori Fujimori ha propuesto como causal de nulidad, la violación del principio de legalidad penal por haberse calificado a los hechos, objeto de la sentencia, como delitos contra la humanidad.

El Tribunal ha calificado los actos cometidos por el sentenciado Fujimori Fujimori como delitos contra la humanidad según el Derecho Internacional Penal²²¹; así ha expuesto y concluido lo siguiente:

- i. El Derecho Internacional consuetudinario, especialmente las disposiciones del Estatuto de Núremberg, son plenamente aplicables para la labor de subsunción de los hechos denominados Barrios Altos y La Cantuta.

La norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o parte de ella, además –conforme a la jurisprudencia internacional–, es necesario que se verifique la intervención del poder estatal, la oportunidad de de la ejecución, y las calidades y situaciones de las víctimas. En el aspecto subjetivo se requiere que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que la conducta es o será parte de un ataque generalizado o sistemático.

La concurrencia de estas circunstancias justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo y demás consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal.

- ii. El delito de asesinato como expresión de una agresión sistemática, proveniente del Estado o de sus órganos de poder, promovida o avalada por políticas y directivas oficiales o cuasi oficiales, y que recae sobre la población civil en una coyuntura de conflicto bélico o social, es caracterizado como delito contra la humanidad; del mismo modo, no existe obstáculo para incorporar a estas consideraciones a las lesiones graves, cuando son el resultado con ese objetivo o misión.

²²¹ Ver parágrafos 710° al 717° de la sentencia.

- iii. Los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse plenamente a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad, fundamentalmente porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva, pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos que se sirvieron del aparato castrense, y de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil.

Naturaleza y fuentes del Derecho Internacional Penal

101.- El Derecho Internacional Penal tiene como objeto de estudio los crímenes internacionales y el funcionamiento de los tribunales competentes para conocer de los casos de responsabilidad penal internacional individual. Surge como una rama importante dentro del Derecho Internacional clásico, que era esencialmente interestatal y no consideraba a la persona como sujeto del mismo.

En cuanto a esto último, la doctrina postula que se le reconoce al individuo un conjunto de derechos y obligaciones internacionales, como también una capacidad de obrar, tanto pasiva como activa; por la primera, la persona tiene competencia para hacer valer sus derechos en la esfera internacional, mientras que por la segunda, puede ser tenida como *internacionalmente* responsable por la comisión de hechos *internacionalmente* ilícitos, es decir, con titularidad efectiva de obligaciones, en mérito a la cual, el Derecho Internacional establece determinados tipos delictivos para comportamientos individuales considerados contrarios a las más elementales normas de convivencia internacional, como por ejemplo, a la violación del derecho de guerra, a los crímenes contra la paz, a los crímenes contra la humanidad, a la piratería marítima, entre otros, comúnmente agrupados bajo el término genérico de crímenes internacionales²²².

Asimismo, se postula que el Derecho Internacional Penal "vincula los conceptos de aplicabilidad *universal* de las normas (Derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad *individual* (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma (principio de responsabilidad penal directa de individuo según el Derecho Internacional público). Por consiguiente, en ese sentido el Derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional"²²³. Esta misma mixtura se enfoca desde la óptica de los bienes jurídicos; así se señala que el Derecho Internacional Penal participa de dos

²²² NOVAK TALAVERA, Fabián. *Antecedentes históricos del Estatuto de Roma: La posibilidad de juzgar individuos en el Derecho Internacional*. En: AAVV. La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú, Coordinadora Elizabeth Salmón, PUCP, Lima, 2001, pp. 20-21.

²²³ AMBOS, Kai. *El nuevo Derecho Penal Internacional*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 47.

disciplinas informadas por principios distintos: Es Derecho Penal por su contenido, pues protege bienes jurídicos, y es Internacional por su objeto, en tanto dicho bienes pertenecen al Derecho Internacional y revisten una importancia social supranacional, esto es, se trata de condiciones necesarias para la conservación del orden internacional; por su ámbito de aplicación, vincula directamente a los individuos de todos los Estados, para lo cual es necesario que su origen se halle en una fuente de Derecho Internacional y que la norma en cuestión haya alcanzado el grado de norma imperativa de Derecho Internacional general²²⁴.

102.- Un aspecto importante que debe destacarse del Derecho Internacional Penal es que no se trata, estrictamente, de un derecho codificado sino que – compartiendo la naturaleza del Derecho Internacional general– tiene como principales y originarias fuentes a la costumbre internacional²²⁵ y a los principios generales del derecho. Esto se subraya incluso en algunas de las definiciones que se proponen en el ámbito doctrinario, así por ejemplo, Yván Montoya señala que el Derecho Internacional Penal es el conjunto de normas de Derecho Internacional Público, *convencional o consuetudinaria*, que demandan sanción punitiva a determinadas prácticas violatorias de derechos humanos para proteger bienes jurídicos que interesan al orden internacional, comprendiendo, por consiguiente, a los crímenes de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos²²⁶.

Por su parte, Kai Ambos señala, que antes del Estatuto de Roma no existía un Derecho Internacional Penal totalmente codificado; cuando se hablaba de este derecho vigente, se referían en esencia, al derecho consuetudinario no escrito y a principios jurídicos generales, estas reglas representan una jurisprudencia “dura”, la misma que se complementa con la denominada “ley suave” (soft law)²²⁷, especialmente, resoluciones de organismos de la ONU u opiniones de representantes de gobiernos que a su vez, pueden alcanzar un grado tal de “dureza” que se vuelven también “ley dura” (hard law)²²⁸, en forma de derecho consuetudinario o principios jurídicos generales²²⁹. Respecto a los concretos actos de juzgamiento y sanción a los responsables de crímenes internacionales, el profesor alemán resalta la naturaleza consuetudinaria y la configuración jurisprudencial de este Derecho: “un análisis del derecho consuetudinario internacional y de los principios jurídicos generales deja ver que determinadas violaciones graves de los derechos humanos (en especial la tortura, las ejecuciones extralegales y la denominada “desaparición” de personas) están sujetas a obligaciones

²²⁴ GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 52.

²²⁵ El Tribunal ha resaltado, igualmente, que el Derecho Internacional Penal es un derecho consuetudinario. Ver parágrafo 711º de la sentencia.

²²⁶ MONTOYA, Yván. *El derecho internacional y los delitos*. En: AAVV. Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos, Coordinador Francisco Macedo, IDEHPUCP, Lima, 2007, p. 40.

²²⁷ La “ley suave” (soft law) son normas de tipo general o flexible, basadas en derechos y obligaciones en gestación, y que son consideradas como un derecho no vinculante.

²²⁸ La “ley dura” (hard law) son normas de carácter jurídico, que provienen de las fuentes del Derecho Internacional y forman parte del derecho vinculante.

²²⁹ AMBOS, Kai. *El nuevo Derecho Penal Internacional*, obra citada, p. 48.

de enjuiciar y castigar a los culpables. Dichas obligaciones no solo se desprenden de un número considerable de fuentes del Derecho internacional (especialmente resoluciones y opiniones de las organizaciones de la ONU y de representantes de los estados, como "soft law"), sino también de una extensa práctica judicial"^{230 231}.

103.- La *costumbre internacional* es la evidencia de una practica generalmente aceptada como ley; dentro de esta orientación el Derecho Internacional consuetudinario, es la consecuencia de una *practica estatal* vinculada con la *opinio iuris vel necessitatis*, esto es, una practica de la que se deriva un convencimiento de estar vinculado legalmente. El concepto de esta *practica estatal* ha sido redefinida como "la conducta de los órganos representativos en los organismos internacionales, así como las decisiones y opiniones de estos mismos organismos, las decisiones de las cortes internacionales, o también una determinada practica contractual"²³².

Por otro lado, los *principios generales del derecho* constituyen una fuente autónoma del Derecho Internacional y son *lex generalis* frente al derecho convencional y consuetudinario, por lo que no pueden ser degradados a meros auxiliares de interpretación –como la jurisprudencia o la doctrina– y si bien no pueden suprimir aquellos derechos, sin embargo, sí pueden recurrirse a ellos cuantos estas últimas fuentes dejan sin respuesta a una cuestión jurídica.

El desarrollo del Derecho Internacional Penal ha revalorado a los principios generales del derecho, pues ya no se limitan a aquellos reconocidos en el ámbito del derecho interno o doméstico, sino que están basados en la llamada "ley suave" (soft law) del Derecho Internacional y son considerados también como *opinio juris*, pero sin una practica estatal concordante, es decir, que se erigen en reglas de este derecho, allí donde existe poco o inconclusa practica estatal, pero un divulgado sentimiento de que una regla legal es necesaria. Esta práctica se resume en las reacciones estatales concretas a la impunidad de violaciones de derechos humanos, así como en la implementación de obligaciones internacionales de punición en el derecho interno; a su vez, el deber de penalizar se analiza en la práctica jurisprudencial de los órganos internacionales de los tratados internacionales relevantes, en los puntos de vista en

²³⁰ *Ibidem*, p. 50.

²³¹ Podemos afirmar, siguiendo a Juan Méndez, que la forma usual de generar Derecho Internacional, se cumple a través de la *opinio juris* y la jurisprudencia de los órganos de protección que dan contenido enriquecedor a normas necesariamente escuetas y el hecho que se trate de principios emergentes, y no de normas convencionales, no les resta eficacia como normas vinculantes (MÉNDEZ, Juan. *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos*. En: AAVV. Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2005, p. 53).

²³² AMBOS, Kai. *Deberes de penalización en caso de graves violaciones a los derechos humanos*. En: AAVV. Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2005, p. 207.

materia de derechos humanos de los Estados, tanto de carácter gubernamental como las normas consuetudinarias y penales²³³.

104.- El citado profesor alemán, principal exponente del Derecho Internacional Penal, ha afirmado en otros de sus ensayos, que tanto los instrumentos internacionales sobre derechos humanos –como por ejemplo las convenciones y tratados, los estatutos de los tribunales internacionales, entre otras fuentes escritas–, como la jurisprudencia internacional y nacional sobre crímenes de guerra, constituyen las fuentes primarias de este Derecho, para conocer la antijuricidad y definir la responsabilidad individual por violaciones a normas humanitarias y derechos humanos, y por la comisión de crímenes contra la humanidad²³⁴.

Siguiendo esta orientación, se puede señalar como referentes principales del Derecho Internacional a las convenciones internacionales, la costumbre internacional –con el contenido antes señalado–, los principios generales del Derecho, la doctrina de los publicistas más calificados, la equidad: todas estas contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; y, específicamente, el Derecho Internacional Penal cuenta, además, como referentes centrales –en la sentencia son señalados como parte del Derecho Internacional consuetudinario²³⁵– al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 1945²³⁶ y sus principios de 1946, consagrados en documento aparte²³⁷ 238; al Estatuto del Tribunal Penal Militar

²³³ *Ibidem*, pp. 209-211.

²³⁴ Cfr. AMBOS, Kai. *Responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional*. En: Ciencias Penales, revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 15, N° 21, octubre de 2003, p. 8.

²³⁵ Ver párrafos 710° y 711° de la sentencia.

²³⁶ El artículo 6 del Estatuto tipificó como crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal, respecto de los cuales habrá responsabilidad penal, a los siguientes:

“a) Crímenes contra la paz: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

(b) Crímenes de guerra: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

(c) Crímenes contra la humanidad: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”.

²³⁷ Estos principios fueron extraídos a iniciativa de la Asamblea General de la ONU, la misma que mediante Resolución 177, de 21 de noviembre de 1947, encargó a la Comisión de Derecho

Internacional, el estudio del proceso de Nüremberg. Así, luego del informe del relator Especial, Jean Spiropoulos, se establecieron los siguientes:

“Principio I: Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo.

Principio II: El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Principio III: El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea Jefe del Estado o un oficial responsable del Gobierno no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Principio IV: El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma.

Principio V: Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley.

Principio VI: Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales:

(a) *Guerra de agresión:*

i. La planificación, preparación, iniciación o comienzo de una guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas;

ii. La participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados en i).

(b) *Crímenes de guerra:*

Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que incluyen, pero no están limitadas a, asesinato, trato inhumano o deportación como esclavos o para cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado, asesinato o trato inhumano a prisioneros de guerra, a personas sobre el mar, asesinato de rehenes, pillaje de la propiedad pública o privada, destrucción injustificada de ciudades, pueblos o villas, o la devastación no justificada por la necesidad militar.

(c) *Crímenes contra la humanidad:*

Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.

Principio VII: La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad tal y como fueron expuestos en el principio VI, es un crimen bajo las leyes internacionales”.

²³⁸ A juicio de Novak Talavera, la sistematización de estos principios permitió avanzar notablemente en el desarrollo de la responsabilidad penal internacional del individuo, en tanto se tipificó con claridad cada uno de los crímenes internacionales existentes, además se establecieron normas o lineamientos rectores y se agregaron otros, como la necesidad de respetar las garantías del debido proceso en el juzgamiento de los criminales internacionales. Estos principios, que ya hoy forman parte del Derecho internacional positivo, fueron reafirmados años más tarde por el Tribunal de Jerusalén, durante el proceso de juzgamiento del jefe nazi Adolf Eichmann, el 11 de diciembre de 1961, y recogidos también por los tribunales internacionales para el juzgamiento de los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, y en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998 (Cfr. NOVAK TALAVERA, Fabián. *Antecedentes históricos del Estatuto de Roma: La posibilidad de juzgar individuos en el Derecho Internacional*, citada, pp. 35-36).

Internacional para el Lejano Oriente recogidos en la llamada Carta de Londres de 8 de agosto de 1945²³⁹; al Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998; a los Estatutos de los Tribunales Ad-Hoc para la ex-Yugoslavia²⁴⁰ y Ruanda²⁴¹; y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia²⁴².

El principio de legalidad penal en el Derecho Internacional Penal

105.- El hecho que no haya existido en la ley penal interna la figura que, internacionalmente, reconozca alguna de las graves violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, no ha sido ni es obstáculo para que se dejen de perseguir tales conductas, ya prohibidas por el Derecho Internacional. En tal medida, la amplitud

²³⁹ La Carta de Londres o Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional fue firmado en 1945 entre Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética. Es el documento que fijó los principios y procedimientos por los cuales se rigieron, igualmente, los juicios de Núremberg.

²⁴⁰ El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) fue establecido en cumplimiento de la resolución 827, del Consejo de Seguridad de la ONU, de 25 de mayo de 1993. Se le otorgó jurisdicción internacional para perseguir y procesar a las personas naturales –no organizaciones públicas o privadas– culpables por los delitos de graves violaciones de las convenciones de Ginebra de 1949, violaciones de las convenciones internacionales sobre la guerra y la costumbre internacional acuñada desde el fin de la segunda guerra mundial, crímenes contra la humanidad y genocidio.

²⁴¹ El Tribunal Internacional de Ruanda fue establecido el 8 de noviembre de 1994, en virtud de la resolución 955, del Consejo de Seguridad de la ONU; conforme al Capítulo VII de su carta de fundación, se le encargó de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. En el artículo 3 del mencionado Estatuto se señala:

“Crímenes contra la humanidad

El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

- a) Asesinato;
- b) Exterminación;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.”

²⁴² Bazán Chacón también resalta estos referentes, como parte del Derecho Internacional Penal. Véase BAZÁN CHACÓN, Iván. *Aplicación del Derecho Internacional en la judicialización de violaciones de Derechos Humanos*. En: AAVV. Para Hacer Justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de los casos de violaciones de Derechos Humanos, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2005, pp. 14-16.

de fuentes del Derecho Internacional no entra en contradicción con el principio de legalidad del Derecho Penal interno puesto que no se exige del operador jurídico que “invente” un tipo penal, sino que aplique el que más se aproxime a la conducta prohibida internacionalmente²⁴³.

La realidad histórica ha puesto en evidencia que la garantía del principio de legalidad se garantiza con la interacción de las mencionadas fuentes del Derecho Internacional. Al respecto, se sostiene en la doctrina que no se le puede exigir al Derecho Internacional Penal que trate el mencionado principio tan igual como lo hace el derecho interno, pues se ha repetido hasta el cansancio, las diferencias estructurales que existe entre uno y otro: el grado de organización y desarrollo del derecho interno no le es aplicable al Derecho Internacional Penal, de formación reciente y características sumamente diferentes. Los derechos internos son sistematizados y sus presupuestos están dados por la existencia de una organización estatal unificada y una autoridad legislativa indiscutible, los cuales no existen en el Derecho Internacional. Todo ello fue considerado con acierto por el Tribunal de Nüremberg al momento de desechar algunas de las críticas de las que fue objeto, sobre las cuales sostuvo, entre otras cosas, que el Derecho Internacional no puede ser producto de una ley y su aceptación general como tal por las Naciones Unidas, puede tener fuentes diversas como los tratados internacionales, las convenciones, los textos doctrinarios de autoridad, prácticas internacionales y las decisiones judiciales. Por consiguiente, el Derecho Internacional no es un derecho interno y no tiene, por tanto, la necesidad de verse sometido a las mismas reglas o a los mismos principios: nadie discute si en el ámbito internacional las normas debe ser dictadas por una o por dos cámaras legislativas, sería absurdo y ridículo²⁴⁴.

106.- Las diferencias estructurales anotadas conllevan a afirmar que el cumplimiento de la fórmula que contiene el principio de legalidad: *nullum crimen nulla poena sine previa lege penale* en el Derecho Internacional Penal empieza y se centra por no entender la palabra *lex* (ley) en sentido formal, pues es obvio que no existe un órgano legislativo internacional; por ende, el mencionado principio de legalidad, en el Derecho Penal Internacional, debe entenderse en su sentido amplio o mejor dicho como *principio de juridicidad*²⁴⁵, definiéndose así como un *nullum crimen sine “iure”*, en tanto es plenamente compatible con sus fuentes, e igualmente –con este contenido y flexibilidad– encuentra sustento en normas internacionales como el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie será condenado por actos u omisión que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el *Derecho nacional o internacional*. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; igualmente, en el artículo 15 del Pacto

²⁴³ En este sentido se pronuncia BAZÁN CHACÓN, Iván. Op. Cit., p. 31.

²⁴⁴ ABREGÚ, Martín / DULITZKI, Ariel. *Las leyes «ex post facto» y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en derecho interno*. En: AAVV. Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2005, pp. 167-168.

²⁴⁵ GIL GIL, Alicia. Op., cit., p. 86.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será condenado por actos y omisión que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el *Derecho nacional o internacional* [...]”.

Esta misma concepción del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Internacional Penal se plasmó en el IV Informe, de 11 de marzo de 1986, del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doudou Tima. En este se señaló, entre otros aspectos –como por ejemplo, el relacionado a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad–, que la palabra “ley”, en el principio del *nullum crimen sine lege*, debe ser entendida en su sentido amplio, de forma que incluya no solo a la ley, sino también a la costumbre y a los principios generales del derecho.

Así pues, en relación a la fuente del Derecho Internacional Penal, como lo sustenta Gil Gil, lo principal será que cumpla con los sub-principios de certeza y taxatividad, que se verifica cuando un tratado internacional es dotado por la costumbre del carácter de *ius cogens*, o una costumbre es recogida en un tratado o proclamada en declaración de la Asamblea General: esta combinación de texto escrito y costumbre conjuga la seguridad jurídica y la taxatividad²⁴⁶.

La calificación de crímenes contra la humanidad

107.- Delimitado el principio de legalidad en sentido amplio –principio de juridicidad– que rige en el Derecho Internacional Penal, conviene señalar que el Tribunal ha completado con la norma internacional consuetudinaria, la calificación y la sanción penal impuesta a Alberto Fujimori Fujimori conforme a nuestro derecho interno²⁴⁷. No se trata, por consiguiente, de un cambio de tipificación, sino de una comprobación de que ciertos delitos *comunes*, acorde con el derecho interno constituyen, igualmente, crímenes contra la humanidad. Por ende, se puede afirmar que existiendo un tipo penal en el derecho interno que califique la conducta como delito, adicionalmente, se le puede caracterizar como crimen internacional²⁴⁸.

Conforme a esta postura, nos remitimos –como fuentes del Derecho Internacional Penal– al artículo 6, literal c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945, que calificó como crímenes contra la humanidad al “asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 88-89.

²⁴⁷ Ver párrafo 711° de la sentencia.

²⁴⁸ Así lo vislumbra Bazán Chacón cuando refiriéndose al delito de tortura señala que si bien no existía el tipo penal de tortura, sí existía el de lesiones y abuso de autoridad, los cuales a la luz de la definición internacional de tortura, pueden ser complementados y caracterizados de manera lícita sin que signifique dejar en impunidad tan grave comportamiento. En suma –concluye el autor–, cuando se trata de conductas que cuenten con una entidad tal que resulten intolerables para la conciencia de las naciones, resultan también ser crímenes internacionales (BAZÁN CHACÓN, Iván. Op. cit., p. 31).

cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”.

Del mismo modo, al Principio VI, que instituyó la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y lo aprobó en la resolución 177, de 21 de noviembre de 1947, luego del estudio del proceso de Nüremberg: “Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales: [...] (c) Crímenes contra la humanidad: Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra”.

También al artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, establecido el 8 de noviembre de 1994, en virtud de la resolución 955, del Consejo de Seguridad de la ONU, que textualmente señala: “Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

Acorde con estas normas, recogida además en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales²⁴⁹ y en la doctrina de Derecho Internacional, se define al delito contra la humanidad como aquel atentado contra los bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático,

²⁴⁹ En la sentencia se citan como fuentes del Derecho Internacional Penal –a las cuales nos remitimos–: la decisión de 2 de septiembre de 1998, de la Cámara I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), recaída en el caso *Prosecutor versus Jean Paul Akayesu*, número ICTR-96-4-T; la sentencia emitida por la Cámara I del Tribunal Militar para la Ex-Yugoslavia (TPIY), de 29 de noviembre de 1996, en el caso *Prosecutor versus Erdemovic*, número IT-96-22-A; la emitida por la Cámara de Apelaciones del TPIY, de 7 de octubre de 1997, en el caso precedente *Prosecutor versus Drazen Erdemovic*; la sentencia emitida el 7 de mayo de 1997, por la Cámara II del TPIY, en el caso *Prosecutor versus Dusko Tadic*, número IT-94-1-T; la emitida por la Cámara II del TPIY, de 14 de junio de 2000, en el caso *Prosecutor versus Zoran Kupreskic y otros*, número IT-95-16-I; la sentencia emitida por la Cámara II del TPIY, de 22 de febrero de 2001, en el caso *Prosecutor versus Kunarac*, número IT-96-23-T & IT-96-23/1/T; la sentencia emitida por la Cámara de Apelaciones del TPIY, de 12 de junio de 2002, recaída en el mismo caso anterior *Prosecutor versus Kunarac*; la sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY, de 2 de octubre de 1995, recaída en el caso anterior *Prosecutor versus Dusko Tadic*, número IT-94-1-AR 72; y la sentencia emitida por la Cámara I del TPIY, de 3 de marzo de 2000, en el caso *Prosecutor versus Tihomir Blaskic*, número IT-95-14-T.

realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto²⁵⁰, en tiempo de paz o de guerra, y dirigido contra la población civil. El ataque sistemático significa que responde a un plan o patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados, lo que evidencia no solo una política de Estado o de una organización para promoverla, sino además que dicha política se logre implementar de manera organizada de conformidad con el patrón o plan. La generalidad del ataque, por su parte, denota la existencia de una multiplicidad de víctimas: masivo, de acción o gran escala. En cuanto a estas características – sistemático o generalizado– no es necesaria la concurrencia acumulativa de ambas²⁵¹.

108.- Enmarcados dentro de la definición precedente, esta Fiscalía Suprema coincide y comparte con las conclusiones de Tribunal²⁵², en el sentido que se ha acreditado que los delitos cometidos en los llamados caso Barrios Altos y caso La Cantuta, se cometieron como parte de una política estatal sistemática de eliminación de presuntos integrantes de grupos terroristas, dirigida y, por ende, conocida, por el sentenciado Fujimori Fujimori.

A este respecto, puede concluirse que dentro de la estructura castrense, se formó el denominado Destacamento Especial de Inteligencia (DESTO) Colina que tuvo como misión la realización de operaciones especiales de inteligencia (OEI) – específicamente, ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas–, y estaba regido por el Manual de Operaciones Especiales de Inteligencia y Contrainteligencia ME 38-20, el Manual de Inteligencia de Equipos Básicos ME 38-23, el Manual de Inteligencia ME 41-7 Guerra No Convencional Contrasubversión y la Directiva Única de Funcionamiento del Sistema de Inteligencia del Ejército. La ejecución de las OEI y la formación del mencionado destacamento, fueron parte de la lucha clandestina o ilegal –denominada “de baja intensidad” o “guerra sucia”–, que fue una estrategia político-militar paralela a la pública y se centró en el objetivo de la eliminación de terroristas, la misma que fue autorizada por Alberto Fujimori Fujimori y encargada al SIN, conducida de facto por Montesinos Torres, quien concretamente coordinó la ejecución de los hechos ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta y reportados al sentenciado, antes y después de su concreción.

El 3 de noviembre de 1991, se ejecutó la primera OEI de eliminación de personas por parte del DESTO Colina, la misma que fue aprobada y autorizada en las altas instancias del Ejército, del SIN y del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori; en este hecho, Vladimiro Montesinos Torres fue el coordinador de la ejecución arbitraria del llamado caso Barrios Altos y transmitió la orden final de su realización.

El 18 de julio 1992, el DESTO Colina ejecutó otra OIE que se inició en el campo de la Universidad La Cantuta, esta provino y se ejecutó con la participación de los estamentos de mayor jerarquía: la DIFE, la DINTE, la Comandancia General del

²⁵⁰ GIL GIL, Alicia. Op., cit., p. 151.

²⁵¹ MEINI, Iván. Op. cit., p. 113.

²⁵² Parágrafo 717° de la sentencia.

Ejército y el SIN –máxima entidad y autoridad del SINA–, dirigida por Montesinos Torres. Se trató, igualmente, de una acción propia de la estrategia político-militar paralela que tuvo como objetivo la eliminación de presuntos terroristas.

109.- Por consiguiente, se coincide, asimismo, con las consideraciones del Tribunal Constitucional Peruano cuando señaló: “Ahora bien, cuando este hecho es cometido como parte de una *estrategia general* o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un *patrón de violaciones*, lo que las convierte en *crimen de lesa humanidad*. Al respecto, el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constató que los *hechos atribuibles al autodenominado grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado* de violaciones a los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de *La Cantuta*, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de *Barrios Altos*. Tal como lo expresa la juez del Segundo Juzgado Penal Especial en el auto apertorio de instrucción del proceso signado con el número 01-2003, la organización de la desaparición de los campesinos del Santa hubiera sido imposible sin la consecución de recursos logísticos significativos, razón por la cual han sido considerados como responsables los altos mandos a cargo de las labores de inteligencia de esos años, incluyendo el procesamiento del ex-presidente de la República”²⁵³. La calificación de crímenes contra la humanidad, a las acciones cometidas por el grupo Colina fueron reiterados por el máximo interprete de nuestra Constitución cuando expuso: “[...] Esas circunstancias se relacionan con la existencia de un plan sistemático para promover la impunidad en materia de violación de derechos humanos y *crímenes de lesa humanidad*, particularmente de los actos cometidos por los del *Grupo Colina*, al cual se vincula al recurrente”²⁵⁴.

Similarmente, la calificación de delitos contra la humanidad, de los mencionados hechos del caso Barrios Altos y caso La Cantuta, también confirma la realizada en su oportunidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al primero lo reconoció en el fallo de la sentencia que resolvió lo siguiente: “Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de *las violaciones de los derechos humanos* a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”²⁵⁵. Referente al segundo expuso: “En tal sentido, es oportuno insistir en que *los hechos de La Cantuta*, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, *constituyen*

²⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, emitida en el expediente N° 2798-2004-HC/TC, de 9 de diciembre de 2004 (fundamento jurídico 25). La cursiva es agregado nuestro.

²⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, emitida en el expediente N° 4587-2004-AA/TC, de 29 de noviembre de 2004 (fundamento jurídico 81). La cursiva es agregado nuestro.

²⁵⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos versus Perú (numeral 5 del fallo). La cursiva es agregado nuestro.

*crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía [...]*²⁵⁶.

Causal: violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia

110.- La defensa de Alberto Fujimori Fujimori ha formulado, en relación al caso Barrios Altos y caso La Cantuta, bajo los términos que preceden en el subtítulo, la causal de violación de la presunción de inocencia, señalando hasta once motivos²⁵⁷ que la manifiestan, empero no ha fundamentado ni proporcionado mayores argumentos; por consiguiente, al tratarse de un cuestionamiento al valor de la prueba que ha realizado el Tribunal, plasmada recién en la sentencia, es imposible remitirnos a los alegatos expuestos en el juzgamiento oral –tal como se ha venido realizando en las causales anteriores, también propuestas en forma genérica–; así pues, como ya lo dejáramos expuesto²⁵⁸, la deficiente fundamentación en la postulación de esta causal no puede suplirse plenamente. Con la salvedad anotada, esta Fiscalía Suprema Penal procede al análisis de la prueba, reagrupando diez de los motivos propuestos en dos temas a señalar: a) El cuestionamiento particular al valor probatorio de determinados medios de prueba²⁵⁹, y b) El cuestionamiento a la valoración integral de la prueba: deficiente valoración de la prueba indiciaria²⁶⁰; asimismo, el último, referido a la desvinculación procesal se trata en un subtítulo aparte en tanto exige referirse a su posibilidad jurídica²⁶¹.

El cuestionamiento particular de determinados medios de prueba

111.- En su recurso de nulidad, la defensa ha cuestionado la deficiente valoración probatoria de los libros “Muerte en el Pentagonito”, de Ricardo Uceda Pérez, y “Ojo por Ojo”, de Humberto Jara Flores, pese a la utilización de fuentes de información no identificadas, o la no aplicación de las reglas de la apreciación de los documentos narrativos.

Un libro, al igual que una noticia o un recorte periodístico, constituye una fuente de prueba, es decir, un objeto que puede proporcionar conocimientos para apreciar o acreditar el hecho, materia del proceso, por lo que, resulta siendo de trascendencia para fines del mismo. Por ende, un libro puede ser introducido al proceso, toda vez que, por un lado, contiene la declaración de un testigo, y por otro, no todo conocimiento proveniente de este órgano de prueba, debe reducirse a la testimonial –y ser el único medio de prueba–. En este sentido, la actuación de esta

²⁵⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de noviembre de 2006, caso La Cantuta versus Perú (fundamento jurídico 225). La cursiva es agregado nuestro.

²⁵⁷ Están señalados en el la sección 3.iii, que bajo el subtítulo: Las causales de nulidad, están contenidas en el numeral 3.1, de la parte III, del presente dictamen.

²⁵⁸ Véase segundo párrafo contenido en el numeral 3.1, de la parte III, del presente dictamen.

²⁵⁹ Se desarrollan y detallan en los fundamentos 111 al 116 del presente dictamen.

²⁶⁰ Se desarrollan y detallan en los fundamentos 117 al 147 del presente dictamen.

²⁶¹ Se desarrollan y detallan en los fundamentos 148 al 151 del presente dictamen.

fuente de prueba no se rige por las reglas de la testimonial: no se exige su producción ante el juez o en el juicio oral; antes bien, en tanto se trata de informaciones públicas y voluntarias, pueden y deben ser valoradas cuando contengan aspectos extraprocesales útiles para los fines del proceso.

Bajo esta apreciación no puede exigirse la identificación de las fuentes, como lo pretende la defensa del sentenciado, pues su naturaleza, según se anotó, no se asemeja a la testimonial, además su eficacia probatoria empieza desde la publicación misma del documento y su valoración dependerá de su contenido, sea para confirmar datos conocidos por otros medios de prueba, sea para conocer otros que luego pueden ser confirmados. Asimismo, conviene señalar que el libro al ser un soporte escrito o una representación que expresa una realidad concreta y es preexistente al proceso, su actuación será su lectura, no siendo falta su ratificación por parte de su autor, o que éste último sea interrogado, lo que no impide que éste sea llamado a testificar, en cuyo supuesto concurrirán la instrumental y la testimonial.

112.- La defensa señala que se ha vulnerado la presunción de inocencia por haberse sustituido los testimonios sumariales o preliminares.

En principio toda prueba testimonial debe ser actuada en el juicio oral, a efecto de salvaguardar el principio de contradicción; sin embargo, se admite que en caso de causa fundada y razonable de inasistencia o ausencia del testigo, puede incorporarse al proceso sus declaraciones sumarias y preliminares, mediante la lectura en el juicio. Del mismo modo, es posible que, a pesar de la concurrencia del testigo, se de lectura y se valore las declaraciones sumariales o preliminares, cuando permita medir el nivel de credibilidad de su testimonio y confrontarlo cuando existan contradicciones. Bajo estos supuestos sería absurdo pretender establecer, como regla general, que todo testimonio que no se actúe en el juicio deba ser excluido o que el único valorable sea el prestado en dicha etapa procesal, pues simplemente haría impracticable, en muchos casos, el examen de credibilidad al que debe someterse la declaración testimonial, desconociéndose aquella realidad que siempre es posible: la retractación o el cambio de versión de los testigos. En estos últimos supuestos, no solamente será necesario confrontar las declaraciones prestadas en otras etapas de proceso, sino que, incluso, podrá otorgarse mayor valor a aquellas que no fueron vertidas en el juicio oral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que si bien los elementos de prueba deben ser normalmente presentados ante el acusado para que pueda contradictorio, sin embargo, es posible la utilización de las declaraciones prestadas en la fase de instrucción preparatoria, sin perjuicio de que se respete el derecho de defensa²⁶². Y es que, no es indispensable que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración, sino que solamente se requiere, como mínimo, una *posibilidad de contradicción*, la posterior posibilidad de contradecir una declaración puede efectuarse de manera efectiva en el juicio oral. Esto no significa

²⁶² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de febrero de 1991, caso *Isgró versus Italia* (párrafo 31).

suplir la actuación testimonial del juicio oral, por las prestadas en la etapa sumarial, sino establecer que por excepción o para una mayor eficacia de la credibilidad es posible introducir estas últimas en el debate contradictorio y otorgarle mayor valor que la efectivamente producida en el juicio oral.

Considerando estos postulados, respecto a lo indicado por la defensa en su recurso de nulidad, conviene establecer que es válido, en ciertos casos, otorgar mayor valor a una declaración sumarial o preliminar, que a la prestada en el juicio oral; por lo que, no tiene consistencia su simple enunciado con que el pretende sustentar la violación de la mencionada garantía de la presunción de inocencia.

113.- Se cuestiona también la indebida valoración como prueba, de las declaraciones prestadas por Montesinos Torres fuera del juicio oral, pese a haber violado en el plenario, el deber de la buena fe procesal por abuso del derecho al silencio y la indefensión que le ocasionó –al sentenciado– por la imposibilidad a ser interrogado por la defensa.

El artículo 261 del Código de procedimientos penales, modificado por el decreto legislativo N° 983, precisa que la incorporación de actuaciones probatorias procedentes de un proceso fuente, requieren la satisfacción de dos presupuestos legales: a) que provengan de otro proceso penal; y b) que el proceso receptor o el proceso fuente se refieran a delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir. En estricto, esta norma procesal recoge la denominada *prueba trasladada*, esto es, aquellas pruebas admitidas y practicadas ante el Juez o Sala Penal, que pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso, como prueba documental, en los casos de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Considerando que la referida norma establece, además, libertad para incorporar dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental, se puede concluir que la mencionada imposibilidad solo opera y condiciona el traslado de la prueba personal, esto es, de declaraciones instructivas, testimoniales, confrontaciones, reconocimientos, inspección ocular; así pues, el traslado de estas últimas solo procederá cuando exista motivo fundado de imposibilidad actuación de la prueba personal en el proceso receptor.

Este último supuesto normativo es el aplicable en el caso de las declaraciones trasladadas de Vladimiro Montesinos Torres, pues conforme se aprecia en la resolución de folio 48922, el Tribunal aceptó su derecho al silencio y se dejó sin valor ni efecto procesal alguno, lo manifestado en el juicio oral, lo cual evidencia una imposibilidad para las partes de interrogarlo y contrainterrogarlo. Se configura así el supuesto normativo de imposibilidad actuación de la prueba personal, imposibilidad que no es atribuida ni a las partes ni al juzgador, antes bien, se trató de someterlo al debate contradictorio.

La verificación del supuesto normativo exige, como efectivamente sucedió, que las declaraciones prestadas por Vladimiro Montesinos Torres, en tanto sean útiles y

pertinentes al objeto de prueba, fueran introducidas al proceso mediante la vía documental, con la finalidad de posibilitar su contradicción. Por tal motivo, su incorporación al presente proceso tiene sustento fáctico y jurídico, y su valoración no importa ni traduce ninguna vulneración a la alegada garantía de la presunción de inocencia.

114.- En el recurso de nulidad se ha alegado la deficiente valoración de los Manuales del Ejército ME 38-20 y ME 38-23, pues el Tribunal los consideró como prueba, a pesar de la existencia de documentos contradictorios de mayor jerarquía, como directivas de dominio militar.

El Manual del Ejército ME 38-20, denominado Manual de Operaciones Especiales de Inteligencia, así como el Manual del Ejército ME 38-23, nominado como Manual de Equipos Básicos, son documentos utilizados en operaciones de inteligencia militar; el primero contiene los lineamientos generales para el planeamiento y la ejecución de las operaciones especiales, las que por su naturaleza tienen el carácter de reservado; mientras que el segundo, establece los procedimientos de trabajo de los Equipos Básicos de Inteligencia. Estos instrumentos han sido reconocidos como documentos de uso y aplicación en el desarrollo de las actividades de inteligencia militar, por el Director de la DINTE, general EP Chirinos Chirinos (sesión 48); por el Jefe del SIE, general EP Silva Mendoza (sesión 32); por el Comandante General del COINDE, general EP Robles Espinoza; por el general EP Zeballos Portugal (folio 15868 y siguientes); por el general EP Rivero Lazo, también Director de la DINTE (sesión 39).

La defensa del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, no ha señalado en su recurso impugnatorio qué documentos de mayor jerarquía son los que deberían ser examinados en esta instancia; por tal razón, resulta imposible verificar la contradicción con otros documentos militares o de inteligencia. No obstante, se debe dejar expresamente establecido que dichos manuales de inteligencia militar constituyen prueba documental, pues su valor probatorio surge de su propio contenido, es decir, de la información que dichos materiales de instrucción militar contienen, aspecto que no ha sido cuestionado por la parte recurrente.

Igualmente es pertinente indicar que durante el desarrollo del presente proceso penal se han acompañado diversos documentos relacionados con la inteligencia militar, entre los cuales están la Directiva 017 CCFFAA-PE-DI de 1989, la misma que estableció que, para efectos operacionales, los frentes contrasubversivos dependían del Comando Conjunto de las FFAA; asimismo, dejó sentadas las bases para el desarrollo de los sistemas de inteligencia, tanto en el ámbito militar, como en el ámbito no militar; este documento deriva de la Ley de Inteligencia Nacional, aprobada por decreto legislativo N° 270, publicado el 11 de febrero de 1984, cuyo objetivo principal fue la de contribuir a la seguridad de la nación, mediante la defensa nacional. Además, la Directiva de Dominio N° 001-COFI-DOP/PLN, de 1 de enero de 1992, fecha posterior a los eventos criminales del denominado caso Barrios Altos, que reemplazó la anterior directiva y que tuvo como finalidad ejecutar el planeamiento, coordinación y conducción de las

operaciones militares del más alto nivel tendientes a erradicar las organizaciones terroristas, así como, contribuir en el restablecimiento del orden interno y la pacificación nacional; esta Directiva de Dominio complementaba la Directiva de Gobierno N° 003-91, emitida por Alberto Fujimori Fujimori, como Presidente de la República, mediante la cual fijó sus objetivos políticos, y proyectó los lineamientos generales para dicha pacificación.

Como puede advertirse de lo anteriormente expuesto, los Manuales del Ejército ME 38-20 y ME 38-23 no resultan contradictorios con las mencionadas Directivas, por el contrario, complementan las acciones del personal de inteligencia militar de los distintos institutos armados. Todo ello nos permite sustentar la desestimación de la pretensión impugnatoria del recurrente.

115.- También se ha postulado la valoración arbitraria de documentos y testimonios: "Discurso del General Hermoza"; "Plan Cipango"; "Entrevista a Santiago Martín Rivas por el periodista Jara"; "Directivas de Gobierno y de dominio militar".

Puede deducirse que este argumento, formulado por la defensa del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, pretende la exclusión de los mencionados documentos; sin embargo, estando al carácter de prueba documental que ellos tienen, su valor probatorio radica en el contenido de los mismos. Además, estas instrumentales, por sí solas, no han sustentado la decisión condenatoria del Tribunal, pues si bien es cierto, son parte del acervo probatorio que fundamentan la condena, también lo es, que se ha valorado de manera integral todos los elementos probatorios y órganos de prueba referidos en la sentencia impugnada, valoración que ha generado certeza de la responsabilidad penal de Fujimori Fujimori, en los eventos criminales sub-examine, durante su desempeño como Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú. La valoración realizada por el Tribunal se encuentra en armonía con el criterio de conciencia que la Constitución y la ley procesal faculta a los órganos jurisdiccionales, por tal motivo, debe desestimarse el argumento formulado.

116.- La parte recurrente ha formulado como causal de violación de la presunción de inocencia, la deficiente valoración de los documentos desclasificados de los Estados Unidos, porque no se ha considerado la ley penal aplicable para su apreciación por el lugar de producción del documento, y tampoco sus fuentes de información no identificadas.

En la misma línea del fundamento precedente, sostenemos que los documentos entregados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, tienen el carácter de prueba documental y, en consecuencia, su debate contradictorio se realizó en el juicio oral, con las garantías del derecho de defensa. El valor probatorio otorgado por el Tribunal a estos documentos se encuentra debidamente sustentado²⁶³,

²⁶³ Parágrafos 99° al 102° de la sentencia.

y en su valoración, se ha considerado los cuestionamientos que en el presente recurso de nulidad reitera la defensa del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, la misma que no ha aportado elementos de juicio distintos a los ya planteados en la etapa del juzgamiento y que fueron objeto de pronunciamiento por el Tribunal –pronunciamiento al cual nos adherimos–; consecuentemente, esta causal formulada por la defensa debe rechazarse.

El cuestionamiento a la valoración integral de la prueba

117.- La defensa también argumenta la violación de la presunción de inocencia porque: a) El Tribunal ha empleado para condenarlo, indicios contingentes pese a que el Ministerio Público no presentó conjuntamente el hecho básico, la norma de presunción y el hecho presunto, ni en la etapa de prueba, ni en el acusación, con protesta de la defensa; b) El Tribunal ha empleado para condenarlo, indicios contingentes a pesar de no haberse probado los hechos base; c) El Tribunal ha empleado para condenarlo, indicios contingentes, a pesar de no poderse establecer los hechos presuntos por la existencia de contra indicios; y d) Por la insuficiencia de los indicios contingentes que permitan probar que hubiera sido dirigente del aparato de poder que constituyó el Destacamento Colina y ordenado las agresiones producidas en “Barrios Altos” y la “Cantuta”.

Como se podrá apreciar, se trata de cuestionamientos genéricos sobre determinados aspectos de la prueba penal, en concreto, sobre la valoración integral de la misma –con referencia a la prueba indiciaria–, ámbito en la cual, el principio de presunción de inocencia, tiene especial relevancia. Al advertirse una explicación y justificación insuficiente en relación a los motivos invocados se procede al análisis, en conjunto, de la prueba valorada por el Tribunal que –a criterio de esta Fiscalía Suprema–, acredita la responsabilidad penal de Fujimori Fujimori, en los casos Barrios Altos y La Cantuta.

La prueba indiciaria

118.- A juicio de Mixan Mass, la prueba indiciaria es aquella actividad probatoria de naturaleza necesaria discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta²⁶⁴. La prueba indiciaria relaciona los conceptos de *hecho indicio*, como dato real, cierto, objetivo; y el *hecho consecuencia*, es decir, lo que permite descubrir o comprobar. Existe pues, como lo expresa Martínez Arrieta, “un hecho indicio acreditado por prueba directa, al que se asocia una regla de la ciencia, o una máxima de la experiencia o, incluso, una regla de sentido común. Esa asociación va a permitir la acreditación de un segundo hecho, hecho consecuencia, a través de un engarce que debe ser racional y lógico”²⁶⁵.

²⁶⁴ MIXAN MASS, Florencia. *Prueba indiciaria*, BLG, Trujillo, 1992, p. 18.

²⁶⁵ MARTINEZ ARRIETA, Andrés. *La prueba indiciaria*. En: AAVV. La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales - Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1993, p. 53.

Resulta necesario distinguir entre *prueba indiciaria* e *indicio*. La prueba indiciaria es una institución jurídico-procesal de naturaleza compleja, que comprende toda aquella actividad cognoscitiva e incluye entre sus componentes al indicio. El indicio es un concepto restringido de la prueba indiciaria, que se manifiesta a través de un dato cierto, real, conocido de carácter objetivo y que, como se ha dicho, forma parte del todo que, precisamente, es la prueba indiciaria. Entonces, no se pueden identificar, y menos superponerse, el indicio a la prueba indiciaria.

119.- El indicio –que proviene de la voz *indicium*–, es aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato, aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*²⁶⁶. Parte de la existencia de un hecho o fuente de prueba y la relación lógica entre ese hecho y el que se quiere demostrar. Se trata pues de todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y en general todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencias, al conocimiento de los otros hechos desconocidos. El elemento fundamental en la prueba indiciaria es el razonamiento lógico que consiste en deducir o inferir de un hecho probado otro que no lo está.

La doctrina reconoce determinadas clases de indicios, que se pueden clasificar en atención a ciertos elementos comunes. Así tenemos: *indicios generales* y *particulares*, dependiendo si se refiere a todo delito o alguno en particular; *indicio manifiesto, próximo y remoto*, si el indicio se encuentra en la escena del crimen, o expresa una relación no necesaria con el hecho indicado o cuando expresa alguna relación concomitante con el hecho o la persona del imputado o agraviado; *indicio concomitante, subsiguiente y antecedente*, cuando se acompaña un dato cierto, real al delito mismo, o cuando se manifiesta en la realización de un hecho posterior de un delito (planes de fuga, desaparición de huellas) o cuando los hechos evidencian hechos anteriores al delito (amenazas, adquisición de armas, etc.); *indicio por móvil*, por *capacidad*, por *predisposición*, por la *oportunidad* para delinquir, por su *capacidad intelectual* en los llamados delitos informáticos; o por la *circunstancia propia de soledad* entre el agresor sexual y la víctima; por las *huellas materiales* u objetivas que deja el agente del delito, o “tarjeta de presentación” del autor; también los indicios por las *manifestaciones anteriores y posteriores al delito*, referidas a la conducta del agente antes y después del delito.

Conviene indicar además que el *contraindicio* no es sino el hecho también indicador que ataca a los indicios y genera el cuestionamiento de los datos existentes. Con ellos se busca anular al indicio inicial, y puede ser ocasional o también preparado –llamado *coartada*–. En los casos de los contraindicios, existen dos datos indiciarios que se contraponen, por ejemplo, respecto del lugar o tiempo del delito y su relación con el imputado, puede existir un dato que indique que éste estuvo en un lugar y

²⁶⁶ MIXAN MASS, Florencio. Op. cit., p. 21.

tiempo distinto al que se le atribuye. Ante la presencia de contraindicios, la labor del juez adquiere singular importancia en la contrastación de los indicios con los demás elementos de prueba.

Los indicios presentan las siguientes características:

- i. El indicio debe quedar plenamente acreditado. Si bien la prueba del indicio necesariamente debe ser con prueba directa; no obstante, si partimos de la afirmación que la prueba por indicios es tan válida como la prueba directa –incluso se postula que en ciertos casos puede generar mayor credibilidad, pues ésta supone una actividad intelectual del juzgador la cual no esta presente en la prueba directa– no habría obstáculo razonable para afirmar que el indicio, a su vez, puede ser plenamente acreditado por prueba indirecta.
- ii. Los indicios deben ser sometidos a constante verificación para su acreditación y su capacidad deductiva; se busca evitar, en lo posible, la incidencia del azar y la posibilidad de su falsificación.
- iii. Los indicios deben ser independientes, a fin de evitar la utilización de un único indicio.
- iv. La pluralidad de indicios es importante para afirmar la certeza y evitar error en la apreciación de la prueba. En este sentido, se puede considerar determinados criterios relacionados con las circunstancias propias del delito, la actitud de los imputados y de sus propias declaraciones como: el móvil, la participación comisiva, de actitud sospechosa, de mala justificación, de capacidad comisiva; o de indicio de actitud oportuna.
- v. Los indicios deben ser concordantes entre sí de manera tal que permitan alcanzar una conclusión; si uno de ellos fuera distinto o divergente, la prueba indiciaria perderá su eficacia y posibilita la duda razonable.

120.- La prueba indiciaria tiene los siguientes elementos: a) *Un hecho indicador*, es aquel hecho o circunstancia que nos “indica” y que se convierte en el elemento predominante de la actividad probatoria, es la fuente de prueba. Es el indicio, que debe ser auténtico y debidamente probado; puede ser un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc.; asimismo, debe ser un dato cierto inequívoco e indivisible, contrario sensu, si el dato es de carácter dubitativo, incierto o el medio probatorio es incompleto o disminuido, no se le podrá considerar como dato indiciario y por lo tanto, la inferencia que se haga de la misma desnaturaliza

la prueba indiciaria²⁶⁷; b) *La relación o inferencia lógica*, constituye el razonamiento que se hace sobre el hecho indicador siguiendo las reglas de la lógica. Se analizan, se interpretan los indicios a efecto de llegar a conclusiones basadas en las reglas de la ciencia y de la experiencia. La inferencia que se realiza debe apoyarse en una ley general y constante, y permite, según la lógica de su razonamiento, pasar desde el estado de ignorancia, sobre la existencia de un hecho, hasta la certeza, superando los intermedios de duda y probabilidad; y c) *El hecho indicado*, se trata del otro hecho, es decir, aquel hecho que se pretende probar, que se quiere descubrir y al que se llega mediante el empleo de la inferencia.

El terrorismo y la nueva estrategia contra la subversión

121.- Es un hecho público que Alberto Fujimori Fujimori fue Presidente de la República, desde 1990 hasta el 21 de noviembre del 2000, fecha en que el Congreso de la República, mediante resolución legislativa N° 009-2000-CR, publicada el 22 de noviembre de 2000, declaró su permanente incapacidad moral y la vacancia de la Presidencia de la República, es pues, durante su mandato como Presidente de la República que se produjeron los hechos criminales de Barrios Altos y la Universidad Nacional de Educación La Cantuta.

Uno de los principales problemas que Fujimori Fujimori tuvo que enfrentar como Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, fue la subversión. Según el informe final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación Nacional²⁶⁸, la insurrección armada protagonizada por los grupos subversivos terroristas entre 1980 y 2000 fue la de mayor impacto sobre el territorio nacional, y la de más elevados costos humanos y económicos de nuestra historia republicana; también señaló el informe que fue entre 1989 y 1992 cuando el conflicto armado interno llegó a su punto más alto; según informe de la Organización de Estados Americanos (OEA) (folio 23861), desde el año de 1980 hasta el mes de julio de 1992, habían muerto en el Perú, por violencia política, 24250 personas, de las cuales 2044 pertenecían a las fuerzas de seguridad y 10171 eran civiles; por su lado, Amnistía Internacional, en su informe del año 1992, sobre la situación del Perú en relación con el conflicto interno (folio 24107), indicó que, según las noticias obtenidas principalmente de las fuerzas de seguridad y de la prensa y un informe de la Comisión Especial del Senado sobre la violencia, el Partido Comunista-Sendero Luminoso (PCP-SL) había asesinado a 1314 personas y el grupo terrorista Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA), a otras 139, en el año 1991.

122.- En esta situación que atravesaba el país sobre la magnitud del terrorismo, Fujimori Fujimori tomó la decisión política, desde su rol de Presidente de la República, de implementar una nueva estrategia que implicaba la implementación, junto a la lucha oficial, de lo que se ha venido a llamar *guerra sucia* contra la subversión, basada en la identificación, ubicación y eliminación de los delincuentes

²⁶⁷ MIXAN MASS, Florencio. Op. cit. pp. 21-22.

²⁶⁸ Tomo I, primera parte, capítulos I y III.

terroristas. El mismo condenado habla de una nueva política contra la subversión – parte de la cual, sostenemos, era la *guerra sucia* contra el terrorismo–; así en audiencia (sesión 7) señaló que era materia tratada en sus discursos presidenciales, incluso desde que asumió el poder en 1990, que su nueva política contra el terrorismo tenía como concepto clave la adhesión del pueblo, con el cual, sumado el apoyo del gobierno, se podría derrotar a la subversión –haciendo alusión a la acción coordinada de todos los sectores del Estado–.

Sin embargo, como bien lo justifica el Tribunal²⁶⁹, en el Manual del Ejército ME 41-7, del mes de junio de 1989, ya se señalaba la adhesión de la población como una condición de la lucha contra la subversión, por lo que, si a esta noción de lucha antisubversiva es a la que hacía alusión el sentenciado, era innecesario haberse hecho referencia a una nueva estrategia; por lo demás, en el mensaje a la nación de 7 de febrero de 1991 (video visualizado en la sesión 130)²⁷⁰, Fujimori Fujimori afirmó que en los años anteriores se había aplicado una errada estrategia y que la estrategia que él tenía contra la subversión no era inocua.

En el informe final de la Comisión de la Verdad y de la Reconciliación Nacional²⁷¹, se señaló que para combatir la subversión, se utilizaron métodos de extrema violencia y terror con una secuela de violaciones a los derechos humanos. Por su lado Amnistía Internacional, en sus informes de los años 1991, 1992 y 1993, sobre la situación del Perú en relación con el conflicto interno (folio 24102, folio 24107 y folio 24111), señala que las fuerzas de seguridad violaron los derechos humanos en todo el país, en el marco de la continua lucha contra los grupos alzados en armas, con total impunidad y que han sido justificadas como excesos ocasionales²⁷². El experto Carlos Iván Degregori Caso, miembro de la referida comisión, indicó (sesión 99) que el Estado peruano desarrolló un proyecto militarista y totalitario de características terroristas, y que fue el principal perpetrador de crímenes y violaciones de los derechos humanos.

123.- Esa nueva estrategia contra la subversión, que implicaba una respuesta radical, una *guerra sucia* contra los militantes terroristas, requirió del sentenciado Fujimori Fujimori que, como Presidente de la República, reestructurara el Sistema de Defensa Nacional²⁷³, priorizando el rol del sistema de inteligencia, en concreto del Servicio de Inteligencia Nacional –en el que fue colocado, como jefe real, Vladimiro Montesinos Torres– y reformulara a las Fuerzas Armadas, con el objeto de poner a la cabeza de la lucha antisubversiva en la estructura militar, subordinado únicamente al jefe Supremo de las Fuerzas Armadas –cargo que ostentaba el condenado– al Comandante General del Ejército, en cuyo cargo fue designado Nicolás de Bari Hermoza Ríos. La base normativa fueron los decretos legislativos números 743, 746 y

²⁶⁹ Véase fundamento 185° de la sentencia.

²⁷⁰ También obra a folio 41723, la copia de la publicación del referido mensaje, en el diario “El Peruano”, en su edición de 8 de febrero de 1991.

²⁷¹ Tomo I, primera parte, capítulo I.

²⁷² Véase fundamento 194° de la sentencia.

²⁷³ Véase fundamentos 125, 126 y 128 del presente dictamen.

752²⁷⁴ y si bien estos dispositivos legales fueron derogados o modificados por el Congreso, después del golpe de Estado del 5 de abril, recobraron vigencia.

En cuanto al rol del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA) en la lucha contra la subversión, conviene adelantar, que en el mismo mensaje a la nación de 7 de febrero de 1991, Fujimori Fujimori asignó resultados que se venían obteniendo contra el terrorismo –como la intervención de varios sospechosos– a la esforzada y efectiva labor de los servicios de inteligencia, y señaló, además, que el combate librado contra la subversión en los últimos diez años había sido un fracaso por el no uso preeminente del servicio de inteligencia y que el SIN había asumida la conducción del SINA.

Para poder controlar la política de *guerra sucia*, al Servicio de Inteligencia Nacional se le dio la capacidad de hacer inteligencia operativa. La inteligencia operativo, de acuerdo al diccionario de Términos Militares del Ministerio de Guerra, del año 1973 (incorporado a audiencia en la sesión 21), es la que proporciona información que será usada para satisfacer necesidades estratégicas y necesidades tácticas, y es la que puede ser usada por los Comandos respectivos en el planeamiento y ejecución de operaciones específicas en pequeña o gran escala.

El Servicio de Inteligencia Nacional fue modernizado, se le dotó de más personal, se incrementó su presupuesto, incluso se le dio un presupuesto especial, secreto e ilimitado, así lo declaró Rafael Merino Bartet, asesor del SIN (sesión 90); se colocó a Vladimiro Montesinos Torres como jefe real²⁷⁵, desde el cual controlaba la lucha contra la subversión. Fujimori Fujimori expresó (sesión 3) que el entonces asesor tenía como función principal, además de luchar contra el narcotráfico, enfrentar el terrorismo; asimismo, de acuerdo a una nota periodística del diario “El Peruano”, edición de 24 de junio de 1991 (folio 43787), el sentenciado anunció que el SIN –comandado por Montesinos Torres–, se encargaba de detectar, ubicar y detener a los líderes terroristas

Fujimori Fujimori también expresó (sesión 3) que Montesinos Torres era quien dirigía el funcionamiento del SIN pese a no ser su jefe oficial. En este sentido, Rafael Merino Bartet señaló en audiencia (sesión 90) que si bien el general EP Julio Salazar Monroe presidía las reuniones en el SIN, no las dirigía, sólo abría la sesión, mientras que Montesinos Torres era quien las manejaba, así como también realizaba los cambios de los mandos y de los grupos de inteligencia. Salazar Monroe manifestó (folio 30675) que Vladimiro Montesinos Torres manejaba incluso las partidas presupuestales, conocidas como Reserva I y Reserva II. El general PNP Jhon Caro, por su parte, indicó (sesión 11) que en junio o agosto de 1991, Montesinos Torres envió a Martín Rivas a su Despacho para que le entregara a los capturados Pardavé Trujillo y Valle Travesano con la finalidad de ser interrogados en el SIN.

²⁷⁴ Véase fundamento 133 del presente dictamen.

²⁷⁵ Véase fundamentos 129 y 132 del presente dictamen.

124.- El poder de Vladimiro Montesinos Torres, dentro del aparato de poder que conformara Fujimori Fujimori, era tal que reestructuró los mandos de las Fuerzas Armadas y Policiales con el fin de contar con oficiales leales a su servicio. En el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional²⁷⁶, se señala que más de trescientos oficiales fueron apartados del servicio en la Policía Nacional del Perú, además de los nombramientos de ministros y otras autoridades de la PNP y altos mandos de la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea²⁷⁷. En su instructiva rendida en la causa N° 32-2001 (folio 12080), Montesinos Torres señaló que el general EP Torres Aciego, quien fue nombrado Ministro de Defensa, trabajó con él en el año 1976, en el Comité de Asesoramiento del Primer Ministro Mercado Jarrín; además, en la testifical rendida en la causa N° 28-2001 (folios 34948), Montesinos Torres señaló que conoció al general EP Zegarra Delgado –Comandante General del Ejército hasta diciembre de 1990–, desde el año 1973. Por su lado, el coronel EP Silva Mendoza, jefe del SIE, en su manifestación policial (folio 2787), señaló que conoció al asesor del SIN en el año 1966, cuando laboraron en Arequipa, en el GAC-3 Tingo María, por espacio de 2 años. El general EP Robles Espinoza y el coronel EP Pino Benamú señalaron en audiencia, que los cargos más importantes en el organigrama del Ejército lo ocuparon finalmente los miembros de la promoción de Montesinos y del arma de artillería. Hasta los medios periodísticos dieron cuenta del poder de Montesinos: la revista “Caretas número 1121, de 13 de agosto de 1990, contiene el titular “Un nuevo Rasputín: convertido en eminencia gris del gobierno, el ex capitán Vladimiro Montesinos juega rol clave en la purga policial y otras intrigas”.

La nueva normativa del Sistema de Defensa Nacional

125.- Como se señaló precedentemente una de las normas que permitió implementar la nueva estrategia contra la subversión, fue el decreto legislativo número 743, Ley del Sistema de Defensa Nacional. Conforme a este, correspondía a dicho sistema –compuesto por un conjunto de normas, procedimientos y órganos–, promover un eficiente diseño e implementación de políticas y estrategias de defensa nacional idóneas y eficaces para mantener la seguridad de la Nación. El Presidente de la República preside el Sistema de Defensa Nacional y está integrado por el Comando Unificado de Pacificación, el Consejo de Defensa Nacional, el Sistema de Inteligencia Nacional, el Sistema Nacional de Defensa Civil, el Ministerio de Defensa, la Secretaría de la Defensa Nacional, y los Ministerios, Organismos Públicos y sus correspondientes Oficinas de Defensa Nacional, siendo el máximo órgano de decisión el Consejo de Defensa Nacional, que está bajo la presidencia del Presidente de la República, órgano que tenía como función: formular la política de conducción de Defensa Nacional. Asimismo, al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, le correspondía la ejecución del planteamiento, coordinación, preparación y conducción de las operaciones militares de más alto nivel en el frente externo e interno, y también estaba encargado de conducir las operaciones militares en caso de guerra y en los estados de excepción.

²⁷⁶ Tomo II, sección II, capítulo I, apartado I, punto 3.

²⁷⁷ Véase el fundamento 131 del presente dictamen.

Entre los años 1990 y 1992, la lucha contrasubversiva se siguió con la Directiva de Gobierno del Presidente Alan García y en base a esa directiva se emitió una nueva. La primera Directiva de Gobierno que dictó Fujimori Fujimori, fue la número 001-90-SG-MD/SDN –“Para el planeamiento estratégico de la Defensa Nacional”–, aprobada por decreto supremo número 066-90-MD/SDN, de 10 de diciembre de 1990, el cual desarrolla, principalmente: a) La defensa nacional en los Frentes Externo e Interno y su instrucción a los organismos del Sistema de Defensa Nacional, para el periodo 1990-1995, con la finalidad de preparar al país para enfrentar con éxito las amenazas internas o externas a la Seguridad Nacional; b) En el sector Defensa planteó que se disponga que el presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, ejerza el comando unificado de las acciones contrasubversivas en el campo militar; respecto de las acciones políticas en contrasubversión, ordenó se ejecuten operaciones de carácter sostenido en todo el territorio nacional para *eliminar* los elementos armados de las organizaciones subversivas y anular la actividad de sus órganos de apoyo –operaciones enmarcadas en el respeto de los deberes y derechos fundamentales de las personas–; c) En el sector interno asumió como hipótesis alcanzar la pacificación respetando los derechos humanos; d) En los objetivos y acciones de política a los organismos públicos y gobiernos regionales para la guerra y la contrasubversión encargó al Consejo Superior de Inteligencia –dirigido por el SIN–, desarrollar e integrar las actividades de inteligencia de todos los órganos componentes del SINA; e) Los organismos de acción debían efectuar por separado los planes para la Defensa Nacional para el frente externo y para la contrasubversión.

Posteriormente, el sentenciado acusado expidió la Directiva N° 003-91-MD/DN –“Para el planeamiento de la Defensa Nacional para la pacificación”–, aprobada por el decreto legislativo N° 751, de 12 de noviembre de 1991, al igual que la directiva anterior, subraya el interés del gobierno por la Defensa Nacional; en lo sustancial conviene indicar: a) Menciona términos como “neutralizar” y “eliminar” a los grupos subversivos que se nieguen a deponer las armas, entre otros; b) Señala que es necesario reestructurar el Sistema de Defensa Nacional, haciéndolo más dinámico, funcional e integral.

126.- La normativa del Sistema de Defensa Nacional consolidó su gran cambio no solamente con el decreto legislativo N° 743, Ley del Sistema de Defensa Nacional, sino también con el decreto legislativo N° 746, Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, ambos de 12 de noviembre de 1991. El principal aspecto del cambio fue que el SIN –dependiente directo del Presidente de la República– se erigió como el organismo central y rector del SINA. El jefe del SIN es la máxima autoridad del SINA, el mismo que es designado por el presidente de la República.

En esta estructura de poder que diseñó el sentenciado Fujimori Fujimori, se debe resaltar el interés que tuvo en designar a Vladimiro Montesinos Torres como el estratega del sistema de inteligencia y el llamado a canalizar las decisiones más importantes en el ámbito castrense, a fin de centralizar el poder militar en el sector de lucha contrasubversiva, todo ello funcional a sus intereses políticos. Esta afirmación, no

solo se desprende de la propia normativa, sino que, además, se encuentra corroborado con las declaraciones de Merino Bartet (sesión 90), Pino Benamú (sesión 35) y Jara Flores (sesión 41), en las que coinciden en referir que las funciones reales de Montesinos Torres era la conducción del SIN y un conjunto de actividades referidas al control del ámbito militar; Merino Bartet refirió también que la designación del general EP Salazar Monroe, a propuesta de Montesinos Torres, se debió a que no sabía nada de inteligencia y, por tanto, era funcional a sus propósitos de conducir el SIN; asimismo, el sentenciado Fujimori Fujimori (sesiones 2, 3 y 7), afirmó que desde un primer momento se pretendió designar a Montesinos Torres en un cargo jefatural; igualmente, debe citarse la resolución jefatural N° 135-91-SIN.01, de 31 de diciembre de 1991, Montesinos Torres recién fue formalmente designado a partir del 1 de enero de 1992, en el cargo de asesor II del Gabinete de Asesores del SIN, en la condición de *ad honorem*, designación que efectuada por el jefe del SIN, el mencionado general EP Salazar Monroe²⁷⁸.

La reestructuración y subordinación de las Fuerzas Armadas

127.- Alberto Fujimori Fujimori logró que el general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos tuviera poder en las operaciones militares contra la subversión y se encontrara también subordinado únicamente a él, en su calidad de Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, de tal manera que se posibilitara la ejecución de su política de *guerra sucia*, sin ninguna oposición. El propio Nicolás de Bari Hermoza Ríos en su libro "Fuerzas Armadas del Perú, Lecciones de este Siglo" sostiene: "[...] contando con la histórica decisión política del señor Presidente de la República, jefe supremo de las Fuerzas Armadas, diseñamos las nuevas estrategias, las tácticas y los planes operativos para enfrentar este fenómeno, cuyas características en la hora más decisiva [...] fue descrita por [...] el Presidente de la República, Vladimiro Montesinos Torres y quien escribe estas notas [...]".

El 19 de diciembre de 1991, Nicolás de Bari Hermoza Ríos fue nombrado Comandante General del Ejército; el 1 de enero de 1992 fue designado Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas; y el 12 de noviembre de 1991, con la emisión de decreto legislativo N° 743, se le encargó la jefatura del Comando Operativo del Frente Interno, en su condición de Presidente del CCFFAA. De esta manera el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas se reestructuró; hasta antes de 1991 era responsable del planeamiento y coordinación de las operaciones militares conjuntas, en el más alto nivel, pero a partir de la dación del mencionado decreto legislativo, se le encargó no sólo del planeamiento y coordinación, sino, además, la preparación y conducción de las operaciones militares del más alto nivel, en el frente externo y en el frente interno, cuanto de asesorar al Ministro de Defensa en el campo militar, en asuntos referidos a la Defensa Nacional; de acuerdo al referido decreto legislativo, las acciones de las Fuerzas Armadas, para salvaguardar la seguridad nacional, como la lucha contra el terrorismo, estaba sujeta, entre otras, a las directivas sobre pacificación

²⁷⁸ Véase fundamento 129, segundo párrafo, del presente dictamen.

dictadas por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, a través del Comando Operativo del Frente Interno (COFI), jefaturado por el Presidente del Comando Conjunto, Nicolás de Bari Hermoza Ríos. A partir, también, de la dación del decreto legislativo N° 743 y a través de la jefatura del COFI –conforme a la Directiva de Dominio N° 001-COFI-DOP/PLN (folio 37455)–, Nicolás de Bari Hermoza Ríos asumió la lucha contra el terrorismo; de acuerdo a lo declarado por el general EP Salazar Monroe (sesión 50), se formó el COFI dentro del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas para que se dedique exclusivamente al Frente Interno, siendo éste el primer eslabón del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas en el planeamiento y conducción de las operaciones militares a nivel nacional.

128.- El general del aire Arnaldo Velarde Ramírez, Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas en el año 1991, precisó (sesión 52), que con el decreto legislativo N° 440, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas era un colegiado, tomándose las decisiones por acuerdo de los tres comandantes generales, en este sentido, también se pronuncia el general EP Villanueva Valdivia (sesión 78); sin embargo, a partir de la dación del decreto legislativo N° 743, refiere Velarde Ramírez, se reemplazó el comando colegiado por uno de naturaleza personal, que recayó en Nicolás de Bari Hermoza Ríos, nombrado por el Presidente de la República.

Por otro lado, con el Decreto Legislativo N° 743, se reestructuró al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, de tal manera que el Presidente del Comando Conjunto pasó a ser miembro del Consejo de Defensa Nacional –presidido por el Presidente de la República– y el órgano del más alto nivel del Sistema de Defensa Nacional, como lo era con el decreto ley N° 22653 del año 1979, antes de ser modificado por el decreto legislativo N° 435. Es decir, con todos los cargos que ostentaba y la reestructuración del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Nicolás de Bari Hermoza Ríos quedó el sólo al mando de la lucha contra la subversión, sometido, únicamente, a Alberto Fujimori Fujimori.

Del mismo modo, el decreto Legislativo N° 743, modificó la Presidencia del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas –hasta entonces ejercida en forma rotativa por cada uno de los comandantes generales de las Fuerzas Armadas, por períodos improrrogables de un año, conforme a lo estipulado en el decreto legislativo N° 440, Ley Orgánica del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas– y pasó a ser un cargo de confianza, cuya designación correspondía al Presidente de la República, de entre los comandantes generales de los institutos armados, sin límite de tiempo.

Además, a partir del decreto legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, los comandantes generales de los institutos armados no pasarían a situación de retiro ya sea por límite de edad o cumplimiento de servicio mientras ocuparan el indicado empleo. Con esta norma se aseguró de la permanencia del general EP Nicolás Bari Hermoza, en la dirección militar, al menos formalmente, de la lucha contrasubversiva: permaneció en el cargo de

Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas por el periodo de 6 años, desde 1992, hasta agosto de 1998.

En el caso de la inteligencia esta quedó concentrada en el SIN, a cargo de Montesinos Torres²⁷⁹, subordinado, igualmente, al Presidente de la República. Hasta antes de la vigencia del decreto legislativo N° 743, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas producía la inteligencia estratégica para las actividades de Defensa Nacional en el campo militar; sin embargo, con el mencionado dispositivo legal –y de conformidad además con lo preceptuado por el decreto legislativo 746, Ley del Sistema de Inteligencia Nacional–, se concentró en el SIN la inteligencia, a éste se le encargó realizar inteligencia a nivel nacional, de dominio y operativa, de producir, integrar, dirigir, coordinar, controlar y realizar la inteligencia producida en los campos político, económico, psicosocial y militar para el Presidente de la República, así como, desarrollar acciones de inteligencia operativa frente a los diversos factores de perturbación que afectan la Seguridad y la Defensa Nacional; es decir, el SIN asumió las funciones de la Segunda División del Estado Mayor del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (Segunda División del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas – DIEMFA), que era el órgano de mayor jerarquía en el Sistema de Inteligencia de las Fuerzas Armadas y la encargada de la inteligencia militar²⁸⁰.

Vladimiro Montesinos Torres jefe real del Servicio de Inteligencia Nacional y representante del Presidente de la República

129.- Pese a los antecedentes que tenía Vladimiro Montesinos Torres, el entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, le asignó el puesto de asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional; desde esta posición Montesinos Torres asumió un rol preponderante no solamente en el nombramiento de los altos puestos militares y policiales, sino además, en las políticas públicas, de inteligencia y seguridad que adoptaría el sentenciado, de quien fue representante directo por aquiescencia del mismo Fujimori.

De la misma versión del condenado (sesión 2) se desprende que, en un primer momento Fujimori Fujimori pensó en nombrar a Montesinos Torres como Jefe del SIN, pero desistió de ello ante la observación que le hiciera Hurtado Millar –entonces Presidente del Consejo de Ministros–, por lo que, optó por nombrarlo como asesor del SIN. En un inicial periodo –1990 y 1991–, la permanencia de Montesinos Torres en el SIN fue absolutamente informal; recién con la resolución jefatural N° 135-91-SIN.01, de fecha 31 de diciembre de 1991, firmada por el general EP Julio Salazar Monroe, jefe formal del SIN (folio 46601) se le nombró Asesor II del Gabinete de Asesores del SIN, además en condición de Ad-Honorem.

²⁷⁹ Véase el posterior fundamento 129 del presente dictamen.

²⁸⁰ Véase el artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Sistema de Inteligencia Nacional

En el SIN, con Vladimiro Montesinos Torres a la cabeza, se gestó la lucha clandestina o ilegal a través del desarrollo de Operaciones Especiales de Inteligencia, autorizadas por Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, director del Sistema de Inteligencia y del Consejo de Defensa Nacional. Fue Montesinos Torres, quien coordinó la ejecución de los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta, con la autorización del condenado, única persona a la que se encontraba subordinado.

130.- Escapa de todo razonamiento lógico, sobre todo si se tiene en cuenta el rol que cumplió Montesinos Torres dentro del aparato del Estado –el mismo que ha quedado plenamente demostrado– que el condenado no haya indagado sobre su persona y por ende, haber desconocido los antecedentes de Montesinos Torres²⁸¹.

Vladimiro Montesinos Torres fue objeto de múltiples cuestionamientos, algunos públicos, otros en reserva, pese a lo cual Fujimori Fujimori lo mantuvo en el SIN, desde donde dirigía, bajo sus órdenes, la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico. Así, existen elementos como: 1) La Nota Informativa N° 001-SIE, del 13 de julio de 1990 (folio 39327), que resalta una sentencia dictada contra Montesinos Torres por los delitos de falsedad y desobediencia militar, así como la denuncia por traición a la patria que, incluso, puso en duda su lealtad al país; 2) La revista “Caretas”, edición de 13 de agosto de 1990 (folio 40569) sindicó a Montesinos Torres como el “rasputín” del régimen e indicó que en 1976 fue acusado de falsedad y desobediencia y que era un peligro para la seguridad nacional; 3) El documento desclasificado 1990 LIMA 12513, de agosto de 1990, de la Embajada de Estados Unidos del Perú, dirigido a la Secretaría de Estado en Washington (folio 54648), en el que se señaló que la prensa seguía acusando al ex capitán –refiriéndose a Montesinos Torres– de sus lazos con los narcotraficantes y su excesivo alcance del poder; 4) El diario “Gestión”, de 2 de diciembre de 1992 (folio 52649), que hizo alusión a la denuncia de Máximo San Román cuando presentó un documento que involucraba a Montesinos Torres en los hechos de Barrios Altos; 5) El diario “La Nación”, de fecha 8 de mayo de 1993 (folio 42445), refirió que cada día que transcurría era más crítico para Montesinos Torres por las acusaciones en su contra y su soterrada permanencia frente al SIN; 6) El diario “La República”, en su edición de 17 de septiembre de 2000 (folio 40572), hizo un recuento de los cuestionamientos a Montesinos Torres refiriendo: “Fujimori siempre defendió a Montesinos contra viento y marea”; se hizo alusión a que Montesinos Torres fue denunciado por el narcotraficante Demetrio Chávez Peñaherrera de haberle pagado cincuenta mil dólares mensuales para que lo deje operar y se cuestionó sus cuentas millonarias. Además, el ex-Senador San Román Cáceres señaló (sesión 88) que entregó personalmente a Fujimori Fujimori la Hoja Informativa N° 001-SIE, en el que se resaltó una sentencia dictada contra Montesinos Torres por los delitos de falsedad y

²⁸¹ El condenado señaló (sesión 3) que para 1990 desconocía de los antecedentes de Montesinos Torres, enterándose recién en 1996 o 1997, a través de comentarios, que éste había juzgado en el fuero privativo; sin embargo, en otra oportunidad (sesión 2) reconoció que leyó los comentarios de la revista “Caretas” que cuestionaban a Montesinos, pero que esto no era óbice para designarlo, pues le inspiró confianza.

desobediencia militar, así como la denuncia por traición a la patria y ponía en duda su lealtad al país.

131.- Respecto al nombramiento de los altos puestos militares y policiales, se resalta que desde 1990, Montesinos Torres propuso y ubicó a hombres de confianza en el gobierno y las Fuerzas Armadas, siendo sus propuestas aceptadas por Fujimori Fujimori. El coronel EP Silva Mendoza, Jefe del SIE y, en su momento, sub-Director de la DINTE- señaló (sesión 32) que en el mes de noviembre de 1990 fue llevado a la casa de Montesinos Torres por el coronel EP Pinto Cárdenas, Jefe del SIE, ocasión en que le indicó que lo iba a proponer para que fuera Jefe del SIE, lo que efectivamente sucedió a la semana o a los diez días siguientes; por su lado, el condenado señaló (sesión 3) que Montesinos Torres recomendó como Director General de la Policía Nacional del Perú al general PNP Adolfo Cuba y Escobedo; que también le recomendó a los generales EP Alvarado Furnier y Torres Aciego, a quienes nombró como Ministro del Interior y Ministro de Defensa, respectivamente; en coherencia con el razonamiento del Tribunal²⁸², resulta por demás extraño que se nombrara como Ministro del Interior a un general del Ejército, explicándose ello si se concibe que así esta institución castrense asumía el control de la Policía Nacional, con lo cual se aseguró el total control sobre el manejo del orden interno y la seguridad pública.

Sobre el posicionamiento de Montesinos Torres da cuenta Merino Bartet en su declaración prestada en el juicio oral (sesión 90), en la que señaló que cuando ya se había producido la primera vuelta electoral Montesinos Torres se había vinculado con el general EP Díaz Zevallos. Ante la comisión investigadora del Congreso (folios 42624), señaló que en los primeros años del gobierno de Fujimori Fujimori, solo existía una relación de subordinación de Montesinos hacia el Presidente, pero que después ambos compartían las decisiones relacionadas con el país e incluso muchas decisiones se generaron el SIN a través del entonces asesor, que ni siquiera fueron consultadas con el Presidente de la República.

Asimismo, el periodista Gorriti Ellenbogen señaló (sesión 9), que luego de la primera vuelta electoral de 1990, tomó conocimiento de la relación existente entre Vladimiro Montesinos Torres y Alberto Fujimori Fujimori; igualmente, que conocía de los antecedentes de este asesor, pues fue objeto de investigación periodística, todo lo cual le permitió concluir que la estrategia Montesinos Torres fue convertirse en asesor de personas que estuviesen lo suficientemente preparadas para asumir un cargo; Señala también el periodista, ante la comisión investigadora del Congreso (folio 17095) que el coronel EP Córdova Rivera, Jefe del SIE hasta julio de 1990, salió del cargo el 28 de julio de 1990, porque difundió los antecedentes de Montesinos Torres. Esta última circunstancia se informó en la revista "Caretas" número 121, de 13 de agosto de 1990 (folio 40569), en la que se resalta el pase al retiro del citado oficial EP, por ser un crítico del entonces asesor del SIN y objetar del poder de decisión que había adquiridos en aspectos militares, policiales y políticas.

²⁸² Ver párrafo 630°.2 de la sentencia.

132.- Del mismo modo, conviene resaltar lo afirmado por el ex-senador y ex-primer vicepresidente, San Román Cáceres, cuando expone que Montesinos Torres era la persona que se encargaba de la parte operativa en la designación de los mandos de las Fuerzas Armadas e Inteligencia y era el verdadero jefe del SIN.

Merino Bartet también señaló (sesión 90) que pese a que el general EP Salazar Monroe era el Jefe del SIN, nunca despachó con él, sino con Montesinos Torres y que, del mismo modo, los directores despachaban con esta persona; indicó que Montesinos siempre afirmó ser el asesor presidencial y tener el encargo presidencial de realizar gestiones políticas y militares al interior del SIN; también resaltó que entre el Fujimori y Montesinos siempre existió “una canal de inteligencia”.

El coronel PNP Jiménez Baca en el juicio oral (sesión 89) manifestó que a partir del 5 de febrero de 1991, fue encargado de las coordinaciones entre el GEIN y el SIN, y que en tal condición daba cuenta a Montesinos Torres; señaló que en las reuniones de la comunidad de inteligencia, participaba el ex-asesor, a quien se le temía por su enorme poder que tenía.

Similarmente, el coronel EP Pino Benamú (sesión 35) afirmó que Montesinos Torres fue el vocero de las Fuerzas Armadas ante el Presidente de la República y que dicha persona tuvo un rol protagónico, que se consolidó a partir del año 1991, cuando asumió el control de toda la estructura de inteligencia del país y se convirtió en el jefe real del SIN.

El general EP Robles Espinoza manifestó en el juicio oral (sesión 57) que en la designación de los organismos que conformaron el Sistema de Inteligencia Nacional, en lugar de imponerse una lealtad y sumisión al Comandante General del Ejército o a la institución, se impuso una fidelidad a Montesinos Torres, quien era el jefe real del SIN y mandaba en toda la institución.

Del mismo modo, Huertas Caballero, quien se desempeñó como asesor jurídico del SIN, expresó (sesión 13) que partir del año 1992, dependía funcional y administrativamente de Montesinos Torres, a quien le deba cuenta de los trabajos realizados, pues éste era el jefe real del SIN y dictaba órdenes verbales.

El general Hermoza Ríos manifestó que en el año 1991, tomó conocimiento que Vladimiro Montesinos Torres trabajaba en la Alta Dirección del SIN y era asesor del Presidente de la República, y que esta persona conducía las actividades de dicha institución de inteligencia. Asimismo, en su declaración ante la comisión investigadora del Congreso (folios 212), precisó que el propio sentenciado Fujimori le presentó a Montesinos Torres como su representante ante el Ministerio del Interior y como interlocutor válido en los temas relacionados a defensa; que esta calidad atribuida por el Presidente al entonces asesor, le permitió revisar todas las resoluciones antes de su suscripción final.

El Director Ejecutivo de la Dirección de Informática del SIN, Roberto Huamán Azcurra indicó ante la sub-comisión investigadora del Congreso (folio 57048), que cumplía órdenes de Vladimiro Montesinos Torres, toda vez que él era el jefe del SIN y actuaba por orden del Presidente de la República; agrega, que el general EP Salazar Monroe solamente aparecía, orgánicamente, como jefe de esta institución.

Por su parte, el periodista Jara Flores expresó que el mayor EP Santiago Martín Rivas le manifestó (sesión 41) que en el año 1991, Vladimiro Montesinos Torres fue el asesor del Presidente de la República y que, en los hechos, era el jefe real del SIN y el nexo entre el Ejército y el Presidente de la República, pues todo lo que se decidía, era revisado por el referido asesor; señala que como ejemplo del poder que ostentaba Montesinos Torres, ordenó traer a Martín Rivas, desde Colombia para que trabajara en los temas relacionados con la implementación de la llamada guerra de baja intensidad, quien incluso, no se entrevistó con el jefe formal del SIN –Salazar Monroe–, sino con el asesor Montesinos Torres.

La centralización del sistema de inteligencia en el SIN

133.- Cuando Alberto Fujimori Fujimori asume la Presidencia de la República se encontraba vigente el decreto legislativo N° 270, Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), y el decreto legislativo N° 271, Ley del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN); esta regulación fue modificada con una serie de normas emitidas por el Poder Ejecutivo, en mérito a la ley N° 25327, de 3 de junio de 1991, que le delegó facultades sobre esta materia, así se dictó el decreto legislativo N° 743, Ley del Sistema de Defensa Nacional, por la que se creó una nueva estructura de defensa y se dispuso que los comandantes generales de las instituciones castrenses y el Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (CCFFAA) fueran nombrados directamente por el Presidente de la República; asimismo, creó el Comando Operativo del Frente Interno (COFI), que tenía como jefe al Presidente del CCFFAA e integrado por un Estado Mayor, conformado por miembros de las FFAA y de la Policía Nacional. Asimismo, emitió el decreto legislativo N° 746, Ley del Sistema Nacional de Inteligencia, por el cual se otorgó amplios poderes al Servicio de Inteligencia Nacional y se le erigió como el organismo central y rector de dicho sistema, cuya función fue producir, integrar, dirigir, coordinar, controlar y realizar a nivel nacional, en los niveles de dominio o de campo y operativo, las actividades de inteligencia y contrainteligencia requeridas por la Seguridad Nacional y la Defensa Nacional; del mismo modo, esta norma establecía que el SIN dependía directamente del Presidente de la República. Por último, se emitió el decreto legislativo N° 749, por el que se amplió las prerrogativas de los Comandos Políticos Militares en las zonas de emergencia y entregó al Comando Político Militar, facultades para conducir las acciones de desarrollo económico, financiero, bienes y servicios.

Esta normativa permitió la concentración del poder del todo el sistema de inteligencia en una sola institución, el Servicio de Inteligencia Nacional, pero, en

concreto, en una sola persona: Vladimiro Montesinos Torres, subordinado a la vez de Alberto Fujimori Fujimori, a quien le rendía cuentas personalmente. Asimismo, este marco legal, como lo acotó el coronel EP Pino Benabú y Merino Bartet (sesiones 35 y 90), generó un canal de dependencia de los órganos de inteligencia del Ejército (DINTE y SIE) a las decisiones de SIN. Señala, a este respecto, el general Robles Espinoza (sesión 59), que el decreto legislativo N° 746, autorizó al SIN, realizar todos los tipos de inteligencia que antes no podía realizar, como por ejemplo, inteligencia estratégica, inteligencia operativa y operaciones encubiertas de inteligencia; que lo dispuesto por esta norma comenzó a implementarse al inicio del régimen de Fujimori Fujimori, a través de Montesinos Torres; agrega, que la defenestración del Jefe del SIE, coronel EP Córdova Rivera, por haber investigado los antecedentes del entonces asesor, la colocación en ese puesto del coronel EP Silva Mendoza, a instancias de Montesinos Torres, la destitución del almirante Panizo, el nombramiento del general EP Hermoza Ríos, como Comandante General del Ejército y la designación de Salazar Monroe, como jefe del SIE, significó el control del Ejército y de los aparatos de inteligencia.

A la concentración de poder por parte de Montesinos Torres, el dominio de las instituciones castrenses, su activa participación como representante personal del Presidente de la República, ante las reuniones del Ministerio de defensa y la CCFFAA, y por ende, vocero oficial de Fujimori Fujimori, se suma también la asignación de recursos materiales y económicos, que fueron entregados, por disposición del propio sentenciado, a Montesinos Torres, así lo corrobora el general EP Salazar Monroe, cuando precisó que, por orden de Fujimori, se le entregó al asesor las partidas presupuestales Reserva I y Reserva II, de las que rendía cuenta –como de otros aspectos ya anotados–, directamente al Presidente de la República.

Todos estos datos confirman que la lucha contra la subversión, especialmente algunas de las llamadas Operaciones Especiales de Inteligencia (OEI)²⁸³, se planificó y ejecutó desde el Servicio de Inteligencia Nacional, y, por ende, desde aquí se consolidó un aparato organizado de poder, cuyo órgano ejecutor fue el Destacamento Especial denominado Colina²⁸⁴.

La DINTE y su participación en los hechos de Barrios Altos y La Cantuta

134.- La DINTE, conforme a la Directiva Única para el funcionamiento del Sistema de Inteligencia del Ejército (DUFSIDE), fue el órgano del Estado Mayor General del Ejército encargado de producir inteligencia para el Comando del Ejército; específicamente, conforme al Reglamento de Organización y Funciones del Ejército (ROF), estaba adscrito al referido Estado Mayor y se encargaba de asesorar al Comandante General de esta institución castrense, producir y difundir inteligencia,

²⁸³ Sobre las OEI, véase el fundamento 142 del presente dictamen.

²⁸⁴ Respecto a este aparato organizado de poder y el DESTO Colina, véase los fundamentos 139 al 143 del presente dictamen.

dirigir las actividades de inteligencia y contrainteligencia, administrar al personal auxiliar de inteligencia, y recomendar las políticas de inteligencia y contrainteligencia.

Existió una estrecha relación entre la DINTE y el SIN a tal punto que su entonces director, general EP Rivero Lazo, además de despachar con el jefe de Estado Mayor y el Comandante General del Ejército, lo hacía con Vladimiro Montesinos Torres. Sobre esta relación, refiere el general EP Salazar Monroe (sesiones 66 y 69), al indicar que en el SIN se reunía con todos los directores, entre los que se encontraba el general EP Rivero Lazo, director de la DINTE y que Servicio de Inteligencia Nacional recibía información de la DINTE a través del canal de inteligencia. Igualmente –en su declaración prestada ante el Quinto Juzgado Penal de Lima (folio 3075)–, señaló que el mencionado general, Director de la DINTE, llegaba constantemente al SIN, por requerimiento de Montesinos Torres.

Similarmente, el general EP Rivero Lazo afirmó (sesión 39) que toda la información obtenida era comunicada, por el canal de inteligencia, y que el SIN era el coordinador de todos los sistemas de inteligencia.

El coronel EP Pino Benamú, subdirector del Frente Interno de la DINTE en 1991, precisó (sesión 35) que el Director de la DINTE distribuía notas de inteligencia, hacia el Comandante General del Ejército, los otros institutos de las FFAA y la Policía Nacional, y al SIN, pues éste era parte del SINA; que a partir de 1991, se centralizó toda la información de las direcciones de inteligencia de los institutos armados en el Servicio de Inteligencia Nacional, el mismo que ejercía control por medio de reuniones periódicas que tenían los directores de inteligencia con Montesinos Torres; agrega, que el mismo sistema de inteligencia sabía que las reuniones eran dirigidas por el mencionado asesor.

El sub-Director del Frente Interno de la DINTE en 1992, coronel EP Navarro Pérez, manifestó (sesión 31) que quincenal o mensualmente, redactaba un documento con la información sobre la situación subversiva, política, económica y de otros ámbitos del país, la misma que era remitida a conocimiento de la Comandancia del Ejército y con orden de remitirla al SIN, al Comando Conjunto de la Fuerzas Armadas, a la Secretaría de defensa nacional y a los otros institutos armados.

Por último, el coronel EP Silva Mendoza, Jefe del SIE en 1991, expresó (sesión 32) que efectivamente, con cierta frecuencia se realizaban reuniones en el SIN, para tratar temas de inteligencia, en especial sobre el ámbito subversivo, a las que asistía el Director de la DINTE, general EP Rivero Lazo.

135.- Esta vinculación entre el SIN y la DINTE pone en evidencia la participación de esta última institución en los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, ejecutados por el DESTO Colina, cuya Jefatura de Operación, precisamente, fue la DINTE, incluso, existen versiones que dan contundencia a esta conclusión. Así coronel EP Pino Benamú, manifestó (sesión 35) que cuando el Director de la DINTE, general

EP Rivero Lazo, tomó conocimiento de los acontecimientos de Barrios Altos, convocó al día siguiente, a los coroneles de esta dependencia, entre los que se encontraba el propio declarante; que en esta reunión Rivero Lazo, solicitó apoyo para salir del problema; acotó que dicho suceso sobrepasó las capacidades del general EP Rivero Lazo, por lo que buscó ayuda en sus colaboradores, no solamente por lo expresado por él, sino porque era evidente que los autores del hecho eran los integrantes del grupo operativo de inteligencia que comandaba el coronel EP Rodríguez Zabalbeascoa; indicó que en aquella reunión, el coronel EP Silva Mendoza, Jefe del SIE, le manifestó al general EP Rivero Lazo, que el problema era de él porque se había hecho cargo de esa gente, por lo que no tenía nada que ver en este asunto; que el coronel EP Rivero Lazo, ante la manifestación de Silva Mendoza, no le contestó puesto se encontraba abrumado; indica que era de conocimiento en el sistema de inteligencia las actividades del denominado DESTO Colina en el mencionado caso Barrios Altos; agrega que estuvo presente cuando el general EP Rivero Lazo, les manifestó que Montesinos Torres, refiriéndose al grupo Colina, había proporcionado los recursos, pero que no había obtenido resultados. Asimismo, en su declaración testimonial (folio 5876) refirió haber tomado conocimiento, antes del suceso de Barrios Altos, de la llamada de atención que hizo el general EP Rivero Lazo al comandante EP Rodríguez Zabalbeascoa y al capitán EP Martín Rivas por la carencia de resultados y que en esa oportunidad, les dijo que Montesinos Torres estaba exigiendo efectividad.

Asimismo, el coronel EP Silva Mendoza señaló (sesión 32) que se entrevistó con el general EP Rivero Lazo al día siguiente de su llegada de los Estados Unidos, luego del suceso de Barrios Altos y que en esa reunión le dijo lo que había sucedido, tratando de indagar si tuvo o no conocimiento del mismo; que, nuevamente, en el día posterior, se volvió a reunir con Rivero Lazo y ante su insistencia, éste le manifestó textualmente: *"mira compadre lo que hace la mano izquierda no debe saber la mano derecha"*; que entendió que la *"mano derecha"* era el general EP Rivero Lazo y él era la *"mano izquierda"*.

Respecto al caso La Cantuta, conviene señalar la declaración testimonial del general EP Pérez Documet (folio 7790); en esta detalló que el 18 de julio de 1992, el Comandante General del Ejército, general EP Hermoza Ríos, lo llamó por teléfono y le ordenó que apoye al general EP Rivero Lazo, Director de la DINTE, para que, a su vez, prestara el concurso del teniente EP Portella Núñez; indica que el mayor EP, Martín Rivas concurrió a su Despacho, aproximadamente, a las siete de la noche, le manifestó que llegaba de parte del general EP Rivero Lazo y le explicó que necesitaban al referido teniente EP Portella Núñez, toda vez que había servido en la base de Acción Cívica de la Universidad La Cantuta y tenía que reconocer a ciertas personas, que serían interrogadas; que ante este pedido, ordenó que el teniente prestara el apoyo correspondiente; refiere que, al día siguiente, se le informó que el citado mayor EP Martín Rivas había sacado a estudiantes y un profesor de la Universidad y les había dado muerte; que, posteriormente, el general EP Rivero Lazo, le solicitó que retirase al teniente EP Portella Núñez del Batallón 39, donde prestaba servicios, y lo tuviera cerca de su Despacho, ya que era necesario instruirlo sobre lo que contestaría respecto a los

hechos del 18 de julio de 1992; que a este pedido le respondió al general Rivero Lazo, que si quería instruirlo, debía pedir el destaque del teniente EP Portella a la DINTE; que luego, de esta respuesta, al día siguiente, fue citado por el general EP Hermoza Ríos, quien le increpó su falta de colaboración, a lo cual le contestó –el declarante– que siempre había colaborado, pero que no podía comprometerse en los hechos de La Cantuta, lo que molestó a Hermoza Ríos.

El destacamento especial de inteligencia Colina

136.- De la revisión y análisis de lo actuado y conforme a lo ya señalado²⁸⁵, se determina que el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, ante los reiterados actos terroristas que asolaban la nación durante la década de los años 80, y la imposibilidad de actuar de manera enérgica contra este flagelo por falta de normas legales adecuadas, se organizó al interior del Ejército, con dirección desde la más alta investidura de la República, una estrategia político-militar paralela a la pública, cuya finalidad primaria fue el exterminio del terrorismo, para ello se instauró una lucha clandestina o ilegal, denominada *de baja intensidad o guerra sucia*, la misma que fue ejecutada, por un grupo de oficiales del Ejército dedicados a labores de inteligencia militar, en su mayoría, los que pasaron a formar el denominado Destacamento Especial de Inteligencia COLINA (DESTO Colina).

La creación de este grupo de inteligencia, ajeno a las normas legales y castrenses que regulaban la actividad militar pública, tuvieron como antecedentes de su constitución, dos acontecimientos concretos: a) la formación del denominado Grupo de Análisis; y, b) la reunión del Alto Mando del Ejército Peruano en su Comandancia General.

La formación del denominado Grupo de Análisis

137.- Como ya se ha reseñado, después que el general EP Rivero Lazo se hiciera cargo de la DINTE a instancias de la Jefatura del SIN –bajo el control de facto de Vladimiro Montesinos Torres– dispuso la formación de un Grupo de Análisis encargado de la revisión y examen de documentación que tenía en su poder el GEIN de la DIRCOTE, este hecho se encuentra demostrado con las declaraciones del citado general EP (sesión 39), quien mencionó que este grupo fue puesto a disposición del SIN; las del coronel EP Pino Benamú (sesión 35), Sub-Director del Frente Interno de la DINTE, quien expresó que tuvo conocimiento de la labor que desempeñaba el citado grupo de análisis a fines de 1991, cuando se le ordenó supervisar el trabajo de análisis de la documentación y que, por su experiencia y análisis, concluyó que la formación de dicho equipo fue por orden del SIN; asimismo, se valora la declaración de Rodríguez Zabalbeascoa (sesión 73 de la causa 28-2001), cuando afirmó que desde el 15 de enero de 1991 y hasta el 30 de agosto del mismo año, se destacó un grupo de oficiales a la DIRCOTE, de los cuales era su jefe, para realizar el análisis de diversos

²⁸⁵ Véase fundamentos 121 al 124 del presente dictamen.

documentos, dando cuenta de su labor, a su jefe directo, coronel EP Silva Mendoza, como Jefe del SIE, y al Director de la DINTE, general EP Rivero Lazo, además, por el canal de inteligencia, informaba al Jefe del SIN, general EP Julio Salazar Monroe.

A estas declaraciones se deben agregar, las de los generales PNP Adolfo Cuba y Escobedo, Director General de la PNP (sesión 11), Héctor Jhon Caro, Director de la DIRCOTE (sesión 11), Marco Miyashiro Arashiro, Jefe del GEIN (sesión 11), Fernando Ketin Vidal Herrera, sub-Director de la DIRCOTE (sesión 63), el coronel PNP Benedicto Jimenez Baca, oficial de enlace entre la DIRCOTE y el SIN (sesión 89); todos ellos en funciones durante el año 1991, quienes dieron cuenta de las labores de análisis de documentos que efectuaba el Grupo de Análisis de las Fuerzas Armadas en la DIRCOTE. Por otro lado, Julio Salazar Monroe, Jefe del SIN (sesión 70), reconoció que el Grupo de Análisis estuvo bajo su coordinación, y trabajó en la DINCOTE hasta junio de 1991, mes en el que el Presidente los felicitó reconociendo su labor.

Como se advierte de lo declarado por el Jefe de este Grupo de Análisis, Rodríguez Zabalbeascoa, la labor de este conjunto de miembros de las Fuerzas Armadas se ejecutó desde el mes de enero al mes de agosto de 1991; y, con relación a sus integrantes, se infiere del memorándum, de fecha 25 de junio de 1991, remitido por el Presidente de la República al Ministro de Defensa (copia certificada de folio 20866), que se dispuso se les hiciera llegar el reconocimiento presidencial por la labor desempeñada²⁸⁶, a los oficiales superiores del Ejército Peruano: teniente coronel Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, teniente coronel Roberto Paúcar Carbajal, teniente coronel Luis Cubas Portal, teniente coronel Alberto Pinto Cárdenas y mayor Roberto Huamán Azcurra; asimismo, a los oficiales subalternos del Ejército Peruano: capitán Santiago Martín Rivas, capitán Carlos Pichilingue Guevara y capitán Ronald Robles Córdova; y el oficial subalterno de la Armada Peruana: teniente primero Antonio Ríos Rodríguez; igualmente, para el personal técnico del Ejército Peruano: técnico tercera AIE Marcos Flores Alvan; incluso, en un posterior memorandum presidencial (copia certificada de folio 581), el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, en ejercicio de su atribución constitucional como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, ordenó al Ministro de Defensa que el reconocimiento presidencial acotado, otorgado a todos los oficiales superiores y oficiales subalternos del Ejército Peruano antes mencionados, sirva para efectos de ser considerado en el proceso de ascensos respectivo; el mismo documento suscrito por el Fujimori Fujimori, señaló textualmente que dichos oficiales participaron en exitosas operaciones especiales de inteligencia, las que habrían posibilitado avances en la lucha contrasubversiva.

Al culminar su trabajo en la DIRCOTE, por órdenes de Julio Salazar Monroe, los integrantes del Grupo de Análisis fueron enviados a Las Palmas; el trabajo de este dio origen a la elaboración de un Texto de Inteligencia Estratégica sobre el PCP-SL, el cual

²⁸⁶ El mencionado reconocimiento presidencial indicaba que las personas mencionadas en dicho documento estaban *“prestando eficientes servicios en materia de Seguridad Nacional y defensa de los altos valores de la Democracia, trabajos que son de gran utilidad para el Sistema de Inteligencia Nacional”*

tuvo dos etapas: un Texto Original Inicial (TOI), que se preparó en junio de 1991, y luego un Texto Oficial Final (TOF), que concluyó en noviembre del mismo año; estos datos proporcionados por Rodríguez Zabalbeascoa se complementan con la versión del capitán EP Pichilingue Guevara, quien señaló (sesión 28) que los primeros meses de 1991 le ordenaron integrar un equipo de análisis destinado a estudiar la parte estratégica del PCP-SL, en base a la documentación que había sido incautada por la DIRCOTE, con la finalidad de elaborar un documento de análisis estratégico para la guerra contrasubversiva, el mismo que se preparó en dos momentos, el primero que se trabajó en la DINCOTE, y el segundo que se continuó en el galpón de la Escuela de Inteligencia de Las Palmas; en el mismo sentido, se expresó Santiago Martin Rivas (sesión 29), sin embargo, éste precisó que luego de la exposición del TOI ante el alto mando del Ejército, su misión terminó en noviembre de 1991.

La reunión con el alto mando del Ejército

138.- Según lo confirman Rodríguez Zabalbeascoa, Santiago Martin Rivas (sesión 29) y Pichilingue Guevara (sesión 28), culminados los trabajos de análisis de documentos en las instalaciones del GEIN, se elaboró el primer documento de análisis estratégico -TOI-, el cual fue expuesto por Santiago Martin Rivas en la Comandancia General del Ejército, ante el Jefe del Estado Mayor, los generales de las grandes unidades de Lima y algunos generales de provincias; como resultado de esa reunión, se ordenó la ampliación del citado documento para, posteriormente, ser difundido al resto de las FFAA; este último documento -TOF- se concluyó a fines de 1991.

Esta reunión en la Comandancia General del Ejército, así como su finalidad, ha sido reconocida por el general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos, quien refirió (sesión 79) que estuvieron presentes el Comandante General del Ejército, general EP Villanueva Valdivia, además de los Comandantes Generales de Región, Generales de División y algunos Generales de Estado Mayor y de Brigada; según su parecer, la exposición del oficial EP Martin Rivas fue muy buena pues les presentó información actualizada del PCP-SL; asimismo, el coronel EP Navarro Pérez manifestó (sesión 31) que el teniente coronel EP Furnier, le comunicó a su Jefe, coronel EP Pino Benamú, que se realizaría una reunión con el alto mando del Ejército y todos los generales de la institución, en la que expondrían sobre el PCP-SL y el MRTA; sin embargo, posteriormente, se les indicó que sólo expondría Martin Rivas sobre PCP-SL; agregó haber advertido que el general EP Rivero Lazo mostraba una especial deferencia con éste último.

El TOI, bajo el nombre: "Esquema Estratégico – Táctico para enfrentar el PCP-SL en los aspectos político, ideológico – Septiembre de 1991" (folios 40363/40375), estructuraba la lucha contrasubversiva en dos fases: la primera, referida a la formación de Destacamentos Especiales de Inteligencia para la búsqueda de información de carácter secreto o cerrado, de manera que las operaciones contrasubversivas minimicen el costo social; y, la segunda, comprendía la ejecución de operaciones contrasubversivas para el caso concreto, de naturaleza clandestina o abierta, las que

se desarrollarían en el campo como en la ciudad. El radio de acción para esta fase tiene correspondencia con el denominado Plan Cipango (folio 8262).

El origen del destacamento especial de inteligencia Colina

139.- Se ha indicado que, una vez culminado el trabajo del Grupo de Análisis en la sede de la DIRCOTE, todos ellos fueron reubicados en el galpón de mantenimiento del SIE en Las Palmas, esto es, desde julio de 1991; casi simultáneamente, el general de Brigada Juan Rivero Lazo, en su calidad de Jefe de la DINTE, con fecha 22 de agosto de 1991, remitió el memorándum N° 5775-B-4.a/DINTE (folio 6943) al Jefe del SIE, coronel EP Silva Mendoza, en el que le ordenó disponer la presencia de personal para el 23 de agosto de 1991 en el galpón de mantenimiento, el mismo que estaría bajo el comando del teniente coronel EP Rodríguez Zabalbeascoa, igualmente, ordenaba la entrega de armamento y munición, como pistolas HK P-5, pistolas HK P-7, granadas y cartuchos de 9 mm, mobiliario, como escritorios, sillas, colchones, almohadas, ropero, máquinas de escribir y sus mesitas y un archivador metálico; además de equipos diversos, como cámaras fotográficas, teleobjetivos, radios Walkie Talkie, cargador de baterías, bolsas de dormir, visor nocturno, marrocas y mamelucos. Las anotaciones en manuscrito que se observa en dicha instrumental han sido reconocidas como suyas por el coronel EP Silva Mendoza, Jefe del SIE (sesión 32); esta comunicación se instituye como el documento fuente de la formación del denominado Destacamento Especial de Inteligencia Colina, cuyo Jefe Operativo, en la práctica, fue el mayor EP Santiago Martín Rivas; y el cargo de oficial administrativo recayó en el mayor EP Pichilingue Guevara.

Con el memorándum N° 5776 b-4.a/dinte/02.38, de 22 de agosto de 1991 (folio 7016), y los oficios N° 5910-B-4.a.2/02.38, de 27 de agosto de 1991 (folio 6889), N° 6002 B-4.a.2/02.38, de 3 de septiembre de 1991 (folio 6886), N° 6141 B-4.a.2/02.38, de 4 de septiembre de 1991 (folio 8317), N° 6340 B-4.a.2/02.38, de 18 de septiembre de 1991 (folio 8318), N° 6351 B-4.a.2/02.38, de 19 de septiembre de 1991, N° 6142 B-4.a.2/02.38, de 6 de septiembre de 1991 (folio 6888), y N° 5851/SIE/5a/02.38, de 11 de septiembre de 1991 (folio 6887), se corrobora el destaque de agentes de Inteligencia Operativa (AIO), al galpón de mantenimiento del SIE, de manera gradual, bajo las órdenes del Teniente Coronel EP Rodríguez Zabalbeascoa; según el siguiente detalle:

El primer grupo, incorporado el 23 de agosto de 1991, estuvo integrado por:

1. Tco. Guillermo Suppo Sánchez
2. SO1 Nelson Carbajal García
3. SO1 Artemio Arce Janampa
4. SO1 Hugo Coral Goycochea
5. SO1 José Alarcón Gonzáles
6. SO2 Carlos Caballero Zegarra
7. SO2 José Gamarra Mamani

8. SO2 Carlos Salazar Correa
9. SO3 Jorge Bennites León (Yarlequé)

El segundo grupo, incorporados el 22 de agosto y 4 de septiembre de 1991, estuvo integrado por:

10. Tco.3 AIO Juan Pampa Quilla
11. SO1 AIO Julio Chuqui Aguirre
12. SO1 AIO Pablo Atúncar Cama
13. SO2 AIO José Tena Jacinto
14. SO2 AIO Edgar Cubas Zapata
15. SO2 AIO Cesar Alvarado Salinas
16. SO2 AIO Rolando Meneses Montes de Oca
17. SO2 AIO Iván Muñoz Solano
18. Chofer Gabriel Vera Navarrete
19. SO3 AIO Víctor Lara Arias
20. SO3 AIO Juan Vargas Ochochoque
21. SO3 AIO Juan Paquillauri Huaytalla
22. SO3 AIO Rosa Ruiz Ríos
23. SO3 AIO Mariela Barreto Riofano
24. SO3 AIO Estela Cárdenas Díaz

El tercer grupo, incorporado entre el 18 y 19 de septiembre de 1991, estuvo integrado por:

25. SO3 AIO Pedro Santillán Galdós
26. SO3 AIO Aidee Magda Terrazas Arroyo
27. SO3 AIO Mari Luz Aguirre Medrano (Shirley Rojas Castro)
28. SO3 AIO Luz Iris Chumpitaz Mendoza
29. SO3 AIO Víctor Manuel Hinojosa Soplá

El cuarto grupo estuvo conformado por:

30. AIO Hércules Gómez Casanova
31. SO Yarleque Ordinola
32. SO Angel Arturo Pino Díaz
33. SO Jorge Enrique Ortiz Mantas
34. SO Angel Felipe Sauñe Pomaya
35. SO Fernando Lecca Esquen

Por otro lado, se advierte de las declaraciones de los agentes de inteligencia, integrantes del DESTO Colina, Flores Alvan (sesión 15), Suppo Sánchez (sesión 17), Paquillauri Huaytalla (sesión 21) y Hinojosa Soplá (sesión 22), que dicho grupo operativo tenía asignada como instalación militar para sus entrenamientos militares, un inmueble ubicado en la playa La Tiza, que era de uso exclusivo de oficiales del Ejército.

Misión del destacamento de inteligencia Colina

140.- Muchos de estos agentes de inteligencia operativa, como Alarcón Gonzáles (sesión 16), Suppo Sánchez (sesión 17), Chuqui Aguirre (sesión 18), Sauñe Pomaya (sesión 19), Lecca Esquén (sesión 21), Paquillauri Huaytalla (sesión 21), Gamarra Mamani (sesión 24), Coral Goycochea (sesión 25), Sosa Saavedra (sesiones 85 y 86), refirieron, indistintamente, que fueron destacados desde sus unidades militares a las instalaciones del SIE en Las Palmas, para conformar un destacamento, cuya misión principal sería la de buscar información, identificar, ubicar y, eventualmente, detener probables elementos subversivos; que, posteriormente, tomaron conocimiento que se trataba del destacamento Colina y que fueron recibidos, en primera instancia, por Martín Rivas; que después de los sucesos de Barrios Altos, se dieron cuenta que la misión básica del DESTO Colina fue la realización de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales de presuntos delincuentes terroristas, así lo manifiestan los AIO Alarcón Gonzáles, Suppo Sánchez, Chuqui Aguirre, Sauñe Pomaya, Lecca Esquén, Ortiz Manta (sesión 22), Coral Goycochea, Sosa Saavedra (sesión 85) y Tena Jacinto (sesión 16), éste último manifestó que luego de Barrios Altos, entendió que la misión del destacamento no sólo era buscar información, pero que no pudo salirse porque indirectamente le decían que sólo muerto se salía del grupo.

Con relación al DESTO Colina, el AIO Marcos Flores Alvan (sesión 15), señaló que el denominado Plan de Operaciones Cipango (folios 8262/8269), preparado luego de la redacción del Manual de Inteligencia Estratégica -TOI-, fue transcrito por su persona conforme al dictado de Martín Rivas, y que fue luego de su aprobación, se fueron incorporando progresivamente los agentes que se encargarían de su ejecución: estos datos son coherentes, si examinamos las fechas de los documentos de rotación de personal antes referidos; máxime, el periodista Umberto Jara Flores (sesión 42) indicó que cuando entrevistó a Martín Rivas, éste le indicó que él armó el plan Cipango, cumpliendo de esa forma con su misión para ir adelante en la lucha contra el PCP-SL; que inclusive, le comentó que la denominación "*Cipango*" fue una forma de halagar al Presidente de aquel entonces, el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, por haber dado la orden de iniciar la guerra de baja intensidad, ya que dicha palabra fue la denominación que Marco Polo le dio al antiguo Japón (sesión 41); es este sentido, el coronel EP Silva Mendoza, Jefe del SIE (sesión 32) mencionó que el memorando 5775-B-4.a/DINTE (folio 6943) guarda estrecha relación con el denominado plan Cipango.

Dependencia funcional de destacamento Colina

141.- Considerando que el destacamento de inteligencia Colina, se originó con posterioridad a la aprobación del denominado plan Cipango²⁸⁷, como se ha relatado anteriormente, se colige que su estructura jerárquica, entendiendo que era el grupo

²⁸⁷ Véase fundamento 138 del presente dictamen.

ejecutor de las acciones militares planificadas como consecuencia de la guerra de baja intensidad dispuesta desde la más alta investidura del país, se encuentra establecida en el anexo 1 del citado plan operativo de inteligencia (folio 8266), de la siguiente manera:

Jefe de Operación: General de Brigada Juan Rivero Lazo (Jefe de la DINTE)

Oficial de Control: Teniente Coronel Fernando Rodríguez Zabalbeascoa (Pertenece al SIE)

Oficiales del Caso: Capitán Enrique Martín Rivas y capitán Carlos Pichilingue Guevara

Además se establecía la existencia de 25 agentes, distribuidos en 3 zonas de acción que se denominaron redes; así tenemos que:

La RED 1 (Huacho), a cargo de Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, que estaba conformado por 7 agentes;

La RED 2 (Huaral), a cargo de Carlos Pichilingue Guevara, que estaba integrada por 8 agentes y

La RED 3 (Lima), a cargo de Enrique Martín Rivas, que contaba con 10 agentes.

A lo anterior se debe agregar que la injerencia institucional de la DINTE y el SIE en la asignación y remoción de los agentes que integraban el DESTO Colina, se hace evidente en los memorandos que obran a folios 6990, 6991, 6992 y 6994; asimismo, el conocimiento de las actividades del destacamento, por parte de Vladimiro Montesinos Torres, como jefe de facto del SIN, era evidente, toda vez que de conformidad con las normas legales que regulaban el Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), el SIN había asumido el control directivo de todas las acciones con ese fin, este hecho evidente, además, se encuentra corroborado con lo manifestado por Benedicto Jiménez Baca (sesión 89) y Antonio Ketín Vidal (sesión 65), quienes señalaron que del conjunto de actividades referentes al control de la subversión había que darle cuenta de manera personal a Montesinos Torres.

Igualmente, conviene destacar el almuerzo efectuado en la Comandancia General del Ejército, el 27 de junio de 1991, al que fueron invitados los miembros del DESTO Colina, puesto que en aquella oportunidad el general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos les expresó su reconocimiento por la labor de inteligencia que realizaban, y tuvo una especial mención al trabajo desarrollado por Martín Rivas, así fluye del documento que obra a folio 8270/8274, cuyo contenido fue grabado y transcrito por el agente Flores Alvan (sesión 15). Este encuentro significó un respaldo a la labor que desempeñaban, teniendo en consideración que era el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y Jefe del Comando Operativo del Frente Interno.

Como se puede inferir de lo anterior, las actividades de este Destacamento no eran ajenas a los altos mandos del Ejército, ni al Servicio de Inteligencia Nacional, y por ende, tampoco al Presidente de la República²⁸⁸, cargo ejercido por el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, pues éste era quien presidía el Sistema de Defensa Nacional.

Las operaciones especiales de inteligencia y el régimen interno del destacamento de inteligencia Colina

142.- Resulta claro de lo actuado que las acciones del DESTO Colina, se ejecutaron como Operaciones Especiales de Inteligencia, las mismas que conforme al Manual del Ejército ME 38-20, al que nos referiremos más adelante, son definidas como "operaciones de carácter especial y secreto para alcanzar objetivos específicos importantes en aspectos de inteligencia y contrainteligencia con lo finalidad de obtener información y/o causar daños al adversario"²⁸⁹; para ello, señala el mismo documento en su artículo 6.a, sección II, se pueden emplear Unidades de Fuerzas Especiales o Agentes integrando redes de inteligencia, categoría en la cual se encuentran los miembros del denominado grupo Colina.

De la revisión de lo actuado, se infiere que las disposiciones castrenses que sustentaron las acciones del DESTO Colina, se encontraban, primordialmente, regidas en cuatro textos oficiales que constituyen doctrina del Ejército, por la información que contienen, estos son:

- i. El Manual de Operaciones Especiales de Inteligencia y Contrainteligencia / ME 38-20 (fs. 15883), que contiene los lineamientos generales para el planeamiento y ejecución de estas operaciones militares a nivel del Sistema de Inteligencia del Ejército, tanto en la Guerra Convencional como en la Guerra No Convencional²⁹⁰; asimismo, establece que el planeamiento y ejecución de las Operaciones Especiales de Inteligencia (OEI) están a cargo del SIN, que se constituye en el nivel máximo de planeamiento y decisión; igualmente, señala como órgano central o patrocinador a la DINTE; en tanto que el órgano de ejecución es el SIE²⁹¹. De igual modo, en su artículo 5 indica que la función de inteligencia no sólo se centra en la búsqueda u obtención de información, también, permiten que estas operaciones de inteligencia pueden ser orientadas a causar daño al adversario; por otro lado, también regula la organización y define los tipos de OEI²⁹²; así como define el concepto de Equipos Básicos de Inteligencia, como una unidad elemental constituida por personal

²⁸⁸ Sobre esto, también véase el fundamento 132 del presente dictamen.

²⁸⁹ Artículo 4º inciso g) del Manual ME 38-20.

²⁹⁰ Artículo 3º inciso a) del Manual ME 38-20.

²⁹¹ Artículo 41 del Manual ME 38-20.

²⁹² Artículo 23 del Manual ME 38-20.

técnico y el material necesario para su ejecución de una misión específica de inteligencia y contra inteligencia.

- ii. El Manual de Equipos Básicos / ME 38-23 –de carácter Secreto– (obra anexo al principal), reitera y confirma lo señalado por el Manual ME 38-20, respecto de los equipos básicos de inteligencia; sin embargo, su importancia radica en que constituye un instrumento normativo a través del cual los órganos del Sistema de Inteligencia del Ejército pueden comandar y administrar los mencionados equipos básicos de inteligencia²⁹³ en casos de guerra convencional y no convencional, también utilizable en el campo de inteligencia militar; asimismo, como se desprende de sus artículos 31 y 32, los equipos de contrasubversión y contraterrorismo tienen como misión no sólo prevenir, detectar, localizar e identificar, sino también neutralizar y/o eliminar personas, redes u organizaciones que realizan actividades contra la seguridad militar.
- iii. El Manual ME 41-7 Guerra No Convencional Contrasubversion – documento ofrecido por la parte civil en la sesión 119–. Su objeto, según su artículo 1, fue establecer los procedimientos para el planeamiento y conducción de las operaciones de la defensa interior del territorio; y su finalidad fue servir de guía a los diferentes comandoS y Estados Mayores con el fin de uniformar los procedimientos. Este Manual fue promovido por el general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos –así lo reconoció en la sesión 82–, cuando era Comandante General del Comando de Doctrina e Instrucción del Ejército (COINDE). En este documento, se señalan como objetivos de la lucha contrasubversión: a) mantener la adhesión de la población, o recuperarla en caso de haberla perdido; y, b) neutralizar o destruir a los elementos subversivos, para lo cual se requiere que los organismos encargados de llevar a cabo la contrasubversión realicen acciones tendientes a la “eliminación” de las contradicciones existentes en los diferentes campos de la actividad humana.
- iv. La Directiva Única de Funcionamiento del Sistema de Inteligencia del Ejército – DUFSIDE (folio 43411 y siguientes). Es un documento que norma y especifica las responsabilidades de todos los miembros que laboran en el Sistema de Inteligencia del Ejército; así también lo ha precisado el coronel EP Pino Benamú (sesión 35). La misma directiva establece que el planeamiento y ejecución de las OEI sólo serán autorizadas por el SIE, cuya puesta en ejecución requiere necesariamente la aprobación de la DINTE.

²⁹³ Artículo 1 inciso c), sección I, capítulo Generalidades del Manual ME 38-23.

De lo anterior, se concluye que los citados documentos delimitaban las Operaciones Especiales de Inteligencia (OEI), que fueron ejecutadas por el DESTO Colina, tanto para conformar el equipo de inteligencia, así como para regular sus actividades y lógica interna; esta normatividad fue utilizada para el planeamiento y ejecución de las OEI de Barrios Altos y La Cantuta, las mismas que conforme a las declaraciones de los agentes de inteligencia intervinientes en cada ocasión, corroboraron que fueron dirigidas por Martín Rivas y ejecutadas por el DESTO Colina, contando con la aprobación de los niveles superiores inmediatos, entendiéndose SIE, por Rodríguez Zabalbeascoa y la DINTE, a cargo del general EP Rivero Lazo. Es de especial importancia, valorar lo señalado por el sentenciado Fujimori Fujimori (sesión 5), cuando manifestó que Montesinos Torres se erigió en el eje central en la lucha contra el Terrorismo, así como se caracterizó por su rol de coordinador del servicio o sistema de inteligencia (sesión 7).

La injerencia y conocimiento de Vladimiro Montesinos Torres en las Operaciones Especiales de Inteligencia del DESTO Colina, era directa, a decir del agente de Inteligencia Chuqui Aguirre (sesión 18), cuando mencionó que Montesinos Torres participó en la evaluación de los objetivos del destacamento, pues así se los hizo saber el capitán EP Martín Rivas, quien siempre se entrevistaba con Montesinos; asimismo, el agente Flores Alvan (sesión 15) expresó que el ex-asesor, en alguna oportunidad, les indicó que tenían las puertas abiertas para cualquier necesidad que tuvieran.

143.- Todas estas circunstancias, no hacen sino concluir que Alberto Fujimori Fujimori, como Presidente de la República, en aquella época, estuvo al tanto de lo sucedido, así como de la propia gestación de la operación, si tenemos en cuenta que como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, y máxima autoridad del Sistema de Defensa Nacional, el SIN, bajo su directa dependencia, dirigido de facto por Vladimiro Montesinos Torres, le daba cuenta directamente de toda la actividad de inteligencia que se efectuara.

Incluso el agente Paquiyauri Huaytalla, miembro del Destacamento Colina, señaló (sesión 21) que Martín Rivas le dijo que el Presidente estaba molesto por la muerte del niño en la operación de Barrios Altos; del mismo modo, Martín Rivas al ser entrevistado por el periodista Jara Flores (video N° 1 visualizado en la sesión 30) precisó que las operaciones de Barrios Altos y La Cantuta fueron una decisión política del Presidente de la República y su asesor. Precisamente, en este video se aprecia a Martín Rivas, jefe operativo del DESTO Colina, señalar que sólo una decisión del más alto órgano del Estado podría apoyar la realización de aniquilamiento de terroristas; que por ello, eliminaron extrajudicialmente a presuntos subversivos el 3 de noviembre de 1991, en el jirón Huanta, pues eran infiltrados del PCP-SL, bajo la cubierta de heladeros; que la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de los alumnos y profesor de la Universidad La Cantuta fue la réplica del atentado a la calle Tarata, ya que por información de inteligencia se sabía que los participantes de ese ataque estarían en dicha Universidad.

A este respecto, el periodista Jara Flores señaló (sesión 41) sobre los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, que Martín Rivas le dijo, que su ejecución no fue una decisión autónoma, aislada, del DESTO Colina, sino que se trató de una política de Estado, ordenada desde bien arriba, es decir, del Presidente de la República.

Hechos posteriores al caso Barrios Altos

144.- A lo expuesto precedentemente, conviene anotar otros datos incriminatorios contra Alberto Fujimori Fujimori, de hechos posteriores a los sucesos de Barrios y La Cantuta.

Posterior a la comisión del delito del 3 de noviembre de 1991 en la Calle Huanta N° 840 – Barrios Altos, el Estado –especialmente las FFAA– tomó la opción de negar, cuestionar o rebatir las informaciones que emitía la prensa en el sentido de hallar los posibles responsables del crimen efectuado, como producto de sus averiguaciones. Asimismo, los resultados de las investigaciones oficiales –en el senado, en la PNP, en la DIRCOTE (Dirección contra Terrorismo) y en Décimo Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima²⁹⁴– que se realizaron, por diversos motivos, no llegaron a alguna conclusión final.

La investigación judicial se inició el 18 de abril de 1995. Por su parte, el proceso del fuero militar del caso Barrios Altos, se inició con auto de apertura de instrucción del 5 de septiembre de 1994 (folio 2058). En virtud del proceso iniciado en la jurisdicción penal ordinaria, a solicitud del fiscal de la Sala de Guerra, el día 28 de abril de 1995, la Vocalía de Instrucción del CSJM promovió contienda de competencia; a partir de ese momento los militares citados se negaron a concurrir al Juzgado Penal por considerarlo incompetente. El fuero militar, en resolución de 6 de julio de 1995 (folio 2579), resolvió sobreseer la causa a favor del general EP Julio Salazar Monroe, mayor EP Santiago Martín Rivas, mayor EP Carlos Eliseo Pichilingue Guevara, suboficiales EP Pedro Guillermo Suppo Sánchez, Julio Chuqui Aguirre, Hugo Coral Goycochea, Jesús Antonio Sosa Saavedra, Nelson Rogelio Carbajal García, Wilmer Yarleque Ordinola, Jhony Berrios Rojas y Silvia Ibarra Espinoza, por la presunta comisión de los delitos de asesinato, en agravio Alfonso Rodas Alvitres y otros; y de los delitos de negligencia y contra la administración de justicia en agravio del Estado. Como fundamento, sostuvo que se acreditó el delito, pero no a los responsables; esta resolución de sobreseimiento fue confirmada por resolución de fecha 26 de julio de 1995 (folio 2587), emitida por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, de forma tal que se clausuró definitivamente el proceso penal militar

Por parte del Ejército, las indagaciones e informes acerca de los posibles partícipes en los hechos de Barrios Altos merecieron una respuesta negativa. Todos sus estamentos negaron la existencia de planes operativos e informes de inteligencia, y

²⁹⁴ Véase parágrafo 595° de la sentencia.

no aportaron datos sólidos acerca de lo sucedido y de la intervención de personal de inteligencia militar en el crimen.

Un año después del suceso, el 7 de diciembre de mil 1992, la revista "SI" publicó un artículo bajo el título: "*Sociedad para el crimen*" (folio 41229), en el que mencionó dos datos importantes: a) la Nota de Inteligencia (presentada por Máximo San Román en la sesión 88) que indicaba la responsabilidad del asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, quien habría participado en la formación del DESTO Colina y que actuaría en clandestinidad, como también de autoridades militares, tales como el ministro de Defensa, general EP Víctor Malca, quien en 1991 fue Ministro del Interior, el general EP José Valdivia Dueñas, Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas-, el general EP Luis Salazar Monroe, Comandante General de la Segunda Región Militar, el general EP Manuel Obando Salas, el general EP Rivero Lazo, Director de la DINTE, el teniente coronel EP Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, jefe de los agentes de inteligencia de trabajos especiales, y otros altos militares; y b) la versión de un oficial de inteligencia del Ejército que cuenta lo ocurrido en Barrios Altos. Posteriormente los periodistas que publicaron las Notas de Inteligencia e Información de Agente fueron objeto de persecución judicial²⁹⁵.

Hechos posteriores al caso La Cantuta

145.- Las Fuerzas Armadas, a través del Consejo Supremo de Justicia Militar, consiguieron, con la intervención del Gobierno constituido, hacerse de la competencia para el juzgamiento de los hechos perpetrados el 18 de julio de 1992, a tal efecto, se dictó la Ley de Competencia. El proyecto de ley de la referida norma fue propuesta el 7 de febrero de 1994 y fue aprobado ese mismo día. La ley aprobada N° 2629 se publicó el 10 de febrero de 1994 y se promulgó inmediatamente para resolver la contienda de competencia que tenía pendiente la Sala Penal de la Corte Suprema en el caso de Cantuta. La Ley estableció que era suficiente el voto de sólo tres magistrados para derivar la causa a la jurisdicción militar; así, el 11 de febrero de 1994, en aplicación de dicha norma, mediante ejecutoria suprema, la Sala Penal de la Corte Suprema se dispuso que la investigación relativa a los hechos del caso La Cantuta fuera derivada a la justicia militar.

La declaración de culpabilidad, en el fuero militar, se circunscribió a los ejecutores materiales y se negó o clausuró la imputación –o posibilidad de hacerlo– a los altos mandos o altas instancias del Estado. El proceso penal, en el fuero militar, empezó el 16 de abril de 1993 –auto de apertura de instrucción (folio 4070)– y concluyó el 21 de febrero de 1994 (folio 2620), con el siguiente resultado: condenó al general EP Juan Rivero Lazo, al coronel EP Federico Augusto Navarro Pérez y al capitán EP José Adolfo Velarde Astete, por el delito de negligencia, a cinco, cuatro y un año de prisión, respectivamente; a los mayores EP Santiago Enrique Martín Rivas y Carlos Eliseo Pichilingue Guevara, como autores del delito de abuso de autoridad, secuestro,

²⁹⁵ Véase parágrafo 600° de la sentencia.

desaparición forzada de personas y asesinato en agravio del profesor Hugo Muñoz Sánchez y los nueve estudiantes, a la pena de veinte años de prisión; a los suboficiales EP Pedro Guillermo Suppo Sánchez, Julio Chuqui Aguirre, Nelson Rogelio Carbajal García y Jesús Antonio Sosa Saavedra, como autores de los delitos de abuso de autoridad, secuestro, desaparición forzada de personas, contra la administración de justicia y asesinato en agravio del profesor y estudiantes antes mencionados, a la pena de quince años de prisión; asimismo, la sentencia absolvió a los imputados de algunos cargos: al general EP Juan Rivero Lazo, al coronel EP Federico Augusto Navarro Pérez, a los capitanes EP José Adolfo Velarde Astete y Manuel Leoncio Guzmán Calderón, de los delitos de secuestro, contra la Administración de Justicia, desaparición forzada de personas, abuso de autoridad, asesinato y negligencia contra el último de los nombrados, por improbados; a los mayores EP Santiago Enrique Martín Rivas y Carlos Eliseo Pichilingue Guevara, de los delitos contra la Administración de Justicia por improbados; y, a los suboficiales Pedro Guillermo Supo Sánchez, Julio Chuqui Aguirre, Nelson Rogelio Carbajal García y Jesús Antonio Sosa Saavedra, del delito de negligencia por improbados. La aludida sentencia fue confirmada, en parte, el 3 de mayo de 1994 (folio 2662), por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Los condenados en ese proceso luego fueron amnistiados por la ley número 26479, Ley de Amnistía, que fue promulgada el 14 de junio de 1995, por el entonces Presidente Alberto Fujimori Fujimori. La amnistía se concibió después del proceso abierto en la jurisdicción militar, permitiendo que los condenados por los hechos de La Cantuta salieran libres el 16 de junio de 1995 –dos días después de la publicación de la ley–. El Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante ejecutoria suprema de 16 de junio de 1995 (folio 4750), reconoció la amnistía, con la opinión afirmativa del Fiscal General y el Auditor General.

El Presidente de la República y los actos de protección estatal

146.- Como se ha justificado anteriormente²⁹⁶, al referirnos al destacamento de Inteligencia Colina, el Presidente de la República, cargo desempeñado por Alberto Fujimori Fujimori durante los años 1991 y 1992 –años en que ocurrieron los sucesos denominados Barrios Altos y La Cantuta–, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, además de ostentar la Presidencia y Dirección del Sistema de Inteligencia Nacional, estuvo al tanto y aprobó las mencionados OIE que dieron lugar a los sucesos, las mismas que fueron promovidas desde el SIN por Vladimiro Montesinos Torres, como consecuencia de la *guerra de baja intensidad* que fijó su gobierno como nueva estrategia para combatir la subversión.

La prueba actuada demuestran que Alberto Fujimori, siempre tuvo como base la protección de su asesor Vladimiro Montesinos Torres y del general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos, a quien nombró como Comandante General del Ejército; es así que, ante las denuncias del general EP Robles Espinoza –sobre la actuación de aparatos

²⁹⁶ Véase fundamentos 131, 141 y 143 del presente dictamen.

militares y de inteligencia del Estado en la incursión al solar de Barrios Altos y el caso de los estudiantes y el profesor de La Cantuta, entre otros hechos delictivos y noticiados-, guardo silencio y minimizó dichas denuncias, empero, dispuso, de manera inusitada, el destaque del citado oficial a la Junta Interamericana de Defensa de la OEA y, luego de algunos días autorizó su baja arbitraria del Ejército.

A la denuncia del general EP Robles Espinoza, se agregó el hallazgo de los restos óseos de los alumnos de La Cantuta en una zona de Cieneguilla, así como el descubrimiento del lugar adyacente a La Atarjea donde fueron ejecutados extrajudicialmente. Estos hechos y la presión de la opinión pública, motivaron que el condenado Alberto Fujimori, informase a la ciudadanía, la detención de Martín Rivas y otros cuatro oficiales y su procesamiento por el Consejo Supremo de Justicia Militar, competencia que fue monitoreada por el SIN; asimismo, reiteró ante los medios de prensa la destacada labor del general EP Hermoza Ríos, exculpándolo de los hechos de La Cantuta, como se observa en el artículo periodístico del diario "La República" (folio 42263).

A lo anterior, se agrega lo referido por Martín Rivas, al ser entrevistado por el periodista Hume Hurtado (sesión 26), en el sentido que aceptó ir a prisión a pedido de Fujimori Fujimori, quien también estaba vinculado a las OEl que ejecutaba el DESTO Colina, en cuya realización tenía injerencia el SIN; en estas circunstancias se procesaron y condenaron a los ejecutores en el fuero militar, a quienes se les indicó que dicha acción era para calmar la presión política y social, pero que nada negativo les iba a suceder. En ese contexto se les ofreció que saldrían libres mediante una ley de amnistía, que se ejecutaría luego que Fujimori lograra su reelección para el período 1995-2000, e incluso en el supuesto de no lograr su reelección, se buscaría la forma de emitir la ley de amnistía antes de finalizar su mandato²⁹⁷; finalmente, se expidió la citada Ley de Amnistía que favoreció a los ejecutores de los casos Barrios Altos y La Cantuta, además de sobreseer los casos de violación de Derechos Humanos.

Por otro lado, las investigaciones parlamentarias sobre los casos Barrios Altos y La Cantuta, en lugar de contribuir a su esclarecimiento lo obstaculizaron; de la misma forma, actuó la justicia militar, al declarar, únicamente, la culpabilidad de los ejecutores materiales, negándose a investigar a los Altos Mandos y otras instancias del Estado. Este mecanismo encubridor, al que debe agregarse la emisión de la referida Ley de Amnistía y la citada Ley de Competencia, no pudo consolidarse sin que se haya contado con el decidido apoyo del entonces Presidente Alberto Fujimori Fujimori, en su calidad de Jefe de Estado.

147.- Los mecanismos de impunidad que operaron en ambos casos Barrios Altos y La Cantuta, no podía ser obra autónoma de la estructura castrense o de un sector de los aparatos de inteligencia o servicio secreto del Estado. Fue parte de un plan organizado desde quien detentaba la Jefatura del Estado: el concurso de todos los

²⁹⁷ Así también se advierte del libro "Ojo por Ojo", de Humberto Jara Flores, páginas 178-192.

poderes públicos: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, instituciones castrenses, y de las instancias estatales de investigación y juzgamiento: Policía Nacional, Ministerio Público, jurisdicción civil y jurisdicción militar, sólo se puede explicar con el concurso del Presidente de la República.

Causal: violación de la presunción de inocencia por no aplicación de las reglas previstas en el artículo 285-A del C. de P.P.

148.- La defensa también ha formulado como causal de la violación de la presunción de inocencia, la no aplicación de las reglas de la determinación alternativa a través del procedimiento del artículo 285-A del C. de P.P., que era necesario efectuarlo pues de existir indicios contingentes suficientes, estos demostrarían la realización de un delito distinto del asesinato por autoría mediata por dominio de la organización, como por ejemplo, homicidio por omisión o encubrimiento –en el caso Barrios Altos y caso La Cantuta– y –adicionalmente en el caso Barrios Altos– el delito de lesiones graves por omisión o encubrimiento.

Esta causal guarda estrecha relación y busca sustentar y amparar su pretensión impugnatoria propuesta en los siguientes términos: *“la insubsistencia de la autodefensa del acusado y los alegatos retrotrayendo el juicio oral hasta la acusación oral, a fin que el mismo tribunal realice el procedimiento de desvinculación de la acusación conforme al artículo 285–A inciso 2 del Código de Procedimientos Penales”*. En cuanto a esta pretensión, como ya adelantáramos, se debe descartar –en tanto no existe mayor detalle ni fundamentación, que permita precisar la petición propuesta– la solicitud entendida –por su literalidad– como *nulidad parcial del juzgamiento oral*, pues esto es un imposible jurídico en virtud del principio de la unidad del juicio oral; antes bien el examen debe empezar –previo al estudio fáctico y la posibilidad jurídica de la pretensión– por establecer el contenido de la mencionada norma procesal y los presupuestos que ella regula²⁹⁸.

El artículo 285-A del C. de P P y la desvinculación procesal

149.- El artículo 285-A del C. de P.P. ha sido objeto de desarrollo por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República, plasmado en el acuerdo plenario 4-2007/CJ-116, de 16 de diciembre de 2007 (Acuerdo Plenario)²⁹⁹. Esta norma contiene dos instituciones estrechamente

²⁹⁸ Véase fundamento 10 del presente dictamen.

²⁹⁹ El acuerdo plenario acordó lo siguiente: “Establecer como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de la desvinculación. Ésta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante el manifiesto error en la tipificación, fácilmente contrastable por la defensa”. (Numeral 14 del acuerdo plenario).

vinculadas: el principio de correlación de la sentencia con la acusación y la modificación de la calificación penal³⁰⁰.

El principio de correlación de la sentencia con la acusación se encuentra recogido en el inciso 1 del referido artículo³⁰¹. Por éste se exige que el juez se pronuncie exclusivamente por el hecho punible propuesto en la acusación, en otros términos, la sentencia deberá guardar congruencia con el objeto procesal³⁰²; así pues, es este *objeto*, la pauta o el instrumento que permitirá determinar el cumplimiento o la vulneración del mencionado principio.

El objeto del proceso es fijado o delimitado por el órgano acusador y tiene dos elementos, un elemento objetivo cuyo contenido es el hecho criminal imputado, y un elemento subjetivo, constituido por la persona imputada. En mérito a estos elementos se sostiene que una de las características del objeto procesal es su *inmutabilidad*, es decir, no puede ser cambiado, modificado ni alterado sustancialmente; empero, esta inmutabilidad debe armonizarse con otra característica, su *delimitación progresiva*³⁰³, que significa que el objeto del proceso penal se irá perfilando paulatinamente conforme éste avance, desde la denuncia penal hasta llegar a la calificación definitiva en la fase de la audiencia pública. Otra de sus características que se verifica, es su *indisponibilidad* para las partes, pues éstas no pueden decidir del objeto, ya que existe un interés público no solamente de aplicar el *ius puniendi*, sino de reestablecer la paz alterada por el delito; esto último se relaciona con la *integridad*, por la cual está vedada la posible división o fragmentación de los hechos, por tanto, ni el juez instructor al dar lugar a la imputación, ni el órgano acusador al sostener la acusación, podrán prescindir de parte de los hechos de naturaleza punitiva³⁰⁴.

Asimismo, se sostiene en la doctrina que la vulneración del principio de correlación puede ocurrir en dos casos en los cuales, además, se vulnera el principio acusatorio y el principio de contradicción: En primer lugar, *por defecto*, cuando la sentencia no es exhaustiva, es decir cuando no se resuelve todo lo que se debe resolver. En segundo lugar, *por exceso*, cuando no se resuelve sobre lo que no debía

³⁰⁰ YAIPEN ZAPATA, Víctor. *Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales*. En: AAVV. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema, Director José Luis Castillo Alva, Grijley, Lima, p. 1109.

³⁰¹ El inciso 1° del artículo 285-A del C. de P. P. señala: "La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283°"

³⁰² Cfr. CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 29.

³⁰³ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. *Tratado de Derecho Procesal Penal* (con ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara / HINOJOSA SEGOVIA, Rafael / MUERZA ESPARZA, Julio / TOMÉ GARCÍA, José Antonio), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002 197-199.

³⁰⁴ Cfr. YAIPEN ZAPATA, Víctor. Op. cit., p. 1119-1121.

haber sido objeto de resolución³⁰⁵; éste a su vez, puede ocurrir cuando el juez resuelve desconociendo los hechos imputados y la persona del acusado, supuesto en el cual se vulnera el principio acusatorio; y cuando resuelve dentro de los límites del objeto del proceso, pero se pronuncia sobre aspectos o cuestiones que no han sido objeto del debate, en este supuesto existe una vulneración al principio de contradicción³⁰⁶.

150.- La otra institución contenida en el artículo 285-A es la referida a modificación de la calificación penal³⁰⁷ –llamada también *desvinculación procesal* o *tesis de la desvinculación*–. Conforme a ésta, se le permite al juzgador proponer una nueva calificación jurídica al hecho objeto del proceso. Propiamente se trata de la manifestación del llamado principio *iura novit curia*, con las limitaciones propias del principio acusatorio y del principio de contradicción, pues el órgano jurisdiccional no está vinculado a las calificaciones normativas que hagan las partes, teniendo libertad para proponer la suya, pero respetando los hechos propuestos por ellas y, asimismo, la calificación jurídica que finalmente adopte no debe causar indefensión a las partes³⁰⁸.

Si bien la calificación jurídica del hecho, objeto del proceso, viene propuesta por el órgano acusador, sin embargo, ello no impide que ante el error de la misma, el juez pueda formular una nueva calificación, la misma que deberá ser sometida a debate para salvaguardar el principio de contradicción. Similarmente, la parte acusada, puede igualmente, intentar el debate de una nueva calificación, pues al estar en *igualdad de armas* con la parte acusadora, tiene la facultad de proponer una distinta al acusador. De esta manera, la calificación que adopte el juzgador, sea la propuesta por la acusadora, sea la propuesta parte la acusada, o una *tercera opinión* propuesta por él, debe haber sido objeto de audiencia, es decir, objeto de contradicción, para salvaguardar el derecho de defensa.

A este respecto, en el Acuerdo Plenario se señala: “[...] Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario–, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este

³⁰⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO AROCA, Juan / MONTÓN REDONDO, Alberto / BARONA VILAR, Silvia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 346.

³⁰⁶ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. Op. cit., p. 34.

³⁰⁷ Se encuentra recogido regulado en los incisos 2º y 3º del artículo 285-A del C. de P. P.; así se transcribe:

“Inciso 2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso -si resultara pertinente y necesario- a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267”

“Inciso 3. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifican la imposición de una medida de seguridad”.

³⁰⁸ YAIPEN ZAPATA, Víctor. Op. cit., p. 1128

último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa". Se agrega además: "Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria –la Fiscalía en este caso– y de la prohibición de la indefensión –que es la vertiente negativa de dicha garantía–, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial –aducidos por las partes o que puedan proceder de la aplicación del principio *iura novit curia*– han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos"³⁰⁹.

151.- Queda a criterio y libertad del juez formular o no nueva calificación jurídica del hecho, conforme a las particulares del caso, la misma que deberá ser objeto de contradicción; empero, la defensa también puede proponer la suya, como contenido de sus propios argumentos. Por esta razón, resulta absurdo obligar al juzgador –como, equívocamente, lo entiende la defensa del sentenciado– que proponga una nueva calificación –o se desvincule de la ya formulada– cuando éste, en su propio juicio, entiende que es correcta la calificación propuesta y no contiene o manifiesta error alguno; mas aún, si la parte acusada percibe que la calificación no es la adecuada, ella está facultada para proponer la que a su criterio tipifica correctamente el hecho propuesto por la parte acusadora y ser sometida al debate contradictorio; así, en cualquier caso, no solamente se ratifica el principio acusatorio, sino además se salvaguarda el derecho la defensa.

En el presente proceso, esta facultad de la defensa, le ha permitido alegar que los hechos delictivos cometidos en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edgard Dyer Ampudia, debían ser calificados como abuso de autoridad, no así como delitos de secuestro³¹⁰, aspecto que forma parte de la decisión judicial que ahora impugna³¹¹. Similar a esta actuación, si dicha parte consideró y advirtió que en los casos Barrios Altos y La Cantuta, la calificación propuesta por la Fiscalía era errónea, debió proponer su propia estimación jurídica del hecho; empero, no puede pretender una desvinculación del Tribunal, pues esta facultad del juzgador –reconocida en dicha norma procesal–, únicamente, se evidencia y materializa cuando, conforme a su criterio, no concuerde con la calificación propuesta: si el órgano jurisdiccional no ha propuesto una nueva calificación –o no se ha desvinculado–, se entiende que concuerda con la calificación jurídica propuesta y, en este caso, su apreciación jurídica personal del hecho, solo podrá ser cuestionada después de su manifestación y justificación en la sentencia.

³⁰⁹ Fundamento 12 del Acuerdo Plenario.

³¹⁰ La defensa ha mantenido este argumento en su recurso de nulidad, lo que ha sido objeto de pronunciamiento en el presente dictamen (fundamento 43 al fundamento 66).

³¹¹ Ver parágrafos 684° y 685° de la sentencia.

Por último, sin perjuicio de haber establecido la imposibilidad jurídica de esta pretensión impugnatoria, a criterio de esta Fiscalía Suprema –como lo ha detallado en los párrafos precedentes–, siguiendo la justificación el Tribunal³¹², se ha probado que el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori es responsable como autor mediato de la comisión del delito de asesinato, bajo la circunstancia agravada de alevosía, y del delito lesiones graves, en los hechos sucedidos en los referidos casos Barrios Altos y La Cantuta.

Causal: violación de la garantía constitucional de la defensa procesal

152.- La defensa de Alberto Fujimori Fujimori ha formulado la violación de la defensa procesal en tanto el Tribunal se desvinculó de la acusación para establecer una política –“estrategia” o “método”– antiterrorista de guerra sucia de facto, pese a que el Ministerio Público alegó que la misma la dictó Fujimori Fujimori como Presidente de la República y Jefe Supremo de las FFAA, en ejercicio de las potestades que obtuvo con la modificación de la legislación correspondiente a la Defensa Nacional; asimismo, por haber descartado el argumento de defensa de la ausencia del indicio móvil para una política antiterrorista de guerra sucia.

Efectuar un análisis de la mencionada causal exige referirnos, precisamente, a la garantía presuntamente violentada. La *defensa procesal* es una de las dos dimensiones que la doctrina reconoce del *derecho constitucional de defensa*; así, el derecho de defensa tiene: a) una dimensión subjetiva, concebida como un derecho fundamental que le asiste a las partes procesales, y b) una dimensión objetiva, que es vislumbrada como una garantía del proceso, de tal manera que su respeto condiciona la validez de la misma –defensa procesal–. Esta segunda dimensión del derecho de defensa es la que, de acuerdo a la propuesta de la defensa del acusado, se habría vulnerado.

El derecho de defensa es de jerarquía constitucional. La Constitución Política hace mención expresa, como principio y derecho de la función jurisdiccional, cuando en su artículo 139, inciso 14º, a la letra prescribe: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención [...]”; además de las referencias a esta, que se hace como derecho fundamental, por ejemplo cuando en su artículo 2, inciso 24º, apartado g), señala: “Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida”.

El derecho de defensa puede ser definida, siguiendo al Tribunal Constitucional peruano, como aquella garantía de ampara a los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal,

³¹² Ver párrafos 718º al 748º de la sentencia.

laboral, etc.), esto es, que no queden en estado de indefensión. Por ello, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos³¹³.

Este derecho se relaciona con el principio acusatorio que, entre otras exigencias de garantía, implica la vinculación del órgano jurisdiccional al supuesto fáctico propuesto en la acusación –como límite o marco de referencia del juicio oral–; por lo que, se vulneraría el principio acusatorio, a la par que el derecho de defensa y el debido proceso, si el juzgador pudiera desplegar su facultad decisora sobre hechos y delitos diferentes a aquellos objeto de acusación y de debate y con respecto a los cuales, consiguientemente, el acusado no hubiere tenido la posibilidad real y efectiva de defenderse, y es que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8, Garantías Judiciales, apartado b) recoge la obligación de la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. Por su parte, Vicente Gimeno Sendra explica esta relación señalando que el principio acusatorio garantiza, en definitiva, que en todo proceso penal el acusado pueda conocer la pretensión punitiva que se articula contra él para que se defienda de forma contradictoria, así como que el órgano judicial se pronuncie precisamente sobre los términos del debate conforme han sido formuladas definitivamente las pretensiones de la acusación y la defensa, sin que el juez pueda intervenir sucesivamente como acusador y como juzgador³¹⁴.

Esta relación, como ya lo anotáramos, es el contenido del principio de *correlación de la sentencia con la acusación*, por el que se exige que el juzgador se pronuncie acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal, siendo que, en caso de incumplimiento la sentencia incurriría en causal de nulidad insalvable, de conformidad con el artículo 298, inciso 3º, del Código de procedimientos penales. Este principio está expresamente recogido en el numeral 1 de artículo 285-A del código citado, incorporado por el decreto legislativo N° 959, que dispone que en la sentencia el juzgador no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria. Se trata de una correlación fáctica, por lo que, su probable vulneración exige el análisis del objeto procesal, cuyas características son: su inmutabilidad, su delimitación progresiva, su indisponibilidad y su integridad; considerando estas características y sus elementos –hecho criminal imputado y persona imputada–, se sostiene en la doctrina que la vulneración a este principio se produce por defecto o por exceso³¹⁵.

³¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el expediente N° 1230-2002-HC/TC, de 20 de junio del 2002 (fundamento 18).

³¹⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*, Colex, 2007, p. 99.

³¹⁵ Sobre estas características del objeto procesal, sus elementos y sus formas de vulneración, véase el fundamento 149 del presente dictamen.

La política antiterrorista de guerra sucia

153.- Con el primer supuesto enunciado por la defensa, se plantea una dicotomía entre una *política antiterrorista de guerra sucia* dictada por el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades y la *guerra sucia de facto*; la primera incorporada como parte del supuesto fáctico materia de procesamiento, en los casos Barrios Altos y La Cantuta, por el Ministerio Público, y la segunda, introducida por el Tribunal en la sentencia materia de vista; sin embargo, revisada la resolución impugnada no se encuentra en ella mención expresa al término “*guerra sucia de facto*”. Conviene añadir a esto último, la falta de desarrollo argumentativo de la defensa respecto a lo que invoca, pese a lo cual, es posible construir gramaticalmente la aseveración y establecer que la defensa hace referencia a la invocación –que habría hecho el Tribunal– de una guerra sucia implementada durante el gobierno del sentenciado Fujimori Fujimori, al margen del ejercicio de su cargo de Presidente de la República y sin implicación normativa –por lo mismo, de facto–, en contraposición a una de base normativa y sustentada en el cargo de jefe de gobierno y del aparato militar, hipótesis que habría sido sostenida por el Ministerio Público.

Definido lo anterior, conviene efectuar un análisis de la acusación fiscal y de la sentencia para corroborar si existe o no, la falta de identidad fáctica que se invoca y, en todo caso, de ser corroborada, si la misma implicaría una vulneración del derecho de defensa, del principio acusatorio y del debido proceso, garantías constitucionales que, como se ha dejado sentado en el fundamento anterior, quedarían implicadas en dicha vulneración.

Es evidente que, tanto en la acusación fiscal como en la sentencia cuestionada se hace alusión a una *estrategia contrasubversiva paralela a la oficial*, dictada por el sentenciado haciendo uso de su calidad de Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, cargo que precisamente justifica su posición de dominio en el aparato de poder que dentro de dicha estrategia paralela (guerra sucia) se habría configurado, aparato que cometió los crímenes de lesa humanidad de Barrios Altos y La Cantuta y que tenía –conforme se sustenta en la sentencia³¹⁶– como cabeza de mando al sentenciado Fujimori Fujimori.

154.- Demostrando lo que sostenemos partimos de la cuestión de hecho número 244 en la que se lee: *¿está probado que el acusado Alberto Fujimori Fujimori, estructuró y ejecutó una estrategia político-militar paralela a la que pregonaba públicamente cuyo objetivo era la eliminación de los terroristas, decisión que se articulaba por medio de su asesor Montesinos Torres y del aparato de poder organizado que formó? Si lo está.*

En la acusación escrita se hacen las mismas alusiones fácticas; se señala en ella: “[...] guerra de baja intensidad para enfrentar al enemigo con acciones

³¹⁶ Parágrafos 626° al 677° de la sentencia.

clandestinas [...] del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, quien tomó dicha decisión política [...]; " [...] desde cuando asumió el Gobierno Fujimori Fujimori, optó por la aplicación de una política de "Guerra Sucia" como respuesta al accionar terrorista [...] haciendo uso de la delegación de facultades se dictaron, entre otros, Decretos Legislativos [...] todo dentro del objetivo central, de que el Sistema de Inteligencia Nacional sea una pieza importante en la lucha contra el terrorismo [...]".

Lo mismo ocurre con la acusación fiscal escrita acumulada y adecuada de folios 22750/22795 y siguientes, la que contienen expresiones como: *"[...] quien tuvo siempre el dominio del hecho fue el procesado Alberto Fujimori Fujimori, quien ostentaba la máxima jerarquía dentro de la organización estatal, habiendo sido el que precisamente aprobó los planes militares de ejecución y dio la orden para que se lleven adelante"; "Había pues una decisión política: una estrategia de lucha antisubversiva digitada por el Presidente de la República y su Asesor, y cumplida por los mandos castrenses"; " [...] las actuaciones de los integrantes del Destacamento COLINA [...] le resultan imputables [...] al ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos [...]; "[...] el régimen decidió dar un nuevo giro al combate contra el terrorismo, por lo que se premunio de un andamiaje legal idóneo que le facilitó una amplia y suficiente cobertura a su accionar [...] Con la dación del paquete de normas [...] Alberto Fujimori Fujimori centralizó en rigor en su persona importantes actividades concernientes a la Defensa Nacional [...] la facultad de decidir y manejar personalmente la política antisubversiva [...] se utilizaron dos métodos o estrategias: uno el oficial [...] el otro, el secreto y clandestino [...] que se conoce como guerra de baja intensidad, que en rigor buscaba la eliminación física de presuntos subversivos [...]".*

En este mismo sentido, en la acusación oral expresada por el representante del Ministerio Público, en la sesión número 135 y siguientes, se sustentaron expresiones como: *"[...] el apoyo y respaldo al destacamento Colina se originó en la decisión, en la orden que impartió el entonces jefe supremo de las Fuerzas Armadas Alberto Fujimori Fujimori, de que en forma paralela el Estado peruano responda al accionar subversivo con métodos de guerra sucia [...]; "[...] esta respuesta (refiriéndose a la estrategia paralela) fue una respuesta también oficial generada en el Estado, en el aparato de poder, originado en el Servicio de Inteligencia Nacional [...]", "[...] esta respuesta oficial originada por disposición del entonces Presidente de la República a la subversión [...] tuvo una misión central y final el de eliminar, dar muerte a presuntos subversivos como parte de la política antisubversiva del Estado [...]; "Alberto Fujimori estuvo en la cúspide de ese aparato de poder; en este escenario, el ex Presidente de la República y ex Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, Alberto Fujimori, no sólo tenía el poder de dictar ordenes sino que fundamentalmente tuvo el control del resultado [...]; "[...] Fujimori [...] utilizaron sus cargos que tenían dentro de la estructura oficial del Estado, para que el aparato de poder asentado en el Servicio de Inteligencia pudiera alcanzar su finalidad [...]; "[...] Alberto Fujimori Fujimori cuando tuvo la condición de Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas fue quien ordenó la*

aplicación de los métodos de guerra sucia en el Perú, al tener dicha condición y al ser la máxima autoridad pública en la estructura oficial [...] Alberto Fujimori Fujimori fue el jefe del aparato de poder organizado, porque era la autoridad pública de mayor jerarquía que integró el aparato de poder [...]”; “[...] la jerarquía oficial del Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas determinó inexorablemente que Alberto Fujimori sea el jefe del aparato de poder que surgió en el Servicio de Inteligencia Nacional [...]”.

155.- En la sentencia se responsabiliza al sentenciado por los hechos delictivos de Barrios Altos y La Cantuta, habiéndose desarrollado en ella, una descripción de los hechos probados que relevan la posición de superioridad política y militar que éste ostentaba dentro del aparato del Estado y del abuso de dicha superioridad, del Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, para implantar una política de *guerra sucia* como respuesta al fenómeno subversivo. Así, podemos citar: *“No hay duda, entonces, que la aprobación provino del presidente de la República. Tal asentimiento permitió aplicar procedimientos especiales en la lucha contrasubversiva, que algunos han denominado de “baja intensidad o guerra sucia” por las técnicas empleadas”*³¹⁷; *“Los cuatro hechos objeto de acusación ocurrieron durante el ejercicio del cargo de presidente de la República del imputado”*³¹⁸; *“[...] el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres [...] un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA [...]”*³¹⁹; *“[...] la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y la Cantuta [...] constituyeron una expresión de criminalidad estatal [...]”*³²⁰; *“[...] la Criminalidad de Estado. Esto es, un proceder criminal generado, ejecutado, avalado, tolerado o justificado por las más altas instancias del poder estatal [...] Estado Criminal y Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones estatales, pueden ser consideradas como modalidades cuantitativas del mismo modelo de acción o modus operandi [...] Así, en la primera, la generalización de las acciones delictivas recorres distintas esferas del Estado. En la segunda, en cambio, predomina la actividad delictiva sectorial y selectiva de órganos estratégicos y operativos especializados”*³²¹.

Para el Tribunal, como se evidencia en las cuestiones de hecho y en la estructura y contenido de la sentencia –tesis también sostenida por el Ministerio Público–, la *“nueva estrategia”* –reacción radical contra el terrorismo como también la llama, o *“guerra sucia”*–, habría pasado por la reestructuración del Sistema de Defensa Nacional, por la dirección de todo el sistema de inteligencia nacional por parte del SIN, en la que se verificó la asunción de Vladimiro Montesinos como jefe de facto, todo lo cual se habría concretizado a través de disposiciones y acciones ejecutadas por el

³¹⁷ Parágrafo 645° de la sentencia.

³¹⁸ Parágrafo 660°.1 de la sentencia.

³¹⁹ Parágrafo 745°.2 de la sentencia.

³²⁰ Parágrafo 746° de la sentencia.

³²¹ parágrafo 747° de la sentencia.

sentenciado Fujimori Fujimori como Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, tales como:

- i. La dación del decreto legislativo N° 743, con el que el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas se encargaría no sólo del planeamiento y coordinación, sino también de la preparación y conducción de las operaciones militares del más alto nivel en el frente interno y externo, y que permitió que la Presidencia del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas se convirtiera en un puesto de confianza, que correspondía designar al Presidente de la República, sin límite de tiempo y siempre entre uno de los comandantes generales de las tres armas.
- ii. La dación del decreto legislativo N° 752, Ley de situación militar de los oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, por el cual los comandantes generales no pasarían a situación de retiro por límite de edad o cumplimiento de servicio, mientras ocuparan el indicado cargo.
- iii. La dación de los decretos legislativos N° 743, Ley del Sistema de Defensa Nacional” y N° 746, Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, con los que el sistema de inteligencia nacional pasó a estar dirigido por el SIN, como su organismo central y rector, el que quedó facultado a realizar inteligencia operativa.
- iv. El memorándum de 25 de junio de 1991 (folio 8261), que contiene la felicitación presidencial a los integrantes del grupo de analistas del Servicio de Inteligencia Nacional enviados al Grupo Especial de Inteligencia de la Dirección contra el Terrorismo (GEIN), así como a los tenientes coroneles EP Cubas Portal y Pinto Cárdenas, y al mayor EP Huamán Azcurra, por trabajos especiales en materia de seguridad nacional y defensa de los altos valores de la democracia.
- v. El memorando remitido al Ministro de Defensa, de fecha 30 de julio de 1991 (folio 581), que contiene la orden del entonces Presidente de la República –el hoy condenado Alberto Fujimori Fujimori– para que la felicitación presidencial por trabajos especiales sea considerada en el proceso de ascensos de aquel año³²².

³²² En la sentencia se sostiene, respecto al cambio normativo graficado: “Todo lo expuesto se explica por el interés del acusado Fujimori Fujimori de colocar a Vladimiro Montesinos Torres como el gran coordinador del sistema de inteligencia y el canalizador de sus decisiones en el ámbito castrense, para lo que necesitaba la centralización del poder militar y el control de los ámbitos de inteligencia y castrense, a fin de llevar a cabo su estrategia contrasubversiva [...]”. Ver párrafo 243° de la sentencia.

156.- Por otro lado, como ya lo señalamos³²³, es un hecho declarado por el Tribunal Constitucional Peruano –acción de inconstitucionalidad interpuesta por Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos contra la Constitución Política de 1993–³²⁴, por lo tanto un dato indiscutible, que el gobierno del condenado Fujimori Fujimori, a partir del 5 de abril de 1992 se convirtió en una dictadura, y a ello hace alusión el Tribunal en la sentencia cuando sustenta la desvinculación del derecho del aparato organizado de poder, como presupuesto específico de la autoría mediata por dominio de la voluntad en organizaciones de poder, figura jurídica por la cual ha sido responsabilizado el procesado Fujimori.

El gobierno de Fujimori Fujimori se convirtió en una dictadura, pues se trató de un gobierno de facto, los mismos que pueden ser definidos como aquellos que son instituidos con las formalidades estipuladas en la Constitución, pero que luego se van expresando, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto en ella³²⁵ y, por ende, quebrantan el orden constitucional, como sucedió en el caso del gobierno del sentenciado Fujimori: éste continuó siendo el Presidente –no constitucional– de la República, en esta condición y abusando del cargo, permaneció en la cúspide del aparato criminal que paralelamente se configuró dentro de la estructura del Estado, erigiendo, asimismo, una política antiterrorista de guerra sucia.

157.- Estando a lo expuesto en los fundamentos que anteceden, se concluye que el hecho histórico, objeto de debate y atribuido a Fujimori Fujimori, ha quedado inalterable en sus elementos sustanciales, de tal manera que la defensa tuvo la posibilidad, como efectivamente lo ha hecho, de alegar y debatir respecto de aquel; por lo que, debe desestimarse la vulneración al derecho de defensa procesal invocada.

El móvil para una política antiterrorista de guerra sucia

158.- La defensa, al igual que el resto de las causales invocadas, no hace ninguna precisión argumentativa respecto a la causal relacionada al *móvil para una política antiterrorista de guerra sucia*; no obstante, nuevamente, debemos remitirnos a sus alegatos, en los que aparece una petición de la defensa relacionada al cual habría sido el indicio del móvil, de acuerdo a la estructuración de los hechos formulada por el Ministerio Público en su requisitoria oral y que, atendiendo al vicio de desvinculación alegado, se entiende, entraría en contradicción fáctica con lo sostenido a lo largo del proceso.

³²³ Fundamento 99, tercer párrafo, del presente dictamen.

³²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida en el expediente N° 014-2003-AI/TC, de 10 de diciembre de 2003, en ésta señala “[...] quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992 (es decir para cuando se cometieron los hechos de la Cantuta), el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura [...]”. Fundamento jurídico 6.

³²⁵ Ver párrafo 736° de la sentencia.

Señala la defensa en sus alegatos, que de acuerdo al Ministerio Público –refiriéndose a la requisitoria oral del señor Fiscal Supremo–, el móvil de la política antiterrorista de guerra sucia y, por ende, la formación del aparato de poder que Fujimori Fujimori dirigió desde el SIN –cuyo brazo armado fue el Destacamento Colina–, fue el proyecto político personal de utilización del conflicto interno para perpetuarse en el poder, desprendiéndose de dicho enunciado la conclusión lógica, radical o atrevida en extremo –dice la defensa–, que el electorado o, cierto sector de él, votarían por Fujimori porque para luchar contra el terrorismo utilizó métodos de guerra sucia. Debe comprenderse, por tanto, que lo que se cuestiona es que este indicio del móvil –así precisado en la requisitoria oral, respecto a la política de guerra sucia y a los hechos criminales concretamente imputados–, diferiría del indicio del móvil, como dato fáctico, declarado como probado en la sentencia objeto de vista.

159.- Así delimitado lo que habría pretendido alegar la defensa, se debe señalar que en la sentencia³²⁶, dando respuesta a lo sostenido por la defensa en materia probatoria, en cuanto al indicio del móvil en los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, se sostiene que, la actuación del Destacamento Especial de Inteligencia Colina *"respondía a una concepción estratégica para enfrentar en las zonas urbanas, específicamente en el departamento de Lima, a los integrantes de los grupos terroristas, de febril actuación en los primeros años de régimen, quienes representaban un reto constante a la seguridad y tranquilidad públicas [...] cuando los efectivos del Destacamento Especial de Inteligencia Colina realizaron sus actividades criminales – representadas por las OEI de Barrios Altos y la Cantuta–, [...] el enfrentamiento de los terroristas con las FFOO se encontraban en su etapa más dinámica [...] Por consiguiente, no es posible afirmar la inutilidad de una "guerra sucia" a partir del éxito final del Estado y la sociedad contra la subversión terrorista, sin atender tanto a sus fases de desarrollo y evolución –en relación a los ataques y acciones violentas de los subversivos– como a los momentos en que se suscitaron los hechos punibles".* Asimismo sostiene³²⁷: *"Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista [...]".* Es decir, para el Tribunal quedó demostrado durante el desarrollo del proceso que el *móvil* del acusado Fujimori Fujimori para dictar una política de *guerra sucia* –para cuyo efecto conformó un aparato organizado de poder que, a través del Destacamento Especial de inteligencia Colina, perpetró los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta–, fue la lucha antiterrorista, por los alcances que la subversión había alcanzado en aquellos años.

Este móvil es el mismo que como indicio, planteó a lo largo del proceso, el Ministerio Público. En la acusación escrita (folio 9148 y siguientes), se precisa: *"[...] en los momentos en que se incrementó el accionar terrorista aplicaron lo que se*

³²⁶ Parágrafo 671° de la sentencia.

³²⁷ Parágrafo 745°.6 de la sentencia.

denomina: guerra de baja intensidad para enfrentar al enemigo con acciones clandestinas aplicando métodos de guerra sucia [...] Alberto Fujimori Fujimori [...] tomó dicha decisión política. “[...] aplicación de una política de “Guerra Sucia” como respuesta al accionar terrorista [...]. El régimen de Fujimori y Montesinos, mediante las denominadas “operaciones especiales de inteligencia”, respondieron al terror del MRTA y senderista, con el terror del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) [...]”.

En la acusación acumulada y adecuada (folios 22750/22795) se detalla: *“En la ejecución de la “guerra sucia” que aplicó el régimen del procesado Fujimori Fujimori, para responder el terror con el terror es que [...] el 03 de Noviembre de 1991 [...] irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jr. Huanta N° 840 [...]. Otro de los crímenes ejecutados por el grupo “COLINA”, en aplicación de la guerra de baja intensidad para el combate al terrorismo, decidido por el ex Presidente Alberto Fujimori, es el que se llevó a cabo el 18 de Julio de 1992 en la “Universidad Enrique Guzmán y Valle” conocida como “La Cantuta”. “[...] Alberto Fujimori Fujimori, afrontó el combate a la subversión usando los métodos de la “guerra clandestina” [...]”.*

En cuanto a la requisitoria oral, a la que alude las alegaciones de la defensa, la misma que consta en las actas de la sesión de audiencia 135 y siguientes, si bien en alguna parte de ella, el señor Fiscal Supremo se refirió a los proyectos políticos personales de Fujimori Fujimori, a sus fines de perpetuarse en el poder, a la estrategia paralela señalando que esta no contribuyó en nada a la derrota de la subversión, pero que se aplicó por un cálculo político y para perpetuarse en el poder; sin embargo, conviene indicar, que estas expresiones no pueden sacarse fuera de contexto y aislarse como una únicas conclusiones, y llegar al extremo absurdo de que por estas se habría producido una variación fáctica de los hechos, objeto del proceso, al haberse introducido –como entiende la defensa– un indicio móvil distinto. La requisitoria oral, a la par de las expresiones formuladas, vuelve a reiterar la afirmación contenida en la acusación escrita, dentro de la construcción fáctica de los hechos, de que la guerra sucia o paralela orquestada por el entonces Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, dentro del aparato del Estado, y en cuyo marco se ejecutaron los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta, respondió a los fines de la lucha contrasubversiva; así, la requisitoria oral contiene otras expresiones como: *“[...] dos métodos que se aplicaron en el Perú para enfrentar al terrorismo, uno el oficial, público e institucional; y el otro, secreto, clandestino, ilegal generado en el Servicio de Inteligencia Nacional de Vladimiro Montesinos Torres, por orden y en concierto con el acusado Alberto Fujimori Fujimori [...]”; “[...] ese aparato de poder fue creado para el combate del terrorismo, ese aparato de poder fue creado con la finalidad del enfrentamiento al terrorismo, y ese aparato de poder tuvo como metodología el uso de los métodos de guerra sucia [...]”; “[...] a partir de mil novecientos noventa se desarrolló un plan sistemático para enfrentar al terrorismo, y con ese fin se dispuso el planteamiento o estructuración de una estrategia paralela para combatir el terrorismo; [...] estrategia paralela, ilegal y clandestina [...], dentro de esta política de estrategia paralela, sostenemos que se produjeron las matanzas de Barrios Altos y la Cantuta”.*

160.- El móvil como indicio³²⁸ forma parte del acervo probatorio, es un elemento de convicción y objeto de probanza, pudiendo bien demostrarse con otros hechos indiciarios que, por inferencia lógica, lo comprueben; sin embargo, el móvil es un dato circunstancial, no tiene la entidad de alterar sustancialmente el hecho histórico, que es lo que protege el principio de correlación entre acusación y sentencia. Esta afirmación tiene excepciones, pues –en tanto objeto de probanza por exigir corroboración– sustentando el indicio móvil, un pronunciamiento judicial condenatorio, podría alegarse, en algunos casos, que su reformulación implicaría una violación al derecho de defensa del acusado, por haberse impedido alegar a su respecto, mas aún cuando resulta evidente la relevancia y pertinencia del indicio móvil en relación al objeto del proceso³²⁹.

A partir de la demostración de la situación de la subversión al asumir el gobierno Fujimori Fujimori, se demuestra el móvil que éste tuvo para la implementación de una política antisubversiva de guerra sucia y la conformación del aparato organizado de poder, en la coyuntura que el Destacamento Especial Colina cometió los atentados de Barrios Altos y La Cantuta-; empero, como hemos señalado, tal reformulación no se ha dado en la presente causa, en todo caso, en las citadas expresiones de la requisitoria oral –“[...] *recusamos que para fines personales, para proyectos políticos personales, con fines de perpetuación en el poder, se haya utilizado el conflicto interno...*” y “...*la estrategia paralela no contribuyó en nada a la derrota de la subversión, pero se aplicó por un cálculo político, para ser utilizado, para perpetuarse en el poder [...]*”– encontraríamos la alusión al móvil detrás del móvil: la perpetuación de Fujimori Fujimori en el poder.

Detrás de aquel móvil político, está el móvil de hacer frente y vencer a la subversión, móvil este último que, por otro lado, se justifica y acredita de manera cierta, incontrovertible e indiscutible, por las dimensiones que había alcanzado el fenómeno terrorista para cuando sucedieron los hechos. Así, en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVRN) se sostiene: “*La crisis extrema: ofensiva subversiva y contraofensiva estatal (marzo de 1989 – setiembre de 1992): se inicia inmediatamente después del asalto senderista al pueblo de Uchiza y concluye el 12 de septiembre de 1992 con la captura en Lima de Abimael Guzmán Reinoso y algunos de los principales dirigentes de su organización por parte del GEIN*”³³⁰. Por su

³²⁸ A juicio de Mixan Mass: “En rigor, si para toda acción, por leve que sea, existe siempre un motivo impelente, éste será doblemente necesario cuando aquella sea un delito, ya que no se trata de decidirse entre dos cosas lícitas, sino entre una lícita y otra ilícita que implica un castigo moral, religioso y penal; por lo cual, sin duda, debe existir una razón predominante que incline el ánimo a cometerla, a pesar de todo. Esta razón predominante es lo que se llama el móvil para delinquir” (MIXAN MASS, Florencio. *Indicio. Elementos de convicción de carácter indiciario. Prueba Indiciaria*, BLG, Trujillo, 2008, p. 64).

³²⁹ Mixán Mass sostiene: “El hombre no se determina realizar acción alguna sin un motivo”. *Ibidem*, p. 64.

³³⁰ Comisión de la Verdad y Reconciliación, tomo I, primera parte, capítulo I, apartado 4: “Los Periodos del Conflicto Armado Interno”, p. 75.

lado, el Tribunal sustenta las razones que tuvo Fujimori Fujimori para implementar la nueva estrategia y lucha contra la subversión, citando, igualmente, al Informe Final de la CVRN, de la cual resalta la agudeza del conflicto interno por el que estaba atravesando nuestro país³³¹.

Es importante, además, destacar la relación, señalada en la sentencia, entre los sucesos de Barrios Altos y La Cantuta y los ataques subversivos al ómnibus que trasladaba a los Húsares de Junín, escolta del Presidente, y de la calle Tarata³³². El atentado terrorista a la calle Tarata, en el distrito de Miraflores, fue perpetrado el 16 de julio de 1992, por miembros de Sendero Luminoso, en tanto la incursión a la Universidad Nacional de Educación la Cantuta, por el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, se perpetró el 18 del mismo mes y año, es decir sólo 2 días después.

Por otro lado, el Agente de Inteligencia Operativa (AIO) José Luis Bazán Adrianzén, asignado al SIE, declaró ante la sub-comisión investigadora del Congreso encargada de la denuncia constitucional N° 130, seguida contra el ex-Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori (folios 256 y siguientes), manifestó que integrantes del DESTO Colina le indicaron que tuvieron conocimiento que las personas que habían atentado contra el ómnibus de los Húsares de Junín, eran terroristas de Sendero Luminoso, que se hicieron pasar por heladeros, pero que fueron ubicados en el jirón Huanta. En su declaración testimonial ante la Vocalía de Instrucción (folio 6402 y siguientes), señaló lo mismo: que los propios miembros del grupo Colina comentaban que la orden para la matanza de Barrios Altos había partido de Fujimori, como consecuencia de un atentado en el que murieron varios miembros de la guardia de Palacio de Gobierno. En este mismo sentido, destacando la relación del atentado de Barrios Altos con el atentado terrorista al ómnibus en que se trasladaban los miembros de los Húsares de Junín, han declarado los miembros del DESTO Colina, Fernando Lecca Esquen y Jesús Antonio Sosa Saavedra, en sus múltiples declaraciones rendidas en otras causas³³³.

161.- Al igual, que en la causal analizada precedentemente³³⁴, se concluye que el objeto del proceso conserva su esencialidad, descartándose cualquier variación en

³³¹ Sostiene el Tribunal, citando al Informe de la CVR: "Añadió que fue entre mil novecientos ochenta y nueve y mil novecientos noventa y dos cuando el conflicto armado interno llegó a su punto más alto; que, en mil novecientos noventa, al culminar su mandato el anterior gobierno, el PCP-SL sumó años asolando el país sin que se capture a sus principales dirigentes". Parágrafo 193° de la sentencia.

³³² El Tribunal señala: "Es de precisar que los dos crímenes objeto de acusación, que desde el Derecho Internacional Penal se califican, como luego se verá, de crímenes de lesa humanidad, importaron, además, acciones de réplica, frente a atentados terroristas emblemáticos, como los ataques con explosivos al ómnibus que trasladaba a los Húsares de Junín, asentados en el Palacio de Gobierno, y al conglomerado de viviendas de la calle Tarata en Miraflores, acciones que alarmaron gravemente a la ciudadanía". Parágrafo 663° de la sentencia.

³³³ Ver parágrafo 380° de la sentencia.

³³⁴ Véase fundamentos 153 al 157 del presente dictamen.

sus elementos objetivo y subjetivo, por lo que, debe rechazarse alguna alteración o infracción al principio de correlación de la acusación con la sentencia y, por ende, la alegada vulneración al derecho de defensa procesal.

4.5. EL RECURSO DE NULIDAD DE LA DEFENSA DE LA PARTE CIVIL

Pretensión resarcitoria de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen

162.- El Tribunal ha considerado que los delitos de secuestro en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen –y Samuel Dyer Ampudia–, fueron delitos comunes y no pueden ser calificados como delitos tipificados en el Derecho Penal Internacional, ni tampoco pueden ser incardinados en el concepto de “patrón sistemático y generalizado de violaciones de los derechos humanos³³⁵; en ese sentido, en armonía con los criterios del Tribunal³³⁶, que esta Fiscalía Suprema comparte, concluye que:

- i. El acto delictivo del que fue objeto el agraviado Gorriti Ellenbogen no generó una pérdida o detrimento de su patrimonio que impliquen un resarcimiento patrimonial, puesto que dicho perjudicado no ha aportado elementos objetivos que sustenten estas circunstancias; consecuentemente, al no ser posible verificar daño emergente ni lucro cesante, no es posible fijar una cantidad que deba ser resarcida, por estos conceptos³³⁷.
- ii. Existe un daño extrapatrimonial –entendido como daño a la persona y daño moral– que se suscitó por la privación arbitraria de la libertad que sufriera Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, el cual debe ser indemnizado bajo criterios de equidad; valorando para ello, además, el contexto de interrupción del orden constitucional o de ejercicio abusivo de un poder público, realizado por efectivos militares y de inteligencia, lo que desde luego causó sufrimientos, angustia, temor, inseguridad e impotencia³³⁸.

Como puede advertirse de lo anterior, los factores o circunstancias objetivas y subjetivas que han fundamentado el quantum de la reparación civil fijada a favor del agraviado por el delito de secuestro, resultan ser similares a los argumentos expresados por el defensor del perjudicado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen en su recurso de nulidad, todos ellos referidos al daño extrapatrimonial o inmaterial derivado del delito de secuestro; en ese sentido, al no existir nuevos elementos de juicio que permitan variar sustancialmente los hechos valorados por el Tribunal para efectos de incrementar el monto de la reparación civil, no resulta atendible la pretensión del agraviado Gorriti Ellenbogen.

³³⁵ Parágrafos 802° y 805° de la sentencia.

³³⁶ Parágrafos 792° al 795° de la sentencia.

³³⁷ Parágrafo 806°, primer párrafo, de la sentencia.

³³⁸ Parágrafo 806°, segundo párrafo, de la sentencia.

La pretensión resarcitoria de Rosa Elvira León Lunazco, heredera Legal del agraviado Máximo León León

163.- Es de significar que el Tribunal ha efectuado una evaluación de las consecuencias ex-delicto derivadas del actuar criminal cometido en el denominado caso Barrios Altos³³⁹; así señala que el 14 de junio de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la sentencia sobre el fondo en el asunto Barrios Altos versus Perú, declarando que el Estado violó el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, y el derecho a las garantías y a la protección judiciales; asimismo, dispuso que en el tema de las reparaciones, éstas se fijarían de común acuerdo con el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes legales; es así que, éste acuerdo reparatorio se plasmó en la sentencia sobre reparaciones de 30 de noviembre de 2001, fijando el pago de US\$ 175,000.00 a favor de cada una de las víctimas sobrevivientes y a las fallecidas –salvo el caso de *Máximo León León, cuyo monto alcanzó a US\$ 250,000.00*–, así como los gastos de servicios de salud; además se incluyeron reparaciones no pecuniarias³⁴⁰.

También se ha señalado, opinión que comparte este Despacho, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos valoró los hechos delictuosos, como el denominado caso Barrios Altos, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; habiéndose determinado que tanto en el proceso penal internacional como en el proceso penal nacional, existe identidad en el ámbito de los hechos criminales ocurridos a los agraviados, siendo sus autores materiales agentes del Estado que actuaron ilegalmente; igualmente, se advierte *identidad en los sujetos pasivos* de los daños materia de reparación, los que han sido individualizados por la Corte Interamericana, fijándoles reparaciones específicas, y que están en función a un mismo evento antijurídico; de tal manera que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Supranacional ya mencionada, no es posible que los agraviados individualizados reciban doble indemnización, pues ello significaría un resarcimiento indebido. Por ello, se concluye que sólo será posible incluir montos dinerarios en aquellos conceptos no contemplados en el fallo supranacional o respecto de personas no comprendidas en dicho documento³⁴¹.

164.- Por otro lado, respecto a la relación parental de la recurrente, Rosa Elvira León Lunazco, con el agraviado Máximo León León, resulta necesario precisar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre reparaciones para las víctimas fallecidas y lesionadas del denominado caso Barrios Altos, en el Título V –referido a los Beneficiarios de las reparaciones–, se ha indicado que en el supuesto de

³³⁹ Sólo se procederá al análisis de la valoración efectuada respecto del monto de la reparación civil fijada para los agraviados en el denominado caso Barrios Altos, por cuanto, la parte civil impugnante, señora Rosa Elvira León Luzcano, es heredera legal de Máximo León León, víctima del citado acto criminal.

³⁴⁰ Ver párrafo 774° de la sentencia.

³⁴¹ Ver párrafos 779° al 781° de la sentencia.

las *víctimas fallecidas*, los beneficiarios de las indemnizaciones serán sus herederos legales, de conformidad a los términos de la declaratoria de herederos que se expidan conforme a las procedimientos legales pertinentes³⁴²; sin embargo, como es de verse en la misma sentencia³⁴³, al individualizar a los herederos legales de Máximo León León, no aparece la recurrente Rosa Elvira León Luzcano, en este caso, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, eventualmente, también serán consideraras beneficiarias de reparaciones, las personas que prueben su derecho de heredero.

En consecuencia, como lo señala el Tribunal³⁴⁴, lo resuelto por la Corte Interamericana en el tema de las reparaciones, significa que toda persona que acredite su derecho de heredero y que no esté incluido en la relación de beneficiarios, tiene la potestad de serlo en el monto global fijado para cada víctima, para ello debe hacer uso de los instrumentos legales que le asistan en resguardo de sus derechos. En el caso de los herederos legales de Máximo León León, la reparación establecida por la Corte fue de *US\$ 250,000.00*; habiéndose dejado establecido en la misma sentencia³⁴⁵ que dicho monto: *"[...] constituye el único pago directo o indirecto que el Estado asumirá con relación a los beneficiarios [...] e implica la renuncia expresa de las víctimas, así como de sus representantes, a ejercer cualquier acción judicial o extrajudicial contra el Estado para el cobro de cantidad alguna adicional"*.

Así tenemos que, los herederos legales de la víctima Máximo León León, representados por su esposa Eugenia Lunazco Andrade, han recibido la totalidad de la reparación fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como consta de la copia del cheque de folio 23249 por *US\$ 247,938.00*, a lo que se debe agregar el monto dinerario entregado en adelanto por el Estado Peruano³⁴⁶.

Todo ello, permite concluir que el resarcimiento por los daños extrapatrimoniales sufridos por los herederos legales de Máximo León León, fallecido en el evento criminal denominado caso Barrios Altos, entre los que se cuenta su hija Rosa Elvira León Lunazco, guardan razonabilidad y proporcionalidad con la cantidad fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no siendo posible añadir pago alguno por el mismo evento criminal, conforme al principio establecido en la jurisprudencia del Tribunal supranacional; por otro lado, no se ha adjuntado ningún

³⁴² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso Barrios Altos vs. Perú (reparaciones y costas), de 30 de noviembre de 2001, numeral 26. Se puede visualizar en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf

³⁴³ Sentencia supranacional sobre reparaciones y costas, citada, numeral 29.

³⁴⁴ Ver parágrafo 784° de la sentencia.

³⁴⁵ Sentencia supranacional sobre reparaciones y costas, citada, numeral 33.

³⁴⁶ Así consta en la sentencia supranacional citada, numeral 34, cuando señala: *"A la fecha, el Estado ha entregado un cheque a algunos de los beneficiarios de las reparaciones que, a criterio de la Corte constituye un adelanto simbólico de la reparación pecuniaria acordada [...] por Máximo León León a favor de su esposa Eugenia Lunazco Andrade (por un monto de S/. 7,194.32 –siete mil ciento noventa y cuatro con treinta y dos centavos [...]"*

elemento objetivo nuevo que permita incrementar el monto proporcional fijado en la sentencia impugnada por concepto de pago compensatorio por la actividad procesal realizada por las partes civiles, entre ellas la recurrente, para afrontar el presente proceso penal³⁴⁷; consecuentemente, la pretensión de Rosa Elvira León Lunazco también debe ser desestimada.

V. OPINIÓN FISCAL

Por todos los fundamentos expuestos, esta Fiscalía Suprema en lo Penal, OPINA que se declare:

1. **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de folio 68863 a folio 69573, de fecha 7 de abril de 2009, corregida en la resolución que aparece de folio 69593 a folio 69595, de 14 de abril de 2009, que **condena a ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI o KENYA FUJIMORI**, como autor mediato de la comisión del delito de **Homicidio calificado – asesinato**, bajo la circunstancia agravante de alevosía, en agravio de Luis Antonio León Borja, Luis Alberto Díaz Ascovilca, Alejandro Rosales Alejandro, Máximo León León, Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Filomeno León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Nelly María Rubina Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Núñez, Benedicta Yanque Churo, Javier Manuel Ríos Rojas (Caso Barrios Altos), Juan Gabriel Mariños Figueroa, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Robert Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Córdor, Heráclides Pablo Meza y Hugo Muñoz Sánchez (Caso La Cantuta); como autor mediato de la comisión del delito de **Lesiones Graves**, en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvitres (Caso Barrios Altos)

2. **HABER NULIDAD** en extremo de la citada sentencia que **condena a ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI o KENYA FUJIMORI**, como autor mediato de la comisión del delito de **Secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel**, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edgard Dyer Ampudia (Caso Sótanos SIE). Debiendo **reformarse** este extremo, para que se **condene a ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI o KENYA FUJIMORI**, como autor mediato de la comisión del delito de **Secuestro simple**, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edgard Dyer Ampudia.

3. **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la mencionada sentencia, que le impone a **ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI o KENYA FUJIMORI**, **veinticinco años de pena privativa de la libertad**.

³⁴⁷ Ver parágrafos 786° y 787°, in fine, de la sentencia.

4. **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la referida sentencia que señala, por concepto de pago compensatorio, la cantidad proporcional fijada en la misma a favor de **Máximo León León**, es decir, dos mil novecientos setenta y un nuevos soles con cuarenta y tres céntimos.

5. **NO HABER NULIDAD** en extremo de la citada sentencia que determina, por concepto de indemnización por daño extrapatrimonial o inmaterial, a favor del agraviado **Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen**, la suma de cuarenta y seis mil ochocientos nuevos soles.

6. **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene la sentencia.

Lima, 31 de agosto de 2009.