



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

Exp. N° 19-2001-09- A. V.
Fecha: 30 diciembre 2009

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

JUECES SUPREMOS : **DUBERLÍ APOLINAR RODRÍGUEZ TINEO**
Julio Enrique Biaggi Gómez
Elvia Barrios Alvarado
Roberto Barandiarán Dempwolf
José Antonio Neyra Flores

SENTENCIA : **30 de diciembre de 2009**

PROCESADO : **Alberto Fujimori Fujimori**

DELITOS : **Asesinato, lesiones y secuestro.**

AGRAVIADOS : **Luis Antonio León Borja y otros.**

PARTES DEL PROCESO

FISCAL SUPREMO : **Pablo Sánchez Velarde**

ABOGADO DEFENSOR : **César Nakasaki Servigón**

ABOGADOS DE LA
PARTE CIVIL : **Ronald Gamarra Herrera**
Gloria Cano Legua
Gustavo Campos Peralta
David Velazco Rondón
Carlos Rivera Paz
Antonio Salazar García

ÍNDICE

Pag.

SENTENCIA

PARTE PRIMERA

1. Constitución del Tribunal Supremo Revisor.....	4
2. De las partes impugnantes.....	4
2.1 Por la defensa de acusado.....	4
2.2 Por la parte civil.....	5
3. Informa oralmente por el Ministerio Público.....	5
4. Del Trámite del Recurso.....	5

CAPÍTULO I

DEL PROCEDIMIENTO

1. Trámite del proceso.....	6
2. Del contenido de la acusación fiscal (adecuada).....	10
3. El Plenario.....	19
4. La Sentencia.....	20

CAPÍTULO II

DEL AGRAVIO DE LAS PARTES

1. Del recurso de nulidad.....	23
2. Del agravio del procesado.....	25
3. Del agravio de la parte civil.....	32

PARTE SEGUNDA

FUNDAMENTOS

CAPÍTULO I

1. Introducción.....	34
----------------------	----

CAPÍTULO II
CASO “BARRIOS ALTOS” Y “LA CANTUTA”

1. Incriminación en el caso “Barrios Altos”	37
2. Incriminación en el caso “La Cantuta”	38
3. La Autoría mediata por “organización”	39
3.1 Preliminares.....	39
3.2 Marco Legal y Concepto.....	40
3.3 La Autoría Mediata por Organización.....	41
3.3.1 Antecedentes, desarrollo y su aplicación en la jurisprudencia penal peruana.....	41
3.3.2 Fundamentos de la autoría mediata por organización.....	44
A) Existencia de una Organización.....	45
B) Presupuestos determinantes del dominio sobre la organización.....	47
b.1) Poder de Mando.....	47
b.2) El apartamiento del derecho o la “constante antijuricidad” de la organización.....	48
b.3) Fungibilidad.....	49
b.4) Predisposición a la realización del hecho ilícito.....	51

CAPÍTULO III
DE LOS AGRAVIOS EN LOS CASOS DE
“BARRIOS ALTOS” Y “LA CANTUTA”

1. Materialidad de los delitos investigados con relación a los casos de “Barrios Altos” y “La Cantuta”	53
1.1 Caso “Barrios Altos”	53
1.2 Caso “La Cantuta”	57
2. Medios probatorios	64
2.1 Caso “Barrios Altos”	64
2.2 Caso “La Cantuta”	71
3. La vinculación del encausado Alberto Fujimori Fujimori.....	75
4. Prueba indiciaria que acreditan el conocimiento y participación central del encausado Alberto Fujimori Fujimori, antes, durante y después, de las operaciones de inteligencia.....	81

4.1	Indicios anteriores.....	81
4.2	Indicios concomitantes.....	84
4.3	Indicios posteriores.....	86

CAPÍTULO IV
DE LOS AGRAVIOS EN ESPECÍFICO EN LOS CASOS DE
“BARRIOS ALTOS” Y “LA CANTUTA”

1.	Causal de nulidad en cuanto a la condena por el delito de homicidio calificado por alevosía.....	89
1.1.	Violación del principio de legalidad constitucional.....	89
1.1.1.	Atribuir al Presidente de la República potestad militar.....	89
1.1.2.	Violación del principio de legalidad constitucional.....	94
1.2.	Violación del principio de legalidad penal.....	100
1.2.1.	Al calificar los hechos como delitos contra la humanidad.....	100
1.2.2.	Aplicación retroactiva del Estatuto de Roma de 1,998 a los hechos de Barrios Altos y La Cantuta ocurridos en 1,991 y 1,992.....	111
1.3.	Causal de nulidad por violación al principio de legalidad.....	113
1.4.	Violación de la garantía constitucional de Presunción de Inocencia.....	125
1.4.1.	Al condenar con indicios contingentes a pesar que el Ministerio Público no presentó hecho básico, norma de presunción y hecho presunto.....	125
1.4.2.	Al condenar con indicios contingentes al no haberse probado los hechos bases.....	128
1.4.3.	Al condenar con indicios contingentes a pesar de no haberse establecido los hechos presuntos por la existencia de contra indicios.....	132
1.4.4.	La insuficiencia de indicios contingentes para probar que el encausado Alberto Fujimori Fujimori, fue quien dirigió el denominado “Destacamento Colina” y ordenó las muertes producidas en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”.....	136
1.4.5.	Al valorarse los libros “Muerte en el Pentagonito”, “Ojo por Ojo”.....	140
1.4.6.	Al realizar la sustitución de testimoniales prestadas en el juicio oral.....	143
1.4.7.	Al valorar diversos testimonios y documentos.....	147
1.4.8.	Deficiente valoración de los Manuales del Ejército.....	149
1.4.9.	Deficiente valoración de los documentos desclasificados.....	151
1.4.10.	La indebida valoración como prueba de las declaraciones dadas por Vladimiro Montesinos Torres fuera del juicio oral.....	152
1.4.11.	No aplicación de las reglas de la determinación alternativa.....	161
1.4.12.	Desvinculación para establecer una política antiterrorista de guerra sucia.....	168

1.4.13. Desvinculación de la acusación con el único propósito de desvirtuar el argumento de defensa.....	170
--	-----

CAPÍTULO IV
CASO SECUESTRO EN “SÓTANOS DEL SIE”

1. Secuestro de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen.	174
1.1. Incriminación.....	174
1.2. De la materialidad del delito de secuestro.....	174
2. Causa de nulidad en la condena por delito de secuestro en el caso de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen.....	176
2.1. Violación de la garantía de legalidad procesal, al condenar al imputado por secuestro agravado a pesar de haberse producido la prescripción de la acción penal.	176
2.2. Violación de la garantía de legalidad procesal por atipicidad:	183
2.2.1. Atipicidad por imposibilidad de lesión al bien jurídico por suspensión de las garantías a la libertad personal.	183
2.2.2. Por no verificación de la circunstancia agravante, trato cruel a la víctima.	187
2.2.3. Atipicidad por exceso en la participación de Vladimiro Montesinos Torres.....	198
3. Secuestro de Samuel Edward Dyer Ampudia.	216
3.1. Incriminación.....	216
3.2. De la materialidad del delito de secuestro.....	216
3.3. De los agravios de causa de nulidad en la condena por delito de secuestro en el caso de Samuel Edward Dyer Ampudia.....	219
4. De la condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori.....	231

CAPÍTULO VII
DE LOS AGRAVIOS DE LA PARTE CIVIL

1. El Actor Civil.....	235
2. Algunos alcances del denominado Actor Civil en el proceso penal.....	235
3. Límites de la intervención del Actor Civil en el proceso penal.....	237
4. Respecto al monto de la reparación civil fijada en favor a Gustavo Gorriti Ellenbogen.....	238
5. Respecto al monto de la reparación civil fijada a favor de Rosa Elvira León Lunazco.....	240

CAPÍTULO VIII
DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN
JUDICIAL DE LA PENA

1. Pena conminada y básica para el delito de homicidio calificado.....	245
2. Pena conminada y básica para el delito de lesiones graves.....	246
3. Pena conminada y básica para el delito de secuestro agravado.....	247
4. Límite punitivo fijado por el Tribunal de Instancia.....	248
5. Pena concreta a la que arribó el Tribunal de Instancia por 25 asesinatos y otros delitos graves.....	248
6. Inaplicabilidad de la pena de inhabilitación.....	251
7. Cómputo de la pena privativa de libertad.	251

PARTE TERCERA
DECISIÓN DE LA SALA SUPREMA

Fallo.....	253-261
------------	---------

SENTENCIA

Lima, treinta de diciembre de dos mil nueve.-

VISTOS: la causa penal seguida contra Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori y los recursos impugnatorios interpuestos.

El procesado contra la sentencia que lo condenó como autor mediato de:

i) la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud – homicidio calificado, 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 y Javier Manuel Ríos Rojas [caso “Barrios Altos”], y 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”];

ii) la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones graves, en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Lívias Ortega y Alfonso Rodas Arbitres [Caso “Barrios Altos”]; y,

iii) la comisión del delito contra la libertad personal – secuestro agravado, en agravio de Samuel Edward Dyer Ampudia y Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen [Caso Sótanos SIE];

La parte civil, en el extremo que:



i) fija por concepto de pago compensatorio, la cantidad de sesenta y dos mil cuatrocientos nuevos soles a favor de los herederos legales de Máximo León León, que 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; y



ii) determina por concepto de indemnización por daño extrapatrimonial o inmaterial, la suma de cuarenta y seis mil ochocientos nuevos soles a favor del agraviado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen.



Interviene como ponente el señor Juez Supremo RODRÍGUEZ TINEO; y emite pronunciamiento de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

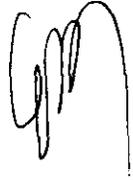
PARTE PRIMERA

1. Constitución del Tribunal Supremo Revisor



El Tribunal de Revisión está constituido por los señores Jueces Supremos: Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, presidente y ponente; Julio Enrique Biaggi Gómez; Elvia Barrios Alvarado; Roberto Barandiarán Dempwolf y José Antonio Neyra Flores. En el presente caso la conformación de este Tribunal tiene como base normativa los alcances del Título V del Libro Tercero del Código de Procedimientos Penales, que comprenden los artículos doscientos noventa y dos al trescientos uno – A¹

2. De las partes impugnantes



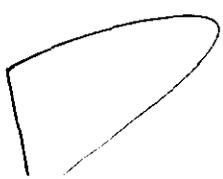
2.1. Por la defensa de acusado

El abogado cesar César Nakasaki Servigón;



2.2. Por la parte civil

i) La abogada Gloria Cano Legua por Marcela Placentina Chumbipuma Aguirre, Tomás Lívias Ortega, Alfonso Rodas Albitres, Benedicta Yanque Churo, Armando Richard Amaro Cóndor, Felipe Flores Chipana, Bertila Lozano Torres, Juan Gabriel Mariños Figueroa, Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Heráclides Pablo Meza y Robert Edgard Teodoro Espinoza



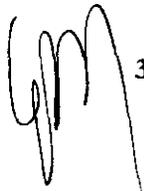
¹En especial el artículo doscientos noventa y cuatro del Código de Procedimientos Penales, indica, “El recurso de nulidad se interpone ante el Tribunal Correccional, el que lo admitirá o denegará de plano, según se halle comprendido o no en el artículo 292° de este Código”.

ii) El abogado Gustavo Campos Peralta por Natividad Condorcahuana Chicaña y Felipe León León.

iii) El abogado David Velazco Rondón, por Luis Antonio León Borja, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas y Alejandro Rosales Alejandro.

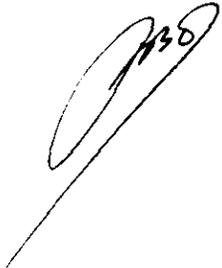
iv) Los abogados Carlos Rivera Paz, Antonio Salazar García y Ronald Gamarra Herrera por Máximo León León y Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen.

v) El abogado Ronald Gamarra Herrera por Benedicta Yanque Churo –en co patrocinio con las abogadas Gloria Cano Legua, Sandra Mendoza Jorgechagua y Lucy Chávez Valenzuela.

 3. **Informa oralmente por el Ministerio Público:**

El señor Fiscal Supremo en lo Penal, doctor Pablo Sánchez Velarde.

4. **Del Trámite del Recurso.**

 Emitida la sentencia condenatoria por la Sala Penal Especial, con fecha 7 de abril de 2009, contra Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori como autor mediato del delito contra la vida, el cuerpo y la salud – homicidio calificado, asesinato y por el delito de lesiones graves, así como por el delito contra la libertad personal – secuestro agravado, la misma fue impugnada en el término establecido por el artículo doscientos noventa y cinco del Código de Procedimientos Penales², concediéndose el recurso de nulidad al cumplirse con los presupuestos exigidos por el numeral cinco del artículo trescientos de la norma procesal antes mencionada³.

² El que expresamente señala, “El recurso de nulidad se interpondrá dentro del día siguiente al de expedición y lectura de la sentencia o de notificación del auto impugnado, salvo lo dispuesto en el artículo 289^o”.

³ Artículo 300°, inciso 5° del CPP: Las partes deberán fundamentar en un plazo de 10 días el recurso de nulidad. En caso de incumplimiento se declarará improcedente el recurso. Esta

CAPÍTULO I DEL PROCEDIMIENTO

1. Trámite del proceso.

Conforme se advierte de fojas dieciséis mil ochocientos cuarenta y seis y dieciocho mil doscientos veintinueve, el Congreso de la República emitió la Resolución Legislativa número cero cero catorce – dos mil tres – CR, publicada el catorce de noviembre de dos mil tres, que declaró haber lugar a la formación de causa contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por los delitos de homicidio calificado – asesinato, lesiones graves, secuestro y desaparición forzada, previstos en los artículos ciento ocho⁴, ciento veintiuno⁵, ciento cincuenta y dos⁶ y trescientos veintiuno⁷ del Código Penal.

disposición se extiende a la impugnación de autos, en cuyo caso el plazo para fundamentarla es de 5 días.

Expresamente señala, “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años, el que mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1. Por ferocidad o por lucro. 2. Para facilitar u ocultar otro delito. 3. Con gran crueldad, alevosía o veneno. 4. Por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas”.

⁵ Expresamente señala, “El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves: 1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima. 2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente. 3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años...”

⁶ Expresamente señala, “El que, sin derecho, priva a otro de su libertad personal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años cuando: 1. El agente abusa, corrompe, trata con crueldad o pone en peligro la vida o salud del agraviado. 2. El agente pretexto enfermedad mental inexistente en el agraviado. 3. El agraviado es funcionario, servidor público o representante diplomático. 4. El agraviado es pariente, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con las personas referidas en el inciso precedente. 5. El agraviado es menor de edad. 6. Se realiza con fines publicitarios. 7. Tiene por objeto obligar a



En mérito a ello, como se aprecia de los dictámenes de fojas tres y dieciocho mil doscientos treinta, la Fiscal de la Nación formalizó denuncia penal el cinco de setiembre de dos mil uno, y el nueve de diciembre de dos mil tres, la primera por los delitos de homicidio calificado por las víctimas de los denominados casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, lesiones graves en perjuicio de los cuatro asistentes al solar de “Barrios Altos”, y desaparición forzada en agravio de las diez víctimas del caso “La Cantuta”, de la Sociedad y del Estado, mientras que en la segunda se formularon cargos por los delitos de homicidio calificado – asesinato en agravio de “...las personas indicadas en los cuadernos del SIE”, lesiones graves en perjuicio de Leonor La Rosa y Susana Higushi Miyagawa, secuestro en agravio de Samuel Dyer Ampudia, Gustavo Gorriti Ellenbogen, Hans Ibarra Portilla, Leonor La Rosa Bustamante y Susana Higushi Miyagawa, y desaparición forzada en agravio de “...las personas indicadas en los cuadernos del SIE”.



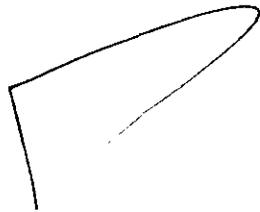
Según se advierte de los autos de fojas cinco mil doscientos sesenta y tres, de fecha trece de setiembre de dos mil uno (AV – 19 – 2001), y de fojas dieciocho mil doscientos cuarenta y siete, de fecha cinco de enero de dos mil cuatro (AV – 45 – 2003), el señor vocal instructor de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, aperturó instrucción contra el imputado Alberto Fujimori Fujimori por los delitos denunciados, dictando en su contra mandato de detención.



un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido. 8. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal, o para obligar al agraviado o a un tercero a que preste a la organización ayuda económica o su concurso en cualquier otra forma. 9. Tiene por finalidad obligar a la autoridad pública a conceder exigencias ilegales.”

⁷ Expresamente señala “El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años”



Los autos de apertura de instrucción fueron aclarados por auto de fojas nueve mil novecientos treinta, de fecha veinte de setiembre de dos mil cinco, y por auto de fojas veinte mil cuatrocientos veintitrés, de fecha diez de noviembre de dos mil cinco.

Sustanciada la causa conforme a las pautas del procedimiento penal ordinario con arreglo a las pautas previstas en el Código de Procedimientos Penales, se emitió acusación fiscal por los mismos ilícitos penales a fojas nueve mil ciento cuarenta y ocho, y en mérito a ello se expidió el auto de enjuiciamiento de fojas nueve mil doscientos ochenta y seis, de fecha treinta de junio de dos mil cuatro (AV – 19 – 2001), encontrándose el imputado Alberto Fujimori Fujimori en la condición de reo ausente conforme se aprecia del auto de fojas seis mil setecientos ochenta y uno, de fecha veintidós de abril de dos mil dos, reiterándose las órdenes de ubicación y captura y asimismo se reservó el señalamiento del juicio oral.

Asimismo, en el proceso AV – 45 – 2003, el encausado fue declarado contumaz, tal y conforme se advierte del auto de fojas dieciocho mil setecientos, de fecha quince de abril de dos mil cuatro, emitiéndose acusación a fojas veintidós mil sesenta y cinco.

Es así, que en atención a las órdenes de ubicación y captura impartidas a nivel internacional, el imputado Alberto Fujimori Fujimori fue detenido en la República de Chile el siete de noviembre de dos mil cinco, hecho que la INTERPOL – Chile puso en conocimiento de su similar del Perú en la misma fecha; por ello, la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, con fecha diez de noviembre de dos mil cinco -fojas nueve mil novecientos noventa y dos- y con fecha veintiuno de marzo de dos mil cinco -fojas veintiún mil trescientos veinticinco- solicitó a la Sala Penal Especial emita el auto de requerimiento de extradición.

Agotado el trámite con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal -vigente para tales efectos- se emitieron los autos de requerimiento de extradición, los mismos que fueron aceptados y aprobados por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de

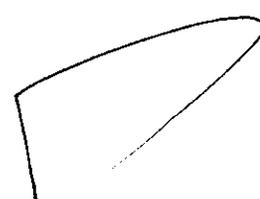
la República y por el Poder Ejecutivo, y remitidos los cuadernos de extradición a la República de Chile, sus autoridades judiciales emitieron pronunciamiento.



En efecto, en primera instancia se emitió la sentencia de fecha once de julio de dos mil siete, por la que se rechazó la solicitud de extradición en todos sus términos según se aprecia de fojas veintidós mil ciento noventa; empero, en vista al recurso impugnatorio interpuesto por la defensa del Estado Peruano, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, a través de la sentencia de fecha veintiuno de setiembre de dos mil siete, de fojas veintidós mil quinientos trece, revocó el fallo de primera instancia y concedió la extradición en forma parcial del imputado Alberto Fujimori Fujimori en los siguientes términos: i) El Capítulo denominado “Sótanos SIE” sólo por delito de secuestro en agravio de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer Ampudia conforme al artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal Peruano; y, ii) El Capítulo denominado “Barrios Altos” y “La Cantuta”, sólo por los delitos de homicidio calificado y lesiones graves de conformidad con lo previsto por los artículos ciento ocho y ciento veintiuno del Código Penal Peruano.



Es en mérito a ello que las autoridades chilenas pusieron a disposición de sus pares en el Perú al imputado Alberto Fujimori Fujimori conforme se aprecia del acta de fojas veintidós mil ciento setenta, de fecha veintidós de setiembre de dos mil siete, procediendo el Tribunal Penal Especial a poner en conocimiento los cargos formulados en su contra. Se le notificó las actuaciones respectivas y se ordenó su ingreso al Establecimiento Penal según se advierte del auto de fojas veintidós mil setecientos veintinueve, de fecha veintidós de setiembre de dos mil siete.



Por auto de fojas veintidós mil setecientos treinta y cinco, de fecha uno de octubre de dos mil siete, se acumularon los procesos AV – 19 – 2001 y AV – 45 – 2003 (Casos ““Barrios Altos””, “La Cantuta” y “Sótanos SIE””), ordenándose se remita la causa acumulada al Ministerio Público para que se pronuncie conforme a los términos que fluyen de la sentencia extraditoria de la Corte Suprema de Justicia de Chile, lo cual se

cumplió al emitirse la acusación Fiscal adecuada de fojas veintidós mil setecientos cincuenta, y tras haberse corrido traslado de la acusación por el término de tres días hábiles según aparece de la resolución de fojas veintidós mil setecientos ochenta y seis, de fecha seis de noviembre de dos mil siete, se procedió a emitir el auto de enjuiciamiento reformulado de fojas veintidós mil ochocientos cuarenta y seis, de fecha doce de noviembre de dos mil siete, quedando expedita la causa para el desarrollo de la fase decisoria.

2. Del contenido de la acusación fiscal (adecuada).

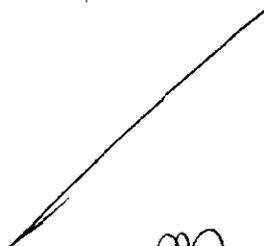
El representante del Ministerio Público, señala en su dictamen acusatorio adecuado y reformulado de conformidad a la sentencia de extradición de la Corte Suprema de Justicia de Chile obrante a fojas veintidós mil setecientos cincuenta, que el veintiocho de julio de mil novecientos noventa, al asumir la Presidencia de la República, el ahora procesado Alberto Fujimori Fujimori, tuvo como uno de los principales problemas que afrontaba el país desde mil novecientos ochenta, al terrorismo que era perpetrado por las agrupaciones terroristas “Sendero Luminoso” y el “Movimiento Revolucionario Túpac Amaru”. Que la violencia interna desatada en el país por estos movimientos subversivos, se fue desplazando desde el interior del país hacia la ciudad de Lima, por ello ante ese nuevo escenario, el régimen conducido por el ahora imputado, decidió dar un nuevo giro al combate contra el terrorismo, por lo que se premunió de un andamiaje legal idóneo que le facilitó una amplia y suficiente cobertura a su accionar.

Señaló, que el objetivo de dictar un conjunto de normas legales a partir de junio de mil novecientos noventa y uno, estaba dirigido a configurar una estrategia de combate contra la subversión en el que figuraron como actores principales por parte del Estado Peruano: el Presidente de la República, las Fuerzas Armadas y el Servicio de Inteligencia Nacional, cuyo jefe real era Vladimiro Montesinos Torres y en rigor, en la persona del procesado Fujimori Fujimori se centralizó importantes actividades concernientes a la defensa nacional, como el de arrogarse en exclusiva la facultad de

decidir y manejar personalmente la política antiterrorista, para lo cual tuvo como principal sustento y ente coordinador, al Servicio de Inteligencia Nacional, organismo especializado que manejaba todo el sistema de las inteligencias de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Argumenta, que se debe tener en cuenta, que durante el período de lucha contra el terrorismo se utilizaron dos métodos o estrategias: uno el oficial, el visible y convencional, que se decía en los discursos oficiales, en los mensajes, en los documentos públicos, etc, al cual respondía obviamente a una estructura militar y legal, en el que cada organismo del Estado tenía un rol y una función que cumplir; el otro, el secreto y clandestino, desvinculado del derecho, que consistía en lo que se conoce como guerra de baja intensidad; que en rigor buscaba la eliminación física de presuntos subversivos, sin ninguna intervención de los órganos especializados de la Policía Nacional, el Ministerio Público, ni el Poder Judicial, es en este contexto, donde desarrolla sus actividades este grupo de exterminio, denominado “Colina”, integrado por miembros del Ejército Peruano, que entre otros hechos, perpetró los crímenes de “Barrios Altos” y “La Cantuta”.

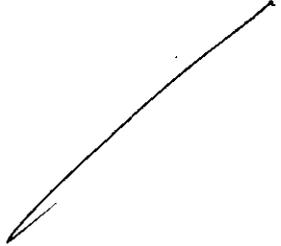
Agrega, que el grupo “Colina” pudo realizar sus sangrientas actividades con libertad y facilidad, no sólo porque contaba con el apoyo de los principales jefes militares sometidos a Montesinos Torres, sino porque como aparato organizado de poder, en sus altos estamentos o centros de decisión, tuvo como jefe al entonces ex-presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, quien no sólo tomó la decisión libre y voluntaria de conformar dicho grupo, cuya presencia como líder de la organización, contemplaba y garantizaba total impunidad al ilícito accionar del grupo “Colina”, razón por la cual, la Fiscalía atribuyó al procesado Alberto Fujimori Fujimori, ex presidente de la República, la autoría de los execrables crímenes de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, ejecutados materialmente por un grupo de militares del ejército, integrantes del denominado “Destacamento Colina”, habiéndose ordenado la ejecución de tales acciones.



El destacamento militar denominado “Colina” se gestó a partir del primer semestre de mil novecientos noventa y uno, cuando a raíz de la incautación por miembros de la Dirección Nacional contra el Terrorismo de la Policía – DINCOTE, de importante documentación vinculada a la organización terrorista “Sendero Luminoso”, el Servicio de Inteligencia Nacional, en coordinación con la Dirección de Inteligencia del Ejército – DINTE, consiguió que un grupo de militares de inteligencia participaran en el análisis de dicho material, según lo admitido por Montesinos Torres a fojas siete mil ochocientos sesenta y dos; agrega, que el grupo “Colina” inicialmente pasó a laborar en las instalaciones de la DINCOTE, en coordinación con el grupo denominado Grupo Especial de Inteligencia – GEIN de la Policía Nacional, reportaba el resultado de sus análisis, tanto, a la Dirección de Inteligencia del Ejército – DINTE como al Servicio de Inteligencia Nacional – SIN, sin embargo, al surgir desavenencias con el personal de la DINCOTE, el grupo fue replegado al SIE.



Al concluir el análisis de la información, se elaboró el Texto Original Final de un “Manual de Inteligencia Estratégica sobre el Partido Comunista – Sendero Luminoso”, el cual fue remitido a la Jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional, repartiéndose copias a las distintas instituciones militares, tomando en cuenta las recomendaciones del Manual, con el conocimiento y aprobación de los altos mandos del Ejército, específicamente del jefe de Estado Mayor, general del EP Nicolás Hermoza Ríos, así como del jefe nominal del Servicio de Inteligencia Nacional, Julio Rolando Salazar Monroe y el ex-asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, y con el pleno respaldo y aprobación del ex-presidente Alberto Fujimori Fujimori, se dispuso que el grupo de análisis perteneciente al ejército, se encargara de elaborar un Plan Operativo para contrarrestar el fenómeno subversivo, que por cierto se concluyó en mil novecientos noventa y uno, denominándose “Plan Operativo Cipango”, en el cual se consignaron los requerimientos de armamento, munición, vehículos, material fotográfico, materiales de comunicación y otros.

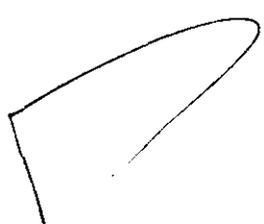


Se alega, que el procesado Fujimori Fujimori, en atención a la labor cumplida, el veinticinco de junio de mil novecientos noventa y dos, en su calidad de Presidente de la República, dispuso el reconocimiento a algunos oficiales y técnicos de las Fuerzas Armadas por los eficientes servicios prestados en materia de seguridad nacional, incluyendo entre ellos a algunos de los miembros del citado grupo, como son: el teniente coronel, Fernando Rodríguez Zabalbeascoa; los capitanes, Santiago Martín Rivas, Carlos Pichilingue Guevara y el técnico Marcos Flores Alván (memorándum de fojas seis mil quinientos trece), reiterando dicho “reconocimiento por trabajos especiales” para el proceso de ascensos del citado año, mediante memorándum del treinta de julio de mil novecientos noventa y uno de fojas quinientos ochenta y uno, lo que abona a sostener con fundamento que el procesado Alberto Fujimori Fujimori conoció del origen del grupo “Colina” y contó con el aporte de los más altos mandos de las Fuerzas Armadas, sólo así se explica el permanente apoyo material, económico y logístico que recibieron.



Que, en dicho contexto es que el señor Fiscal Supremo en lo Penal, ante los nuevos parámetros de la sentencia de extradición de la Corte Suprema de Justicia de Chile, circunscribió la adecuación de su acusación escrita en el presente proceso sólo a los siguientes eventos:

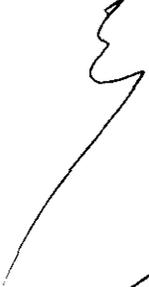
Caso “Barrios Altos”



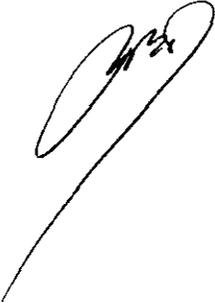
Sostiene que durante la ejecución de lo que denominó “guerra sucia”, que aplicó el régimen del procesado Fujimori Fujimori, para responder al terror con el terror, mediante las acciones del autodenominado “Destacamento Colina”, el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno a las veintidós y treinta horas aproximadamente, efectivos pertenecientes a dicho destacamento, la mayoría de ellos cubriéndose el rostro con pasamontañas y usando armamento de guerra con silenciadores, irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta número ochocientos cuarenta – “Barrios Altos” – Lima, donde se llevaba a cabo una actividad social “pollada” y, tildando de terroristas a los asistentes, los obligaron a arrojar al

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. Nº 19 – 01 – 2009 A. V.
LIMA

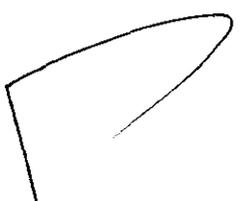
piso donde los acribillaron, según refiere el agente Julio Chuqui Aguirre a fojas seis mil ciento cuarenta y seis.



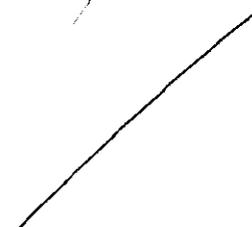
De dicho modo, con absoluto desprecio por la vida humana y valiéndose de la nula posibilidad de defensa o probabilidad de huída de las víctimas debido a lo sorpresivo del ataque, causaron la muerte de: Luis Antonio León Borja, Luis Alberto Díaz Astovilca, Alejandro Rosales Alejandro, Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Filomeno León León, Máximo 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 y Javier Manuel Ríos Rojas, tal como queda acreditado con los protocolos de necropsia que corren de fojas seis mil seiscientos treinta y cinco a seis setecientos treinta y dos. De igual modo, ocasionaron lesiones graves a Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Albitres.



Este crimen fue ejecutado por miembros del Destacamento “Colina”, el que fue comandado en el escenario del crimen por su jefe operativo, el mayor del EP Santiago Martín Rivas, luego de llevar un plan cuidadosamente diseñado para liquidar a personas supuestamente vinculadas con acciones subversivas, que según el representante del Ministerio Público se corrobora con lo declarado por Leonor La Rosa Bustamante a fojas siete mil seiscientos cincuenta y cinco, quien indica que en su condición de miembro del Servicio de Inteligencia del Ejército, realizó labores de vigilancia en dicho inmueble del Jirón Huanta, así como por lo manifestado por el efectivo policial, Víctor Bustamante Cuffini a fojas once mil cuatrocientos ochenta y dos, al indicar que participó en la intervención a una pareja que estaba tomando fotos por el lugar, determinándose que se trataban de agentes de inteligencia.



Que no puede dejar de considerarse que en el operativo se utilizó armamento moderno como pistolas – ametralladoras, calibre nueve milímetros con silenciadores,



según se tiene de la pericia balística forense de fojas mil cuatrocientos treinta y siete, que fuera gestionado en agosto de mil novecientos noventa y uno por el Jefe Administrativo del Destacamento “Colina”, mayor FP, Carlos Pichilingue Guevara, ante el Jefe de Administración del Servicio de Inteligencia del Ejército, comandante del ejército, Luis Alberto Cubas Portal; igualmente, es de observar, que los ejecutores del hecho llegaron al lugar en dos camionetas cuatro por cuatro, modelo Cherokee, de uso oficial, ambas con lunas polarizadas, sin placas de rodaje, con sirenas y circulinas, que hicieron sonar en su huída para dejar sentado que se trataba de vehículos oficiales, siendo además resguardado por un camión portatropas con lunas polarizadas, para sí evitar una posible persecución. El representante del Ministerio Público calificó tal conducta como delito de homicidio por alevosía previsto en el artículo ciento ocho, incisos uno y tres del Código Penal⁸, en tanto, que el acto cometido contra las demás víctimas que sobrevivieron, lo calificó como delito de Lesiones Graves comprendido en el artículo ciento veintiuno, incisos uno, dos y tres del Código Penal.



Caso “La Cantuta”

El titular de la acción penal en su acusación también atribuye al procesado Alberto Fujimori Fujimori, la autoría del crimen ejecutado por el grupo “Colina”, en aplicación de la guerra de baja intensidad para el combate al terrorismo, llevado a cabo el dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos, en la Universidad Enrique Guzmán y Valle, conocida como “La Cantuta”. Sostiene, que para que se pudiera realizar con éxito dicho operativo especial, un día antes, el entonces comandante general del ejército, Luis Augusto Pérez Documet, jefe de la División de Fuerzas Especiales del Ejército - bajo cuyo mando se encontraba la Base Militar de Acción Cívica instalada en la citada casa de estudios, desde mayo de mil novecientos noventa y uno – ordenó que se preste apoyo al general Juan Nolberto Rivero Iazo, jefe de la DINTE, en la realización de una incursión en la mencionada universidad. Refiere el

⁸ Expresamente señala, “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años, el que mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1. Por ferocidad o por lucro. (...) 3. Con gran crueldad, alevosía o veneno (...)”.



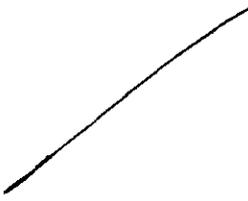
Fiscal, que en horas de la madrugada del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos, los miembros del destacamento “Colina”, ingresaron a la Universidad a bordo de dos camionetas pick up, organizados en varios grupos, todos ellos encapuchados y portando armas de fuego con silenciadores, y se dirigieron a la residencia de los estudiantes sacándolos de sus dormitorios llamando a algunos de ellos en base a una lista, separando del resto a Robert Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Juan Gabriel Mariños Figueroa, Felipe Flores Chipana, Luís Enrique Ortiz Perea, Armando Amaro Cóndor, Heráclides Pablo Meza, Bertila Lozano Torres y Dora Oyague Fierro, haciendo lo mismo con el profesor Hugo Muñoz Sánchez.



Luego de la intervención, procedieron a llevarse a los intervenidos en las camionetas pick up antes mencionadas, y cuando se encontraban por el kilómetro quince de la autopista Ramiro Prialé, detuvieron los autos y bajaron a los detenidos, dándoles muerte en el acto, procediendo posteriormente a enterrar e incinerar los cuerpos en dicho lugar; sin embargo, posteriormente, cuando otro grupo verificó la forma en que se había intentado desaparecer, se procedió a retirar algunos cadáveres, trasladándolos con destino a un lugar, denominado Quebrada de Chavilca en el distrito de Cieneguilla, donde finalmente fueron dejados sus restos, los cuales, gracias a la investigación de la prensa, fueron encontrados e identificados conforme al acta de constatación y recojo de fojas novecientos setenta y siete, acta adicional de fojas novecientos ochenta y dos, croquis de fojas novecientos ochenta y tres; igualmente, tales actos los calificó como delito de homicidio por alevosía previsto en el artículo ciento ocho, incisos uno y tres del Código Penal.

Caso Sótanos del SIE

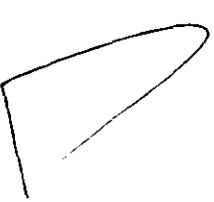
Refiere, que con conocimiento y aprobación del ex-mandatario Fujimori Fujimori, funcionaron en el Servicio de Inteligencia del Ejército – SIE, dependiente de la Dirección de Inteligencia del Ejército – DINFE, diversos departamentos, siendo uno



de ellos el "Departamento de Búsqueda", el denominado SIE - Uno, del que dependía el Puesto de Inteligencia Lima (PIL), encargado de la búsqueda de información y seguimiento de la lucha contra el terrorismo; agrega, que dicho Puesto de Inteligencia formuló una serie de planes cuya ejecución implicó la detención ilegal de ciudadanos presuntamente vinculados con actividades subversivas, los que eran trasladados a las instalaciones del SIE y encerrados en los calabozos existentes en los sótanos del lugar; no obstante ello, después del golpe de Estado del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, el ex-presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, dispuso además, que en dichos calabozos permanezcan ilegalmente privadas de su libertad, otras personas, lo que comunicó a su asesor Montesinos Torres, quien a su vez transmitió esa decisión al jefe de Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, y éste, a su vez, al jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército, Alberto Pinto Cárdenas, con lo cual, queda claro, la importante cadena de mando que operó en los secuestros.



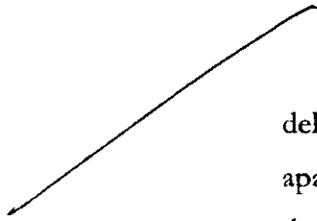
Bajo dicha premisa, se incrimina al ex-presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, haber planificado y ordenado, conjuntamente con Vladimiro Montesinos Torres, que personal del Ejército Peruano, prive de su libertad al periodista Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, quien fue intervenido en su domicilio del distrito de Surco, a las tres horas del seis de abril de mil novecientos noventa y dos y trasladado hacia las instalaciones del Servicio de Inteligencia del Ejército, donde fue recibido por el jefe de dichas instalaciones, coronel EP, Alberto Pinto Cárdenas, permaneciendo hasta el día siguiente en uno de los ambientes del sótano *-lugar en el que se habían implementado unos calabozos-*, para luego ser trasladado a la Dirección de Seguridad del Estado en el local de la Prefectura.



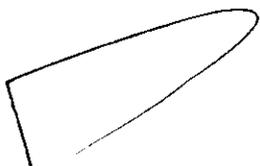
El señor Fiscal Supremo también atribuye al ex-mandatario, haber planificado y ordenado que personal militar prive de su libertad al ciudadano Samuel Edward Dyer Ampudia, quien, según ha referido en su declaración preventiva de fojas dieciocho mil seiscientos nueve a dieciocho mil seiscientos doce, fue detenido por el entonces



coronel de la Policía Nacional del Perú, Carlos Domínguez Solís, y Director Nacional de Contrainteligencia del Servicio de Inteligencia Nacional, el veintisiete de julio de mil novecientos noventa y dos, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en circunstancias que se disponía a abordar conjuntamente con su hijo, un vuelo con destino a los Estados Unidos, y conducido a los calabozos ubicados en los sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército; a mérito, según se le dijo, de una presunta requisitoria por delito de terrorismo, permaneciendo aislado en dicho lugar hasta el cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos; debiendo su hijo continuar su viaje.



Afirma, que lo cierto es que tal requisitoria no existió, constituyendo la detención del agraviado Dyer Ampudia un acto ilegal, por lo que, sólo a fin de darle cierta apariencia de legalidad y en un intento de salvar responsabilidades, el jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército, coronel EP en retiro, Pinto Cárdenas, que recibió al agraviado por disposición de Montesinos Torres, le manifestó que era una orden del ex-presidente Fujimori Fujimori se comunicó con el jefe de la Dirección Nacional contra el Terrorismo, general de la Policía Nacional del Perú, Antonio Ketín Vidal Herrera, para que se inicien las investigaciones por presunto delito de terrorismo, lo que recién se hizo el treinta de julio de mil novecientos noventa y dos conforme se desprende de la declaración de Vidal Herrera de fojas dieciocho mil seiscientos quince y también de lo declarado por el coronel PNP, Washintong Rivero Valencia de fojas diecinueve mil quinientos cuarenta y siete. Confirmando las investigaciones lo que, desde un inicio fue evidente que el agraviado Dyer Ampudia no tenía ninguna vinculación con actividades terroristas, tal como concluyó el parte policial de fojas diecisiete mil ochocientos noventa.



Estos hechos los calificó el Fiscal como delito de secuestro, previsto en el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal (texto original), con la agravante a que se contrae el inciso uno, considerando que en él existió **trato cruel y humillante**, por la forma de reclusión de los mismos en los calabozos de una institución castrense, desconocida para ellos, sin justificación legal alguna, precisamente en circunstancias en

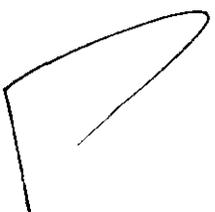


que se había producido un golpe de Estado, el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos y en el que era latente la posibilidad de una inhumana persecución militar contra los opositores al régimen; agrega, que dicho contexto determinó una total incertidumbre en las víctimas respecto al destino que les deparaba, no sólo porque no se formuló ningún registro sobre su detención, sino además, porque en el caso del agraviado Gorriti Ellenbogen, era pública su posición respecto a la necesidad de investigar las actividades ilícitas del ex-asesor Montesinos Torres, tanto, así, que tenía previstas algunas medidas en caso de ser perseguido, por lo que, temió fundadamente por su vida. En el caso del agraviado Dyer Ampudia, la privación de libertad, se sustentó en una inexistente requisitoria, consistiendo esta sólo un pretexto para mantenerlo privado arbitrariamente de este elemental derecho por siete días, y es recién al tercer día, que se comunicó a las autoridades competentes sobre su detención, empero, dicha situación arbitraria continuó en los calabozos del sótano del Servicio de Inteligencia del Ejército.



En tal virtud, reproduciendo en lo pertinente los dictámenes anteriores, el señor Fiscal Supremo en lo Penal, en función a los delitos que estimó probados: homicidio calificado – asesinato, lesiones graves y secuestro agravado, solicitó que se impusiera al encausado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, treinta años de pena privativa de la libertad, cien millones de nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de los agraviados de los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, y trescientos mil nuevos soles a favor de cada uno de los agraviados del delito de secuestro, caso “Sótanos SIE”.

3. El Plenario.



La fase decisoria de este proceso penal seguido contra el imputado Alberto Fujimori Fujimori se desarrolló oralmente en sesiones públicas, continuas y contradictorias; el representante del Ministerio Público, la parte civil y la defensa del imputado aportaron múltiples pruebas documentales, audiográficas y testimoniales cuya admisibilidad e idoneidad fue ampliamente debatida, así, la audiencia pública se

desarrolló en ciento sesenta y un sesiones, conforme a las actas que corren en autos. El *periodo inicial* se llevó a cabo en las dos primeras sesiones, el *periodo probatorio* abarcó hasta la sesión centésima trigésima cuarta, el trámite de exposición o alegatos de las partes –que integra el *periodo decisorio*– comprendió los alegatos orales del Fiscal Supremo –de la sesión centésima trigésima quinta a la sesión centésima cuadragésima–; de la parte civil –de la sesión centésima cuadragésima primera a la sesión centésima cuadragésima cuarta– y de la defensa del acusado –de la sesión centésima cuadragésima quinta a la sesión centésima quincuagésima octava–. La autodefensa del imputado –que, asimismo, forma parte del *periodo decisorio*– se produjo en las sesiones centésima quincuagésima novena y centésima sexagésima. El trámite de deliberación, de carácter secreto, se efectuó oportunamente con los resultados que arroja la sentencia materia de grado, cuya lectura fue materia de la sesión centésima sexagésima primera.

4. La Sentencia.

El Tribunal Penal Especial estimó que, al haberse acreditado la materialidad de los delitos incriminados y la responsabilidad penal del imputado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori correspondía emitir una sentencia condenatoria, condenándolo como autor mediato de la comisión de los delitos 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 Isaiás Ríos Pérez, Nelly María Rubina Arquiniño, Odar Mender Sifuentes Núñez, Benedicta Yanque Churo, Javier Manuel Ríos Rojas, 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, Hugo Muñoz Sánchez. *Lesiones graves*, en agravio de: Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega, Alfonso Rodas Alvitres.

Del mismo modo, el Tribunal de Instancia consideró que los mencionados delitos de homicidio calificado y lesiones graves constituyen crímenes contra la Humanidad, según el Derecho Internacional Penal.

Asimismo, condenó a Alberto Fujimori Fujimori como autor mediano del delito de *Secuestro agravado*, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, en agravio de: Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edward Dyer Ampudia.

Por estos motivos le impusieron veinticinco años de pena privativa de libertad, estableciendo como medidas a favor de los agraviados, conforme lo definido en la Parte Tercera, Capítulo IV, acápites 3° a 8°, de la sentencia materia de grado las siguientes: se fijó por concepto de *daños inmateriales* a favor de Marcelino Marcos Pablo Meza y Carmen Juana Mariños Figueroa, hermanos de los agraviados fallecidos Heráclides Pablo Meza y Juan Gabriel Mariños Figueroa, respectivamente, la suma de sesenta y dos mil cuatrocientos nuevos soles a favor de cada uno de ellos; señaló por concepto de pago compensatorio la cantidad de veinte mil dólares americanos 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, y Hugo Muñoz Sánchez. Asimismo, a favor de: Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega, y Alfonso Rodas Alvitres. La cantidad de sesenta y dos mil cuatrocientos nuevos soles que se divide en forma proporcional a favor de cada agraviado; es decir, dos mil novecientos setenta y un nuevos soles con cuarenta y tres céntimos a cada uno de ellos; se determinó 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 Edward Dyer Ampudia; se precisó que los tres montos dinerarios serán abonados por el encausado Alberto Fujimori Fujimori a título personal. Estos montos, a su vez, devengarán el interés legal desde la fecha en que se produjo el daño; resolvió que no procede reconocer a favor de los veintinueve agraviados correspondientes a los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta” –con la excepción fijada en el literal a) del párrafo anterior– una suma indemnizatoria por concepto de daños materiales e inmateriales, porque ya se decidió el punto en sede internacional, cuya ejecución en sede interna debe hacerse en la vía y forma de ley; decretó el cumplimiento de medidas de satisfacción, rehabilitación y de no repetición solicitadas por la parte civil porque éstas ya han sido dispuestas por la justicia internacional (siete medidas en cada uno de los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta” han sido dispuestas por la CIDH); en atención a lo definido en el párrafo 764º de esta sentencia, el Tribunal hizo constar, terminantemente, que los veintinueve agraviados reconocidos en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta” –cuyos nombres se indican en el párrafo 783º, I y II, del fallo– no estaban vinculados a las acciones terroristas del PCP–SL ni integraban esa organización criminal; dispuso se formulen cargos: contra Alberto Augusto Pinto Cárdenas, Vladimiro Montesinos Torres y Nicolás de Bari Hermoza Ríos por delito de secuestro agravado en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen; contra Nicolás de Bari Hermoza Ríos por delito de rebelión en agravio del Estado; y, contra Willy Chirinos Chirinos por delito de falso testimonio en agravio del Estado, y en consecuencia, ordenó se forme el cuaderno respectivo con copia de esta sentencia y de las piezas procesales citadas en la Parte Tercera, Capítulo V, acápites 2 y 3, y se envíe a la Fiscalía Provincial competente para los fines de ley correspondientes; dispuso se curse el respectivo requerimiento de investigación al Ministerio Público para que realice los actos de averiguación respectivos acerca del análisis de ADN que se habría enviado a Londres para determinar la identidad de las víctimas del caso “La Cantuta”.

CAPITULO II

DEL AGRAVIO DE LAS PARTES

1. Del recurso de nulidad



El Recurso de Nulidad es aquel medio impugnativo que se interpone a fin de recurrir ante la máxima instancia judicial, cuando en el fallo inferior se ha violado la forma, la ley o la Constitución Política del Estado; es un medio de impugnación no suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo, que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión penal conforme a los supuestos esbozados en el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales⁹, lo que se justifica por motivo de derecho material o procesal; constituyendo el presupuesto subjetivo de dicho recurso impugnativo, el agravio o perjuicio.



Que, en este contexto, la expresión de agravios define y delimita el marco de pronunciamiento de este Supremo Tribunal, en mérito al principio de congruencia recursal concebido como enlace o vínculo entre lo impugnado o cuestionado y lo resuelto en la sentencia, en el ámbito de exigencia de concordancia o armonía que obliga a establecer una correlación total entre dos grandes elementos: la expresión de agravios y la decisión de la instancia jurisdiccional de revisión. Que, en atención a ello, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión de este Supremo Tribunal, estando vedado pronunciarse fuera del alcance de las pretensiones que no fueron materia de impugnación por parte de los recurrentes, puesto que, la congruencia es una exigencia lógica que está presente en todo el proceso penal, por lo que procede

⁹ Expresamente señala, “La Corte Suprema declarará la nulidad: 1) Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal; 2) Si el Juez que instruyó o el Tribunal que juzgó no era competente; y 3) Si se ha condenado por un delito que no fue materia de la instrucción o del Juicio Oral, o que se haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación (...)”.



en el presente caso únicamente emitir pronunciamiento respecto a las cuestiones incluidas en la expresión de agravios de conformidad a lo dispuesto por el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve¹⁰, en ese sentido, “... *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*”¹¹; no obstante ello, este Supremo Tribunal también merituará los argumentos expuestos por las partes procesales durante los informes orales correspondientes a la vista de la causa llevada a cabo los días veintitrés, veinticuatro y veinticinco de noviembre del presente año, además, de las denominadas “*conclusiones parciales de la defensa de Alberto Fujimori Fujimori- primera, segunda, tercera y cuarta parte*”, que se hicieran llegar por escrito por intermedio de la Oficina de Mesa de Partes Única de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, al igual que de los abogados de la parte civil, obviamente como ampliación de los fundamentos de la pretensión impugnatoria y no así como aceptación de nuevas pretensiones, pues proceder en tal sentido, constituiría una grave afectación a los principios preclusivo y previo que rigen al recurso de nulidad.

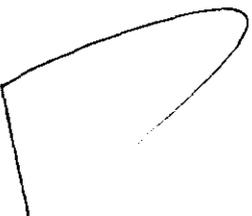


Se procede en este sentido, con el único propósito de garantizar en su mayor extensión el derecho de defensa de los sujetos procesales consagrado en el inciso décimo cuarto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado¹², sobre todo, cuando éste se hace justificable por la voluminosidad de la

¹⁰ Expresamente señala, “Las partes deberán fundamentar en una plazo de 10 días el recurso de nulidad. En caso de incumplimiento se declarará improcedente el recurso. Esta disposición se extiende a la impugnación de autos, en cuyo caso el plazo para fundamentarla es de cinco días”.

¹¹ RÍOS RAMÓN, Teodoro. “*Influencia de los Principios Acusatorio y de Legalidad de la Impugnación Penal*”. Revista de derecho procesal tres. Medios de Impugnación. Recursos dos, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, mil novecientos noventa y nueve, página trescientos sesenta y tres.

¹² Expresamente señala, “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. Tienen derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por ésta desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.



sentencia recurrida (setecientos ocho páginas) y al plazo de diez días al que se refiere la norma adjetiva mencionada líneas arriba, que para el caso en concreto resulta breve.

2. Del agravio del procesado

En atención a los alcances del inciso 5 del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, el abogado defensor del procesado Alberto Fujimori Fujimori en su escrito de formulación de agravios de fojas sesenta y nueve mil seiscientos nueve, alega en relación a la sentencia recurrida, que este Supremo Tribunal debe declarar alternativamente:

- o la absolución de la acusación;
- o la celebración de un nuevo juicio oral por otro Tribunal;
- o la insubsistencia de la autodefensa del acusado y los alegatos, retrotrayendo el juicio oral hasta la acusación oral para realizarse la desvinculación de la acusación Fiscal conforme al artículo doscientos ochenta y cinco - A, inciso dos del Código de Procedimientos Penales.

Con dicho objetivo invoca:

2.1 Causa de nulidad en cuanto a la condena por el delito de homicidio calificado por alevosía en agravio de Luís Antonio León Borja y otros – Caso “Barrios Altos” por:

2.1.1 Violación del principio de legalidad constitucional, por: **i).**- atribuir al Presidente de la República, la potestad militar de mando sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, sin estar establecido en la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve; **ii).**- No aplicar la Ley Constitucional del nueve de enero de mil novecientos noventa y tres;

2.1.2 Violación del principio de legalidad penal al calificarse los hechos como delitos contra la humanidad;

2.1.3 Violación del principio de especialidad, al establecerse en la recurrida hechos que no fueron objeto de la sentencia de extradición; atribuyéndosele a su defendido la dirección del aparato de poder (*destacamento Colina*), que perpetró desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, ocurridas durante los años mil novecientos noventa y uno y mil novecientos noventa y dos, a fin de establecer como probada la política antiterrorista de guerra sucia, que se incrimina dispuso el imputado;

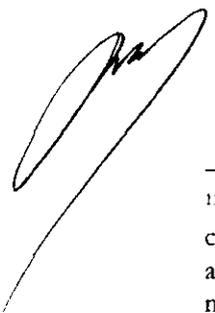
2.1.4 Violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, por: i) Haberse empleado indicios contingentes para condenar a su defendido, a pesar de no haberse probado los hechos bases y que el Ministerio Público no presentó conjuntamente en la etapa de pruebas ni en la acusación el hecho básico, la norma de presunción y el hecho presunto; ii) Se utilizó para condenar indicios contingentes a pesar de no haberse probado los hechos bases; iii) Se utilizó para condenar indicios contingentes a pesar de no haberse establecido los hechos presuntos por la existencia de contraindicios; iv) Insuficiencia de indicios contingentes para probar que el procesado Fujimori Fujimori, fue quien dirigió el denominado "Destacamento Colina" y ordenó las muertes producidas en "Barrios Altos" y "La Cantuta"; v) La deficiente valoración probatoria de los libros "Muerte en el Pentagonito", y "Ojo por Ojo", cuyos autores son los testigos Ricardo Uceda Pérez y Umberto Jara Flores, respectivamente; vi) La indebida sustitución de testimonios prestados en el juicio oral; vii) La indebida valoración de las declaraciones dadas por Vladimiro Montesinos Torres fuera del juicio oral, a pesar de haber violado el deber de buena fe procesal por abuso del derecho al silencio y la indefensión que ocasionó a la defensa; viii) La deficiente valoración de los Manuales del Ejército ME treinta y ocho - veinte y treinta y ocho - veintitrés, al ser



considerados como prueba, no obstante, la existencia de documentos contradictorios de mayor nivel; ix) La valoración arbitraria de documentos y testimonios, tomando solamente de ellos, los datos incriminatorios y no los datos exculpatorios, produciéndose una división ilegal de la prueba; x) La deficiente valoración de los documentos desclasificados de los Estados Unidos; xi) La no aplicación de las reglas de la determinación alternativa prevista por el artículo doscientos ochenta y cinco - A¹³ del Código de Procedimientos Penales, pues se habría demostrado la realización de otro delito, distinto al de asesinato por autoría mediata por dominio de la organización, así como en el caso del homicidio por omisión o el encubrimiento;



2.1.5 Violación de la garantía constitucional de la defensa procesal al haberse desvinculado de la acusación fiscal: i) Para establecer una política antiterrorista de guerra sucia de facto; ii) Para descartar el argumento de defensa de la ausencia del indicio móvil para una política antiterrorista de guerra sucia.



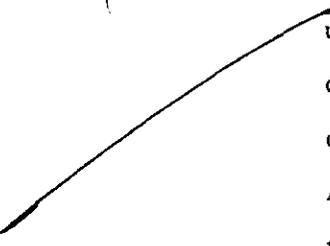
¹³ Expresamente señala, “1. La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 28”. 2. En la condena, no se podrá modificar la calificación 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 doscientos sesenta y siete. 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 justifiquen la imposición de una medida de seguridad. 4. En la condena, la Sala podrá aplicar al hecho objeto de acusación una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Esta posibilidad debe motivarse especialmente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta”

2.2 Causa de nulidad en cuanto a la condena por el delito de lesiones graves en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña y otros – Caso “Barrios Altos”, señala que existe:

2.2.1 Violación al principio de legalidad constitucional: i) Al atribuirle al procesado Fujimori Fujimori la potestad militar sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a pesar de no estar establecido en la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve; ii) Al no aplicar la Ley Constitucional del nueve de enero de mil novecientos noventa y tres;

2.2.2 Violación del principio de legalidad penal, al calificar la recurrida los hechos como delitos contra la humanidad;

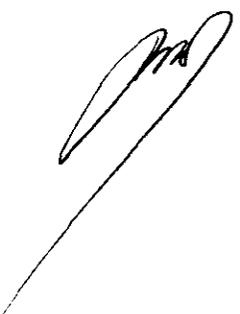
2.2.3 Violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, por las siguientes causas: i) Haberse empleado indicios contingentes para condenar a su defendido, a pesar de no haberse probado los hechos bases y que el Ministerio Público no presentó conjuntamente en la etapa de pruebas ni en la acusación Fiscal el hecho básico, la norma de presunción y el hecho presunto; ii) Se utilizó para condenarlo indicios contingentes a pesar de no haberse probado los hechos bases; iii) Se utilizó para condenar indicios contingentes a pesar de no haberse establecido los hechos presuntos por la existencia de contraindicios; iv) Insuficiencia de indicios contingentes para probar que el procesado Fujimori Fujimori, fue quien dirigió el denominado “Destacamento Colina” y ordenó las muertes producidas en “Barrios Altos” y “La Cantuta”; v) La deficiente valoración probatoria de los libros “Muerte en el Pentagonito”, y “Ojo por Ojo”, cuyos autores son los testigos Ricardo Uceda Pérez y Umberto Jara Flores, respectivamente; vi) La indebida sustitución de testimonios prestados en el juicio oral; vii) la indebida valoración de las declaraciones dadas por Vladimiro Montesinos Torres fuera del juicio oral, a pesar de haber violado el deber de buena fe procesal por



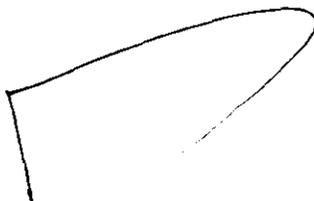
abuso del derecho al silencio y la indefensión que ocasionó a la defensa; viii) La deficiente valoración de los Manuales del Ejército ME treinta y ocho - veinte y treinta y ocho - veintitrés, al se considerados como pruebas, no obstante, la existencia de documentos contradictorios de mayor nivel; ix) La valoración arbitraria de documentos y testimonios, tomando solamente de ellos, los datos incriminatorios y no los datos exculpatorios, produciéndose una división ilegal de la prueba; x) La deficiente valoración de los documentos desclasificados de los Estados Unidos; xi) La no aplicación de las reglas de la determinación alternativa prevista por el artículo doscientos ochenta y cinco - A del Código de Procedimientos Penales, pues se habría demostrado la realización de otro delito, distinto al de asesinato por autoría mediata por dominio de la organización, así como en el caso del homicidio por omisión o el encubrimiento;



2.2.4 Violación de la garantía constitucional de la defensa procesal al haberse desvinculado de la acusación fiscal: i) Para establecer una política antiterrorista de guerra sucia de facto; y ii) Para descartar el argumento de defensa de la ausencia del indicio móvil para una política antiterrorista de guerra sucia.

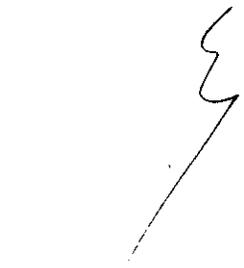


2.3 En cuanto a la causa de nulidad en el extremo de la condena por el delito de homicidio calificado por alevosía en agravio de Hugo Muñoz Sánchez y otros – Caso “La Cantuta”:

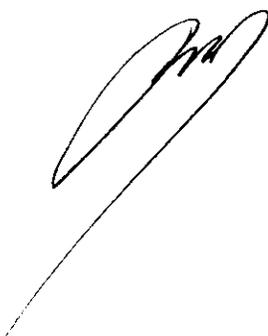


23.1 Violación al principio de legalidad constitucional, por: i) Al atribuirle al Presidente de la República potestad militar sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, a pesar de no estar establecido en la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve; ii) Al no aplicar el Tribunal la Ley Constitucional del nueve de enero de mil novecientos noventa y tres;

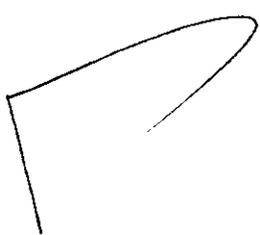
2.3.2 Violación del principio de legalidad penal al calificar los hechos como delitos contra la humanidad;

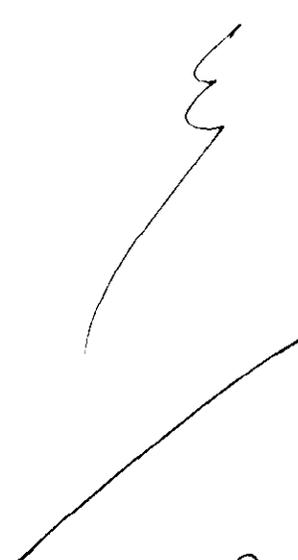


2.3.3 Violación de los hechos objeto de la sentencia de extradición, al establecerse en la recurrida hechos ajenos, atribuyéndosele a su defendido la dirección del aparato de poder (*destacamento Colina*), que perpetró desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales ocurridas durante los años mil novecientos noventa y uno y mil novecientos noventa y dos a fin de establecer como probada la política antiterrorista de guerra sucia, que se incrimina dispuso el imputado;



2.3.4 Violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, por: i) Haberse empleado indicios contingentes para condenar a su defendido, a pesar de no haberse probado los hechos bases y que el Ministerio Público no presentó conjuntamente en la etapa de pruebas ni en la acusación el hecho básico, la norma de presunción y el hecho presunto; ii) Se utilizó para condenar indicios contingentes a pesar de no haberse probado los hechos bases; iii) Se utilizó para condenar indicios contingentes a pesar de no haberse establecido los hechos presuntos por la existencia de conraindicios; iv) Insuficiencia de indicios contingentes para probar que el procesado Fujimori Fujimori, fue quien dirigió el denominado “Destacamento Colina” y ordenó las muertes producidas en “Barrios Altos” y “La Cantuta”; v) La deficiente valoración probatoria de los libros “Muerte en el Pentagonito”, y “Ojo por Ojo”, cuyos autores son los testigos Ricardo Uceda Pérez y Umberto Jara Flores, respectivamente; vi) La indebida sustitución de testimonios prestados en el juicio oral; vii) La indebida valoración de las declaraciones dadas por Vladimiro Montesinos Torres fuera del juicio oral, a pesar de haber violado el deber de buena fe procesal por abuso del derecho al silencio y la indefensión que ocasionó a la defensa; viii) La deficiente valoración de los Manuales del Ejército ME treinta y ocho - veinte y treinta y ocho - veintitrés, al ser

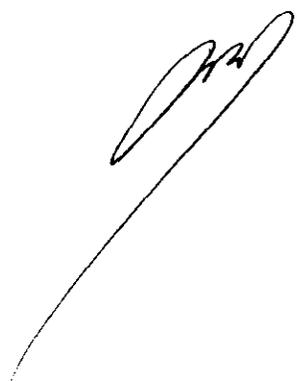




considerados como pruebas, no obstante, la existencia de documentos contradictorios de mayor nivel; ix) La valoración arbitraria de documentos y testimonios, tomando solamente de ellos, los datos incriminatorios y no los datos exculpatorios, produciéndose una división ilegal de la prueba; x) La deficiente valoración de los documentos desclasificados de los Estados Unidos; xi) La no aplicación de las reglas de la determinación alternativa prevista por el artículo doscientos ochenta y cinco - A del Código de Procedimientos Penales, pues se habría demostrado la realización de otro delito, distinto al de asesinato por autoría mediata por dominio de la organización, así como en el caso del homicidio por omisión o el encubrimiento;



2.3.5 Violación de la garantía constitucional de la defensa procesal al haberse desvinculado de la acusación fiscal: i) Para establecer una política antiterrorista de guerra sucia de facto; ii) Para descartar el argumento de defensa de la ausencia del indicio móvil para una política antiterrorista de guerra sucia.



2.4 Causa de nulidad en cuanto a la condena por el delito de secuestro calificado por trato cruel en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, por:

2.4.1 Violación de la garantía de la legalidad procesal al condenarlo por este delito a pesar de la prescripción de la acción penal;

2.4.2 Violación de la garantía de la legalidad penal al haberlo condenado, pese a existir falta de tipicidad: i) Atipicidad por imposibilidad de lesión al bien jurídico por suspensión de las garantías a la libertad personal; ii) Atipicidad por exceso en la participación de Vladimiro Montesinos Torres; iii) Atipicidad por no verificación de la circunstancia agravante trato cruel a la víctima.

2.5 Causa de nulidad en el extremo de la condena por el delito de secuestro calificado por trato cruel en agravio de Samuel Dyer Ampudia:

2.5.1 Violación de la garantía de la presunción de inocencia por falta de absolución, al condenarlo por este delito a pesar de la insuficiencia de prueba indiciaria;

2.5.2 Violación de la garantía de la legalidad procesal al condenarlo por este delito a pesar de la prescripción de la acción penal;

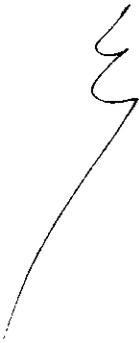
2.5.3 Violación de la garantía de la legalidad penal al haberlo condenado, pese a existir dos razones de falta de tipicidad: i).- Atipicidad por imposibilidad de lesión al bien jurídico por suspensión de las garantías a la libertad personal; ii) Atipicidad por no verificación de la circunstancia agravante trato cruel a la víctima.

3. Del agravio de la parte civil

3.1 Respecto al monto de la reparación civil asignado a **Gustavo Gorriti Ellenbogen**, sostienen que el monto indemnizatorio asignado es mínimo y no ha sido correctamente valorado, considerando la gravedad del daño causado, así no se ha tenido en cuenta:

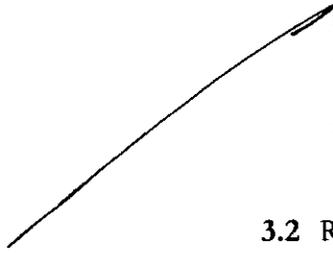
3.1.1 Que el daño causado es de carácter extrapatrimonial y responde a la situación de angustia y terror propiciada por una privación arbitraria, realizada por efectivos militares;

3.1.2 Que ha existido un móvil político detrás de su detención, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad;

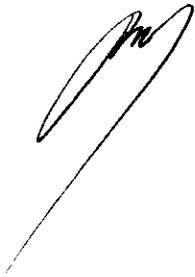


3.1.3 Existen circunstancias relevantes que tampoco se han tenido en cuenta, así la detención se produjo durante la ejecución de un autogolpe de Estado, durante un conflicto armado, que no garantizaba el respeto de los derechos de las personas privadas de la libertad, dándose así una situación de inestabilidad emocional e incertidumbre sobre su propia supervivencia;

3.1.4 También existió un escenario de inestabilidad jurídica y política, donde las instituciones y poderes del Estado habían sido censurados, además, de haber sido recluido en las instalaciones del Servicio de Inteligencia del Ejército, que por sus antecedentes creó una situación de angustia de mayor relevancia.



3.2 Respecto a la reparación civil asignada a **Rosa Elvira León Lunazco**, considera que el monto asignado no corresponde al daño ocasionado, por que a su entender tampoco se habría valorado:



3.2.1 Que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinan la responsabilidad del Estado frente a las violaciones de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos, razón por la cual se encuentra en la obligación de reparar el daño ocasionado, cuya representación en ese entonces correspondía a Alberto Fujimori Fujimori a título individual, en calidad de autor mediato de los hechos ocurridos en “Barrios Altos”, en cuanto fue quien planificó y condujo las actuaciones de los miembros del “Grupo Colina”;

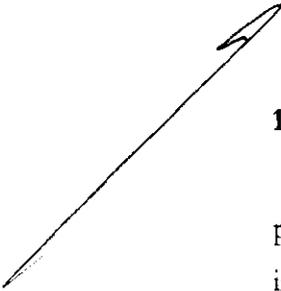
3.2.3 Los actos criminales realizados por el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, no constituyen delitos simples y comunes sino crímenes de lesa humanidad.

PARTE SEGUNDA

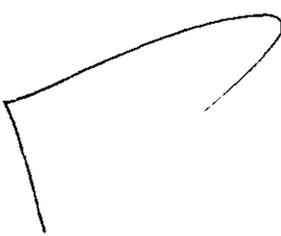
FUNDAMENTOS

CAPÍTULO I

1. Introducción



Este Supremo Colegiado considera pertinente señalar, que el objeto de un proceso penal es poner fin a una controversia judicial, evitando en lo posible, el retardo innecesario del mismo debido a un impulso negligente del órgano jurisdiccional o por una conducta procesal obstruccionista u omisiva de parte de un imputado; pues en el fondo tales eventos solamente afectan al justiciable, quien podría permanecer bajo la carga de una acusación por más tiempo del necesario y razonable, es así, que la **tramitación** de una causa no debe sujetarse a procesos ritualistas, y engorrosos; antes bien debe siempre arribarse a una solución oportuna y justa de los conflictos, evitando que las circunstancias lesivas al proceso dejen una sensación de impunidad y corrupción que incide negativamente en la imagen del Estado.



Nos referimos a ello, en atención a los agravios propuestos por la defensa del procesado recurrente, en los que plantea tres soluciones alternativas, que a criterio de este Supremo Tribunal resultarían discordantes, toda vez, que si la pretensión originaria está dirigida a la exigencia de aplicación de los alcances de los artículos doscientos ochenta y cuatro y trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, esto es, en puridad lograr la absolución de su patrocinado por asumir que es inocente y no se encuentra acreditada su responsabilidad penal en los delitos que le imputa el representante del Ministerio Público; deviene en incongruente a su vez, pretender un nuevo juicio oral por otro Tribunal Supremo Especial. Siendo, empero de recibo,

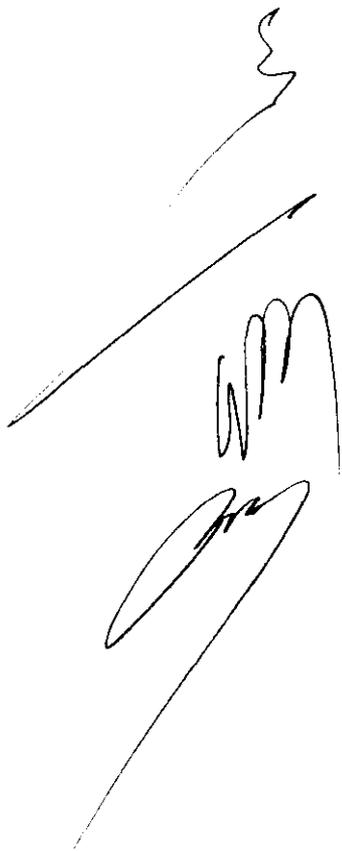
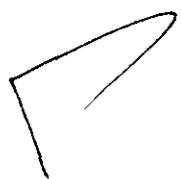
conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada asumida por esta instancia suprema, la aceptación de las nulidades parciales, debido a que la declaración de nulidad por infracción de la ley *-norma material-* o por vicios o errores de procedimiento *-normas procesales-* no debe afectar necesariamente toda la sentencia, sino exclusivamente aquél ámbito del pronunciamiento jurisdiccional que incurrió en una transgresión legal.

Nota aparte merece la pretensión dirigida a retrotraer el juicio oral hasta la acusación oral a fin de que se realice el procedimiento de desvinculación de la acusación conforme al artículo doscientos ochenta y cinco – A, inciso dos del Código de Procedimientos Penales; cuya exigencia no es amparable debido a que nuestro ordenamiento procesal penal vigente, se rige por el principio de unidad del juicio oral conforme consta del artículo doscientos sesenta y seis del Código de Procedimientos Penales, esto es, una sola etapa preclusiva llevada a cabo mediante sesiones de audiencia pública consecutivas, por cierto, concluida en el momento de dictarse la sentencia, ahora recurrida, por cuanto el principio de unidad y concentración que rige el juzgamiento, se sustenta en que *"(...) la audiencia tiene carácter unitario, Si bien puede realizarse en diferentes sesiones, éstas son parte de una sola unidad. Esto debido a la necesidad de continuidad y concentración de la misma. La audiencia debe realizarse en el tiempo estrictamente necesario, las sesiones de audiencia no deben ser arbitrariamente diminutas, ni debidamente prolongadas. Así una sesión que termina es una suspensión, no una interrupción del juicio. La razón de este principio está en que el juzgador, al oír y ver todo lo que ocurre en la audiencia, va reteniendo en su memoria la información expuesta. Sin embargo, cuanto más larga, se va diluyendo dicho recuerdo, corriéndose el riesgo de expedirse un fallo no justo (...)"*¹⁴

Lo cierto es, que la nulidad de una sentencia no puede efectuarse para cumplir pruritos formales no trascendentes o para responder cabalmente con solemnidades procesales, cuando están de por medio otras prioridades del proceso, como la celeridad, la claridad y en definitiva la justicia misma, por lo tanto, sólo es posible la nulidad del proceso cuando la entidad del error genera un déficit de las garantías

¹⁴ Vid; Cubas Villanueva, Víctor. El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y Práctica de su Implementación. Palestra Editores. Lima, dos mil nueve, página cuarenta y seis.

constitucionales del debido proceso, que afecten directamente al derecho de defensa efectiva de un acusado.

A series of handwritten marks on the left side of the page. At the top is a small, wavy scribble. Below it is a long, diagonal line sloping downwards from left to right. Underneath the line is a more complex, cursive signature. At the bottom of this group is a large, oval-shaped scribble.A simple, hand-drawn mark in the bottom left corner, consisting of a few connected lines forming a roughly triangular or arrow-like shape pointing towards the top right.

CAPÍTULO II

CASO “BARRIOS ALTOS” Y “LA CANTUTA”

1. Incriminación en el caso “Barrios Altos”

Como se ha señalado, el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, siendo las veintidós horas con treinta minutos, aproximadamente, en circunstancias que se realizaba una “pollada” en el solar del Jirón Huanta número ochocientos cuarenta, Barrios Altos – Cercado de Lima, organizada por los vecinos del lugar -en especial por Filomeno León León y Manuel Ríos Pérez-, ingresaron al referido predio varios agentes del Destacamento Especial de Inteligencia “Colina” - cubiertos con pasamontañas y portando armamentos de guerra con silenciadores-, quienes seleccionaron a algunos de los asistentes tildándolos de terroristas y lanzándoles improperios, para seguidamente colocarlos en el patio, impartiendo la orden de disparar contra ellos “Luz Verde”. En esta ejecución se mató a un niño de ocho años de edad – Javier Manuel Ríos Rojas-, quien al ser separado del grupo a victimar, se abalanzó hacia su padre cuando comenzaron los disparos, resultando de dicho evento criminal, quince personas muertas y cuatro gravemente heridas. Este destacamento militar había tomado conocimiento previo, a través del AIO Douglas Hiver Arteaga Pascual (a) Abadía – infiltrado en el Partido Comunista Peruano – Sendero Luminoso-, que en la referida actividad social se encontrarían presentes miembros activos del Partido Comunista - Sendero Luminoso, que utilizaban este tipo de actividades como una modalidad de funcionamiento de dicha agrupación subversiva para efectos de transmitir información a sus dirigentes y co-partidarios, así como para recaudar fondos económicos para la misma

2. Incriminación en el caso “La Cantuta”

El día diecisiete de julio de mil novecientos noventa y dos, el comandante general del ejército, Nicolás Hermoza Ríos se comunicó con el general EP Luis Augusto Pérez Documet, jefe de la División de Fuerzas Especiales – DIFE -, bajo cuyo mando se encontraba la Base de Acción Cívica instalada en la Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle” – “La Cantuta”, desde mayo de mil novecientos noventa y uno, y le ordenó que preste apoyo al general EP Rivero Lazo, director de la Dirección de Inteligencia del Ejército - DINTE, en la incursión a esa Casa de Estudios. El citado oficial militar jefe dispuso que como había sido jefe de dicha Base Militar, el teniente EP Portella Núñez, quien sirviera de enlace entre el grupo especial y la Base Militar, éste fue escogido por el mayor EP Martín Rivas del cuartel “La Pólvora” donde se encontraba a cargo del Servicio de Guardia; así, en horas de la madrugada del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos los miembros del Destacamento “Colina” ingresaron a la citada Universidad, a bordo de dos camionetas Pick Up, organizados en varios grupos, todos ellos encapuchados y portando armas de fuego con silenciadores, se dirigieron a la residencia de los estudiantes y, luego de identificarlos, separaron a los nueve agraviados, así como también hicieron lo mismo con el profesor Hugo Muñoz Sánchez, en seguida, los subieron a las camionetas y se los llevaron con destino al kilómetro uno y medio de la autopista Ramiro Prialé, donde les dieron muerte, los enterraron e incineraron; posteriormente, otro grupo verificó la forma en que se había intentado hacer desaparecer las huellas e informó que los cadáveres no estaban adecuadamente enterrados, por lo que se retiraron algunos cadáveres y se les trasladó a la Quebrada de Chavilca en el distrito de Cieneguilla, donde los sepultaron clandestinamente, lugar en el que posteriormente fueron hallados merced a una investigación periodística.

3. **La Autoría mediata por “organización”:** *Por dominio de la voluntad en aparato de poder organizado.*

3.1 Preliminares

Antes de desarrollar las consideraciones dogmáticas sobre la fundamentación de la autoría mediata por organización, [por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados] es necesario dejar establecido que la sentencia de extradición, la acusación fiscal, así como la sentencia de vista, atribuyen responsabilidad penal al encausado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori como autor mediato. Si bien éste Tribunal Supremo en atención del *principio iura novit curia* no se encuentra vinculado a la argumentación jurídica esbozada por las instancias anteriores, o la de juzgamiento, ni se encuentra obligado procesalmente a aplicar la figura de autoría mediata, “...pues ello supondría la alteración completa de lo que es la función de juzgar y de hacerlo conforme al derecho positivo que el tribunal debe conocer...”¹⁵. En el presente caso el Supremo Tribunal en concordancia a dicho principio, y con profunda convicción, considera que evaluando los hechos materia de imputación, la fundamentación jurídica que se debe aplicar es la de autoría mediata por organización, en especial, **la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.**

Juristas peruanos como MEINI MÉNDEZ, GARCÍA CAVERO, CARO CORIA, CASTILLO ALVA, han aportado a la doctrina sobre el tema, no siempre coincidentemente, pero en particular, PARIONA ARANA, sostiene categóricamente que “en la actualidad, la teoría de la autoría mediata por organización se ha impuesto en la doctrina y constituye en la jurisprudencia nacional e internacional el soporte dogmático para el

¹⁵ Vid. MONTERO AROCA, Juan. “Principio del proceso penal. Una explicación basada en la razón”, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, mil novecientos noventa y siete, página ciento veintiuno.

enjuiciamiento de altos mandos, que valiéndose de aparatos organizados realizaron múltiples delitos'¹⁶.

3.2 Marco Legal y Concepto

El Código Penal peruano vigente, en su CAPITULO IV, en el libro de la Parte General, sistematiza dos formas de intervención delictiva: "Autoría y Participación". El texto del artículo 23 de este Código sustantivo, establece las distintas formas de autoría, en los siguientes términos: "el que realiza por sí, o por medio de otro el hecho punible¹⁷ y los que los cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción". De este modo se configuran normativamente la autoría directa o inmediata (el que realiza por sí); la autoría mediata (por medio de otro) y la coautoría (los que cometan conjuntamente). Siendo así, es claro que nuestro Código ha optado por la teoría del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación. En tal sentido, el segundo supuesto de autoría, por medio de otro, es la forma que se conoce como autoría mediata. Será tal autor quien utiliza o se aprovecha de la actuación de otra persona¹⁸ para concretizar sus objetivos delictivos.

¹⁶ Vid., expresamente, y con un desarrollo progresivo, PARIONA ARANA, Raul, en su obra "*Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*". Editorial Grijley, Lima, dos mil nueve, página doce.

¹⁷ Lo resaltado es nuestro.

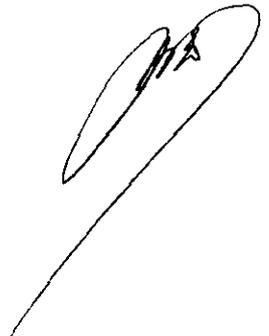
¹⁸ En este sentido, utilizando el término "persona interpuesta" se pronuncian: BRAMONTI – ARIAS TORRES, Luis Miguel. "*Manual de Derecho Penal. Parte General*". Editorial Eddili. Lima dos mil dos. Segunda Edición, páginas trescientos noventa y cinco y siguientes. / REATEGUI SÁNCHEZ, James. "*La Autoría Mediata por Dominio Organizativo No Estatal y su Implicancia en el Caso Abimael Guzmán*". En: Diálogo con la Jurisprudencia Año doce, número noventa y nueve. Editorial Gaceta Jurídica. Lima Diciembre dos mil seis, páginas, cuarenta y tres y siguientes. / URQUIZO OLMACHEA José. "*El Concepto de Autor de los Delitos Comunes en la Dogmática Penal y su Recepción en el Código Penal Peruano*". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Editorial IDEMSA. Lima dos mil siete, páginas, quinientos ochenta y uno y siguientes. Y, por último, aunque utilizando el término "ejecutor", cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. "*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*". Editorial Grijley. Lima dos mil ocho, página, quinientos sesenta y seis.

3.3 La Autoría Mediata por Organización

3.3.1 Antecedentes, desarrollo y su aplicación en la jurisprudencia penal peruana



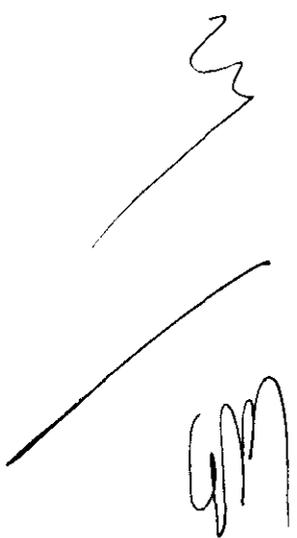
El cinco de febrero de mil novecientos sesenta y tres, el jurista alemán Claus ROXIN en una conferencia en Hamburgo, y luego en la apertura de su clase inaugural en la Universidad de Gotinga, -como aporte a la ciencia penal alemana y al derecho penal internacional-, dio a conocer una nueva forma de autoría mediata¹⁹ que tenía como cimiento el criterio del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder la misma que le permitía atribuir responsabilidad penal a título de “autor”²⁰ a quien, sin ejecutar los hechos delictivos de forma directa y “sin querer ensuciarse las manos deja que otros hagan el trabajo”²¹, sólo se limita a dar las órdenes. En este sentido, “autor mediato no es sólo el jefe máximo de una



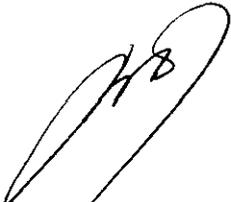
¹⁹ Vid. ROXIN, Claus. “*Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal*”. En Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille. Buenos Aires mil novecientos setenta, páginas cincuenta y cinco al setenta, especialmente, de la página sesenta y dos al sesenta y cinco. / “*La autoría mediata por dominio en la organización.*” En: Problemas actuales de Dogmatica Penal. Ara Editores, Lima, dos mil cuatro, página doscientos veintitrés y siguientes. / “*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*”. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (Universidad de Extremadura). Prólogo de Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, dos mil, página, doscientos sesenta y nueve y siguientes. En estos trabajos, el autor tuvo la ocasión de desarrollara a propósito del caso Eichmann, quien “era un funcionario nazi encargado y responsable de numerosos asesinatos de judíos, pero con sus propias manos no había matado a nadie.” Vid., expresamente ROXIN “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*”. Traducción de Enrique Anarte Borrillo, de la Universidad de Huelva: En Revista Penal Julio mil novecientos noventa y ocho. Editorial Praxis. Barcelona, página sesenta y uno.

²⁰ La misma que no puede ser considerada como una forma extensiva de la punibilidad, cfr., BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, cuarta edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, mil novecientos noventa y cuatro, página, cuatrocientos treinta y seis; de manera similar, Quintero Olivares, Gonzalo (Dir), Morales Prats, Fermin, Prats Canut, José Miguel, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”. Pamplona, mil novecientos noventa y nueve, página quinientos cuarenta y nueve.

²¹ Cfr. ROXIN, Claus. “*Dominio de la organización y resolución al hecho*”, en: La Teoría del Delito. En la discusión actual, Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Editorial Grijley. dos mil siete, especialmente, página, quinientos veinte.



organización criminal, sino todo aquél que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo²², siendo el factor decisivo, en este primer planteamiento, para fundamentar el dominio de la voluntad, “la fungibilidad del ejecutor”²³, la que actúa al mismo tiempo como un “engranaje –sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder”²⁴; es así que, con esta nueva forma de autoría mediata, conjuntamente con las otras formas clásicas del dominio del hecho por “coacción” y “error”²⁵, se agotarían las tres posibles formas de autoría mediata, las que se materializan en la realización de un hecho punible efectuado por otra persona o instrumento, y por ende, que no sea el de propia mano.



Sin embargo, como toda ciencia evoluciona, la doctrina de esta teoría ha sido ampliada por el propio Roxin en posteriores investigaciones²⁶, así, en una conferencia en Sevilla, éste autor amplió a cuatro las condiciones que deben de existir para afirmar el dominio de la organización como forma de autoría mediata²⁷, siguiendo la propuesta de éste autor, se ha de requerir; *a) poder de mando sobre la organización, b) que la organización de la cual se vale el hombre de atrás se encuentre*

²² Cfr. ROXIN, Claus. “Problemas de autoría y participación...”, página sesenta y cuatro. “...incluso cuando él mismo actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos.”

²³ Cfr. ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del hecho...” página, doscientos setenta y dos. El mismo, en: “Problemas de autoría y participación...” página sesenta y dos. El mismo ROXIN, “Problemas de autoría y participación...” página sesenta y uno. “ocupan posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el resultado”.

²⁴ Vid. ROXIN. “Autoría...”, página doscientos setenta y tres.

²⁵ Vid. ROXIN, Claus. “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder”. En: Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Revista Trimestral. Año ocho, número veintinueve a treinta y dos. Ediciones Depalma, Buenos Aires, mil novecientos ochenta y cinco, página trescientos noventa y nueve y siguientes.

²⁶ Vid. ROXIN. “Dominio de la organización...”, página, quinientos treinta y siguientes.

²⁷Cfr., con más detalle, ROXIN, Claus. “El Dominio de Organización como forma independiente de Autoría Mediata”. Conferencia pronunciada el veintitrés de marzo de dos mil seis en la Clausura del Curso de Doctorado. “Problemas Fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la Universidad Pablo de Olavide Sevilla. En REJ. Revista de Estudios de la Justicia – número siete, año dos mil seis. página, quince y siguientes; el mismo, actualmente en: “Dominio de la organización...”, página quinientos treinta y dos.

desvinculada del ordenamiento jurídico, c) que en dicha organización debe concurrir la fungibilidad, es decir la posibilidad de reemplazar al autor inmediato caracterizado como una figura intercambiable, y d) una alta o considerable disponibilidad del ejecutor hacia el hecho. La disponibilidad hacia el hecho, junto con la intercambiabilidad de los miembros “constituyen para los hombres de atrás un elemento esencial de la seguridad con la cual ellos pueden contar para el cumplimiento de sus órdenes”²⁸.

La utilidad práctica de la doctrina de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, se consolidó por primera vez en la jurisprudencia nacional peruana, [aunque habiendo transcurrido cerca de cuarenta y tres años, contando desde su origen; y, doce años desde que entró en vigencia en el Código Penal] en la sentencia de la Sala Penal Nacional²⁹, [Caso “Sendero Luminoso”] en la cual se dejó establecido³⁰ que el dominio sobre la organización consiste *en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden*. En este mismo caso, la Corte Suprema³¹ determinó responsabilidad penal al líder del grupo terrorista “Sendero Luminoso” en calidad de autor mediato, argumentando que como miembro del Comité Central había dado la orden para matar a los comuneros de Lucanamarca, indicando que “los que dieron las órdenes resultan ser autores mediatos y los ejecutores los autores directos”³², subrayando que según la doctrina, en opinión mayoritaria dicho Colegiado afirmó que “tres son los requisitos para que se configure el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados: a)

²⁸ Vid. ROXIN, “*Dominio de la organización...*”: página, quinientos treinta y uno.

²⁹ Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil seis, expediente acumulado número quinientos sesenta guión cero tres, página setenta y cuatro y siguientes.

³⁰ Al respecto, y más detallado, revítese el antepenúltimo párrafo del fundamento jurídico décimo tercero.

³¹ Véase la Ejecutoria Suprema emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, recaída en el Recurso de Nulidad número cinco mil trescientos ochenta y cinco guión dos mil seis guión Lima, de fecha catorce de diciembre de dos mil siete.

³² Ejecutoria, R.N. número cinco mil trescientos ochenta y cinco guión dos mil seis guión Lima, página treinta y cinco.

organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los autores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico³³.



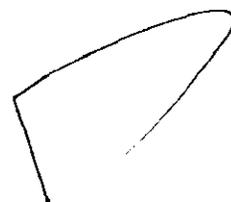
En un segundo momento apreciamos que la Sala Penal Especial, en la presente causa, también ha asumido la tesis que se planteó en la sentencia de extradición y se desarrolló en la acusación fiscal, esto es, *la figura de la autoría mediata por el dominio de la voluntad en un aparato organizado de poder*. Se ha asumido directamente la tesis desarrollada por Roxin y considera que existen tres formas de autoría mediata: i) por dominio del error del ejecutor, ii) por dominio de la coacción sobre la voluntad de ejecutor y iii) por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Sobre esta última forma de autoría, la Sala Penal Especial para afirmar y fundamentar la existencia de la autoría mediata por el dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, no consideró el dominio sobre la persona interpuesta que ejecuta el delito [autor inmediato], sino sobre el aparato de poder al que por su estructura se encuentra integrado el ejecutor, llegando a establecer los presupuestos de la autoría mediata por organización criminal, que proporciona [le dio y le da] Roxin. Tales presupuestos y requisitos funcionales serían, en primer lugar, como presupuesto general la existencia previa de una organización estructurada con asignación de roles que tiene una vida funcional independiente de la de sus integrantes, en segundo lugar, en un nivel objetivo: i) el poder de mando, ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; y, en un nivel subjetivo: iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato y iv) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho.



3.3.2 Fundamentos de la autoría mediata por organización

Autor mediato es quien valiéndose del pleno dominio de una organización [para el presente caso, un aparato de poder organizado] ordena la comisión de delitos³⁴. En

³³ Ejecutoria, R.N. número cinco mil trescientos ochenta y cinco guión dos mil seis guión Lima, página treinta y seis.



este sentido, para atribuirle al autor mediato el dominio sobre la producción del resultado [el que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado de poder: autor inmediato] éste debe tener pleno dominio concreto³⁵ sobre la organización³⁶, más no sobre el ejecutor inmediato.

A) Existencia de una organización

Si como punto de partida se afirma que el dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que fácticamente es realizado por un órgano de ejecución cohesionado en el aparato organizado, entonces, es necesario contar con un cimiento elemental, esto es, la “existencia previa de una organización”, la que tendrá como punto de partida para su construcción algunos principios básicos³⁷, como: *i*) principio de la jerarquía y, por ende, *ii*) la asignación de roles³⁸.

³⁴ En igual sentido, vid., PARIONA ARANA. “*Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*”. Editorial Grijley, Lima, dos mil nueve, página ciento diez y siguientes.

³⁵ Vid., expresamente, PARIONA ARANA. “*Autoría mediata por organización...*” página ciento once, “...se trata de un dominio concreto sobre la organización, y no de un dominio o control del intermediario”.

³⁶ Así, el fundamento jurídico para la condena como autor, en todos los casos de dominio de la voluntad, está en la descripción típica de la misma”, vid., expresamente, ROXIN. “*Sobre la Autoría...*” página sesenta y cuatro. En el mismo sentido, vid., PARIONA ARANA. “*Autoría mediata por organización...*”, página cincuenta y nueve, considera que, “...El dominio sobre la organización posibilita a su vez el dominio del logro del resultado típico”. Aunque éste autor, en una posición distinta a la tomada por éste TRIBUNAL SUPREMO, considera como “características de este dominio, la actuación fuera del derecho y la –por lo general–reemplazabilidad de los órganos de ejecución de la organización”, lo que para este Tribunal son presupuestos fundantes.

³⁷ Vid., expresamente, y más amplio, FARALDO CABANA, Patricia. “*Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*”. Tirant Lo Blanch. Valencia dos mil tres. página, diecinueve. Aunque, para ésta autora prefiere utilizar en lugar de *asignación de roles*, la terminología “*división del trabajo con reparto de funciones*”.

³⁸ Así, con igual parecer, utilizando el término “*distribución de funciones*”, pero siempre en el mismo sentido, vid., CASTILLO ALVA, José Luis. “*Autoría Mediata por Dominio de Aparatos Organizados de Poder. En Sistemas Penales Iberoamericanos*”. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su sesenta y cinco Aniversario. ARA Editores. Lima dos mil tres, página seiscientos seis.

Dicho aparato organizado de poder dada su estructura jerárquica³⁹ de corte vertical, hace posible “esa separación entre los dirigentes y los simples ejecutores”⁴⁰, designándose entre ellos una “asignación de roles”, y “permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes”⁴¹. Por lo que, debido al flujo de operatividad del “mecanismo funcional del aparato”⁴², se comienza a desarrollar, por su naturaleza, una “cultura criminógena” totalmente independiente a la de sus integrantes o actores⁴³, de tal forma que el hombre de atrás [el autor mediato] tendrá la plena certeza que la orden o la misión que imparte será cumplida sin necesidad de conocer –directa o indirectamente- a los ejecutantes⁴⁴ [autores inmediatos], en virtud del “funcionamiento automático del aparato”⁴⁵. En efecto, “un aparato estatal que actúa delictivamente es un prototipo de la criminalidad organizada, porque normalmente la organización del Estado en el ámbito dominado por el aparato se muestra como su más completa y efectiva forma”⁴⁶.

³⁹ En este punto, la estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los “jefes supremos”, “líderes” o “mandos”, sean ejecutadas “automáticamente”. Vid., expresamente, PARIONA ARANA, “Autoría mediata...”, página ciento trece.

⁴⁰ Vid. FARALDO CABANA. “Responsabilidad...” página, diecinueve.

⁴¹ Vid., expresamente, PARIONA ARANA. “El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Dir. José Urquiza Olaechea. Tomo veintiuno, Lima, octubre dos mil nueve, página trescientos ochenta y cinco a trescientos noventa y siete, especialmente en la página trescientos noventa y seis. Sin embargo, una posición distinta ha sido planteada por ROXIN al señalar que la disponibilidad hacia el hecho, junto con la intercambiabilidad de los miembros “constituyen para los hombres de atrás un elemento esencial de la seguridad con la cual ellos pueden contar para el cumplimiento de sus órdenes”, debido a que el ejecutor “está más dispuesto al hecho que cualquier delincuente potencial, y que visto en su totalidad, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho por parte de los hombres de atrás”, vid., expresamente en: “Dominio de la organización...”, página, quinientos treinta y quinientos treinta y uno.

⁴² Vid., literalmente, ROXIN. “Voluntad de dominio...”, página cuatrocientos dos.

⁴³ Vid., expresamente, ROXIN, “Autoría...”, página, doscientos setenta y dos. “Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros.”

⁴⁴ Así, expresamente, vid., Roxin, “Autoría...”, página, doscientos setenta y dos. “...el sujeto de atrás... puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor”.

⁴⁵ Vid., expresamente, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. “La Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder”. Comares. Granada, dos mil seis, página doce.

Además, la autoría mediata de los hombres de atrás [autores mediatos] está condicionada a que las órdenes sean dictadas en el marco de una organización [aparato organizado de poder] que funciona y opera extramuros del ordenamiento jurídico del “Estado de Derecho”⁴⁷. Esto es, asienta el dominio que se ejerce sobre la organización y hará, por consiguiente, que los ejecutores [autores inmediatos] se encuentren más predispuestos hacia la comisión del crimen, constituyendo así, una condición necesaria para el dominio del hecho en el nivel superior estratégico.

B) Presupuestos determinantes del dominio sobre la organización.

Los presupuestos fundamentales que permiten afirmar la existencia del dominio que ejerce el hombre de atrás [autor mediato] sobre una organización⁴⁸, siguiendo el hilo de su evolución, están en: **a)** el poder de mando que tiene el hombre de atrás sobre la organización, y **b)** el apartamiento del derecho o la “*constante antijuricidad*” de la organización, **c)** la fungibilidad y **d)** la predisposición a la realización del hecho ilícito.

b.1) Poder de Mando:

Para poder sancionar en autoría mediata al hombre de atrás, resulta fundamental que éste detente un poder de mando, el mismo que “no puede estribar en la toma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino sólo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa”⁴⁹, de tal forma que no resulta necesario que recurra a medios coactivos o

⁴⁶ Vid. ROXIN. “*Problemas de autoría...*”, página sesenta y uno.

⁴⁷ Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina. “*Autoría Mediata en Derecho Penal*”. Tirant Lo Blanch. Valencia dos mil, página trescientos setenta.

⁴⁸ Para un mayor entendimiento sobre los presupuesto del dominio por organización y fundamentos de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Vid., con más detalle, PARIONA ARANA. “*Autoría mediata por organización...*” específicamente, página cuarenta y cinco al ciento veintitrés. El mismo autor. “*El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata*”, especialmente en la página trescientos noventa y cinco a trescientos noventa y siete.

engañosos; por lo que, este poder de mando permite que la orden dispuesta por los mandos superiores, sin importar que esta sea explícita o tácita, basta con que incluya evidentemente la realización de ilícitos penales⁵⁰, sea cumplida por los subordinados. En consecuencia, el poder de mando que se tiene sobre y dentro de la organización, constituye el núcleo central para afirmar la existencia del dominio sobre la organización.

b.2) El apartamiento del derecho o la “constante antijuricidad” de la organización:

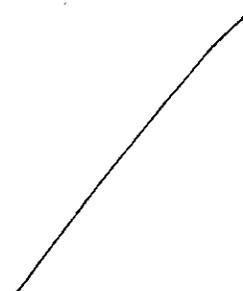
Habiendo quedado determinado que el poder de mando se fundamenta en *el mecanismo de funcionamiento del aparato criminal en el marco del que se actúa*, se necesita como un presupuesto fundamental para el cumplimiento de la orden, que esta estructura organizacional de corte jerárquico vertical y funcional en su unidad se encuentre al margen del ordenamiento jurídico⁵¹, puesto que, de no ser así, si la organización, su dirección y los órganos ejecutores se mantienen ligados al ordenamiento jurídico legal⁵² y constitucional, las órdenes de cometer delitos no tienen fuerza vinculante, puesto que el orden legal [nacional e internacional] tiene vigencia y supremacía, y por ende, no tiene el poder de materializar la voluntad criminal del hombre de atrás⁵³; en este sentido, quien recibe la orden criminal en una organización legal puede y debe hacer caso omiso y más bien recurrir a la

⁴⁹ Vid. ROXIN. “*Autoría y dominio del hecho...*” página, doscientos setenta y dos.

⁵⁰ Vid., más ampliamente sobre esta línea de desarrollo, AMBOS, Kai; GRAMMER, Christoph. “*Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar Argentina de Elisabeth Käsemann*”. Revista Penal número doce, dos mil tres, publicación semestral de la Ley, página veintisiete y siguientes.

⁵¹ Al respecto se ha de considerar que “el aparato de poder, naturalmente, no tiene que haberse separado del derecho en todos los aspectos, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza”, vid., así, ROXIN. “*Dominio de la organización y...*” página quinientos veintiocho. En ese mismo sentido también, vid., PARIONA ARANA “*Autoría mediata por organización...*”, página ciento trece y ciento catorce.

⁵² Entendido como un conjunto coordinado de normas, así expresamente en, BOBBIO, Norberto. “*Teoría General del Derecho*”. Editorial Themis. Colombia, mil novecientos noventa y nueve, página ciento cuarenta y uno y siguientes.



autoridad competente a denunciarlo. Por ello, es que no toda orden emitida en el marco de organizaciones fundamenta autoría mediata. Así, para afirmar una autoría mediata se precisa como *conditio sine qua non*, que sea una organización en “constante antijuricidad”; con ello, se pone de relieve que la organización se halla al margen del derecho antes y después del concreto crimen [de los muchos que pudieran haber realizado]. Con ello queda refutado el argumento que refiere que cualquier delito signifique un apartamiento del derecho. Aquí no se trata de un apartamiento del derecho “con” y “en” el caso concreto sin una constante antijuricidad [antes y después] de la organización. En esta línea de desarrollo, el apartamiento del derecho [o constante antijuricidad] pasa a ocupar un papel determinante en el cumplimiento de la orden y en el dominio sobre la organización, en la medida que, si la organización o el aparato organizado de poder, se articula en el cabal cumplimiento de los mecanismos internos propios de la estructura de la organización, posibilita el cumplimiento de sus objetivos.



En consecuencia, el apartamiento del derecho o la constante antijuricidad, siempre ha de operar extramuros del ordenamiento jurídico nacional e internacional⁵⁴. Por tanto, el poder de mando y apartamiento del derecho materializan el dominio que se tiene sobre la organización, pues sólo dentro de organizaciones que están apartadas del derecho, las órdenes ilícitas tienen fuerza vinculante con los órganos ejecutores y se cumplen “automáticamente”⁵⁵.

b.3) Fungibilidad:

Significa la posibilidad de sustituir al ejecutor. Esta se caracteriza por ser una pieza funcional en el engranaje de la organización, puesto que la representación de ejecutor sobre la organización, tiene como función ser un órgano ejecutor de las órdenes importantes de los altos mandos. De tal forma que, la ausencia de esta

⁵³ Vid. ROXIN. “*Autoría y dominio del hecho...*” página, doscientos setenta y siete.

⁵⁴ Vid., en este sentido, ROXIN. “*Voluntad de dominio...*” página cuatrocientos ocho y siguientes.



impide fundamentar el dominio que tiene el autor mediato sobre la organización. Como bien lo señala LASCANO, la fungibilidad es para Roxin condición esencial para el dominio de la organización⁵⁶. Ella consiste en la capacidad de sustituibilidad con el que cuentan los mandos superiores sobre las personas interpuestas que ejecutan el último acto parcial para la concreción del delito⁵⁷. Si en la concreta situación no se pudiera constatar la disposición de las “causas de sustitución” entonces no quedaría más alternativa que castigar al autor mediato como inductor o cómplice⁵⁸. Sin embargo, la fungibilidad de la persona interpuesta no conlleva una liberación de responsabilidad⁵⁹ del hombre de atrás, toda vez que la autoría de ambos reposa en presupuestos de injustos distintos, “siendo la autoría mediata por organización plenamente respetuosa del principio de propia responsabilidad”⁶⁰. Así, el *ejecutor inmediato* al ser plenamente responsable responderá como “*autor directo*” de los acontecimientos, mientras que el *mandante superior* lo hará como “*autor mediato*”, pues tiene el dominio del hecho a través del aparato de poder.



En esta línea de pensamiento, refiriéndose a la teoría de la autoría mediata aplicada para juzgar a la Junta Militar Argentina encabezada por Rafael Videla, [caso: Generales Bussi-Menéndez] se afirmó que lo característico de la fungibilidad “*es que el autor no opera como una persona individual sino como una pieza dentro de un engranaje*”

⁵⁵ Vid., más detalladamente, PARIONA ARANA. “*El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata...*”, página trescientos noventa y seis y siguientes.

⁵⁶ Cfr. LASCANO, Carlos Julio. “*Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y Delitos Empresariales*”. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Marcos Lerner Editor. Córdoba dos mil un, página trescientos cincuenta y uno y siguientes. [http://www.ciidpe.com.ar/area1/APARATOS_ORGANIZADOS_DE_PODER_Y_DELITOS_EMPRESARIALES_LASCANO.PDF]

⁵⁷ Cfr. ROXIN, Claus. “*El Dominio de Organización...*”, página diecisiete.

⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. “*La Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder*”. Comares. Granada dos mil seis, página ciento treinta y siguientes.

⁵⁹ Vid. PARIONA ARANA. “*¿Debe fundamentarse la “autoría mediata en virtud de dominio por organización” en la “disposición al hecho”?*” En *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica. Lima diciembre dos mil siete, página cuarenta.

⁶⁰ Así, expresamente, vid., PARIONA ARANA. “*Autoría mediata por organización...*” página ciento doce

mecánico. De tal manera, el hombre de atrás no necesita recurrir ni a la coacción ni al engaño (ambas hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que sabe que, si alguno de los ejecutores se niega a realizar la tarea, siempre aparecerá otro en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total, por lo que el "conductor" con solo controlar los resortes del aparato logrará su cometido sin que se vea perjudicada en su conjunto la ejecución del plan"⁶¹. A su turno E. Raúl Zaffaroni, respecto a la teoría de Roxin sostiene "...en lo ordinario cuando un sujeto se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, más se aleja del dominio del hecho, pero en estos casos, se produce una inversión del planteo, pues cuanto más alejado el ejecutor está de las víctimas, más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que lo proyecta al centro de los acontecimientos"⁶².

b.4) Predisposición a la realización del hecho ilícito

El fundamento de la predisposición a la realización del hecho ilícito, que no debe ser interpretada como una situación psicológica-mental que atraviesa el subordinado, sino también como un suceso normativo⁶³, se asienta en el dominio que ejercería el hombre de atrás sobre el ejecutor por medio del aprovechamiento de su disposición al hecho. En este sentido, el dominio que ejerce el hombre de atrás se fundamenta en el dominio sobre la organización, pues sólo a través de este dominio se asegura la realización del tipo y por ende el dominio sobre el resultado delictivo. En consecuencia dicho aprovechamiento, le permite la seguridad en la realización del resultado, y por tanto se convierte en uno de los fundamentos⁶⁴ del dominio sobre la organización, toda vez que, la materialización inmediata de la orden depende de la predisposición a la realización del hecho

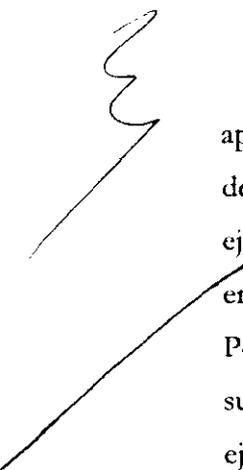
⁶¹ Sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal Tucumán, de fecha cuatro de setiembre de dos mil ocho, por "crímenes contra la humanidad". Una versión disponible en: [<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/tucuman.html>]

⁶² En este sentido, vid., DONA, Edgardo A. "La autoría y participación criminal". Ed. Rubinzal-Culzoni, mil novecientos noventa y ocho, página treinta y cinco y siguientes.

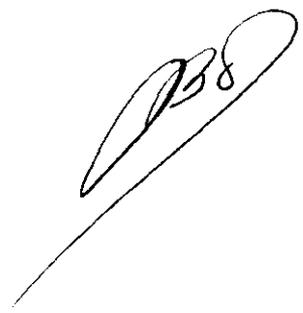
⁶³ Vid., en este sentido, MEINI MÚNDEZ, Iván. "El dominio de la organización en derecho penal". Editorial Palestra, Lima, dos mil ocho, página ciento ochenta y uno.

⁶⁴ Sin embargo, al respecto, para MEINI MÚNDEZ, constituye el verdadero fundamento de la autoría por dominio de la organización, en, "El dominio de la organización...?", página sesenta y seis y siguientes.

ilícito del comisionado con la orden⁶⁵, a pesar que el ejecutor inmediato actúa con plena autonomía y libertad, allí radica el fundamento del injusto de cada uno.



El ejecutor que realiza la conducta típica en una organización criminal y apartada del derecho, está en una situación totalmente distinta de aquél autor destinado a la comisión de cualquier delito en particular. Es lógico que, aquél ejecutor que está más cohesionado e identificado con la organización criminal se encuentra mucho más dispuesto al hecho que cualquier otro delincuente común. Por consiguiente, la probabilidad del éxito de una orden emitida por los niveles superiores será mayor, en consecuencia, contribuirá al dominio del hecho que ejercen los hombres de atrás⁶⁶.



En este contexto, resulta necesario resaltar que este nuevo elemento provino de los conceptos utilizados por SCHROEDER “disposición condicionada a actuar”⁶⁷ para fundamentar una teoría de autoría mediata en organizaciones criminales. De tal forma que, el dominio de la organización que ejerce el hombre de atrás se fundamentaría en la fungibilidad de la persona interpuesta, y, específicamente, en su aprovechamiento de la resolución al hecho⁶⁸. Esto es, el ejecutor le representa incondicionalmente al mandante que quiere someterse a sus propósitos, en este sentido, el hombre de atrás habría alcanzado el dominio de la persona interpuesta “a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho”⁶⁹.

⁶⁵ Cfr. ROXIN. “Autoría mediata...”, página, ochenta y cuatro y siguiente.

⁶⁶ Vid. ROXIN, Claus. “El Dominio de Organización...”, página veinte.

⁶⁷ Vid. ROXIN, Claus. “El Dominio de Organización...”, página diecinueve.

⁶⁸ Vd. PARIONA ARANA. “¿Debe fundamentarse la “autoría mediata en virtud...”, página ciento diecisiete.

⁶⁹ Cfr. PARIONA ARANA. “La doctrina de la “disposición al hecho”. ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización?”, en Jus Doctrina & Práctica. Grijley. Lima dos mil ocho, página cuarenta y dos.

CAPITULO III

DE LOS AGRAVIOS EN GENERAL EN LOS CASOS “BARRIOS ALTOS” Y “CANTUTA”

1. Materialidad de los delitos investigados con relación a los casos de “Barrios Altos” y “La Cantuta”.

1.1 Caso “Barrios Altos”

Respecto a la materialidad del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de **Homicidio calificado – asesinato**, bajo la circunstancia agravante de alevosía, en agravio de 1) Lucio Quispe Huanaco, 2) Benedicta Yanque Churo, 3) Luis Alberto Díaz Ascovilca, 4) Octavio Benigno Huamanyauri Aguirre, 5) Luis Antonio León Borja, 6) Filomeno León León, 7) Máximo León León, 8) Tito Ricardo Ramírez Alberto, 9) Teobaldo Ríos Lira, 10) Manuel Isaías Ríos Pérez, 11) Javier Manuel Ríos Rojas, 12) Alejandro Rosales Alejandro, 13) Nelly María Rubina Arquñigo, 14) Odar Mender Sifuentes Nuñez, y 15) Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre y; la materialidad del delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud – en la modalidad de **Lesiones graves** (incisos 1, 2 y 3 del artículo 121 del Código Penal), en agravio de 1) Natividad Condorcahuana Chicaña, 2) Felipe León León, 3) Tomás Livias Ortega y 4) Alfonso Rodas Alvitres; éstas se encuentran acreditadas por el mérito de los siguientes medios probatorios:

a) Las respectivas partidas de defunción de los agraviados fallecidos (conforme al orden precitado), obrantes a fojas ochocientos ochenta y tres, seis mil doscientos quince, seis mil seiscientos diecinueve, seis mil seiscientos veinte, seis mil

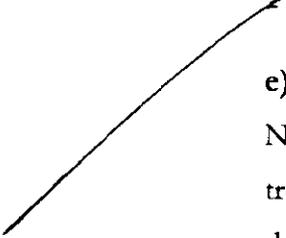
seiscientos veintiuno, seis mil seiscientos veintidós, seis mil seiscientos veintitrés, seis mil seiscientos veinticuatro, seis mil seiscientos veinticinco, seis mil seiscientos veintisiete, seis mil seiscientos veintiocho, seis mil seiscientos veintinueve, seis mil seiscientos treinta, sesenta y cuatro mil ciento veintiocho y sesenta y cuatro mil ciento veintinueve, respectivamente.

b) Los respectivos protocolos de necropsia de los agraviados fallecidos, números cuatro mil ciento sesenta y siete a cuatro mil ciento ochenta y uno, de fechas cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y uno, obrantes de fojas seis mil seiscientos treinta y cinco a seis mil setecientos treinta y dos; apreciando que en la sesión nonagésima del acto oral, se realizaron las ratificaciones periciales respectivas -con excepción de la ratificación de los protocolos de necropsia practicados a los agraviados Octavio Benigno Huamanyauri Aguirre, Manuel Isaías Ríos Pérez, y Nelly María Rubina Arquiniño, respectivamente-, acreditándose que los agraviados respectivos fallecieron como consecuencia de heridas perforantes y penetrantes en distintas partes del cuerpo que fueron ocasionadas por numerosos impactos de proyectiles de armas de fuego (un mínimo de tres y un máximo de dieciocho); indicándose como característica del modo de ejecución, que los disparos se efectuaron en dirección de atrás hacia delante, esto es, que las víctimas se encontraron delante y el que disparaba atrás; recibiendo muchos de los agraviados impactos de bala cuando se encontraban en el suelo.

c) La pericia de biología forense número cinco mil seiscientos / noventa y uno, obrante a fojas mil cuatrocientos treinta y tres, reiterada a fojas cincuenta y seis mil ochocientos catorce y ratificada en la nonagésima primera sesión del acto oral, realizada en el predio ubicado en el Jirón Huanta número ochocientos cuarenta con fecha seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno, de donde se advierte que en distintas partes del referido lugar se encontró restos de sangre de diferentes grupos sanguíneos "O", "A" y "B", lo cual resulta lógico atendiendo a las múltiples víctimas del evento criminal mencionado.



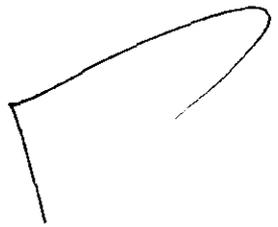
d) Las pericias de balística forense de casquillos, proyectiles y núcleos de proyectiles, obrantes a fojas mil cuatrocientos treinta y ocho, mil cuatrocientos cuarenta y mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, ratificada por sus suscriptores en la nonagésima primera sesión del acto oral, del que emerge que fueron analizadas ciento treinta y cuatro muestras, de calibre de nueve milímetros (casi todas), nueve milímetros parabellum y treinta y ocho milímetros, las cuales pudieron haber sido disparadas por una pistola automática o semiautomática, pistola ametralladora, revólver y fusil.



e) El informe o certificados médicos legales correspondientes a la agraviada Natividad Condorcahuana Chicaña, obrantes a fojas veinticuatro mil quinientos tres, veinticuatro mil quinientos cuatro y veinticuatro mil quinientos cinco; que determinan que la referida agraviada presentó doce heridas por proyectil por arma de fuego, que impactaron en su tórax, antebrazo derecho y ambas piernas, habiendo sufrido fractura de la cadera derecha que determinó una intervención quirúrgica y una fractura intertrocanterica del fémur derecho, habiendo estado hospitalizada desde el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno (día en que aconteció el hecho investigado) hasta el trece de enero de mil novecientos noventa y dos, requiriendo adicionalmente diez días de atención facultativa y ciento veinte días de incapacidad médico legal (no hubo compromiso de órganos vitales).



f) Los certificados médicos legales correspondientes al agraviado Felipe León León, obrantes a fojas veinticuatro mil quinientos diez, treinta y siete mil ochocientos ochenta y cuarenta y un mil noventa y tres, que determinan que el referido agraviado presentó múltiples heridas por proyectil por arma de fuego, que impactaron en la región antebraquial, muslo izquierdo, hematoma en región occipital, equimosis región torácica derecha lateral, heridas por impactos tangenciales una en brazo derecho y otra en talón izquierdo; debiéndose indicar que fue internado el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno en el Hospital “Dos de Mayo”, pero fue derivado al Hospital “Hipólito Unanue”, en



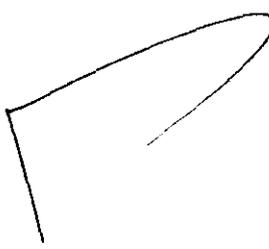
donde permaneció internado hasta el veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y uno; de igual forma debe indicarse, que la lesión de mayor consideración que sufrió fue a nivel del tórax, por cuanto, lesionó una viscera que cubría el pulmón - lo cual puso en riesgo su vida- requiriendo cinco días de atención facultativa por veinticinco días de incapacidad médico legal.



g) El certificado médico legal e Historia Clínica correspondientes al agraviado Tomás Livias Ortega, obrantes a fojas veinticuatro mil quinientos y veintinueve mil ciento trece, que determinan que el referido agraviado presentó múltiples heridas por proyectil por arma de fuego, como son, una herida de curso perforante de cuello y cara, dos heridas de curso perforante en ambos hombros (una en el derecho y otra en el izquierdo), una herida de curso penetrante en tórax y una herida contusa en cara; donde la herida producida en el tórax, a nivel intercapular, segunda y tercera vértebra dorsal le ocasionó un cuadro neurológico parapléjico, siendo internado en el Hospital "Dos de Mayo", pero debido a la ubicación de la bala en la región dorsal no se le pudo operar quirúrgicamente.



h) El informe y certificados médicos legales correspondientes al agraviado Alfonso Rodas Alvitres, obrantes a fojas treinta y siete mil ochocientos ochenta y cuatro, treinta y siete mil ochocientos ochenta y siete y cuarenta y dos mil ciento ochenta y tres, que determinan que el referido agraviado presentó una herida de un centímetro en región mentoniana y otra de similar dimensión en región de rama descendiente izquierda de maxilar inferior, una herida de medio centímetro en región de epigastrio y escoriaciones de cinco centímetros en la misma región, herida de cero punto ocho centímetros en muslo derecho en tercio medio y otra herida de similar dimensión en cara posterior del muslo derecho; quien sufrió traumatismo abdominal por arma de fuego con compromiso visceral intraabdominal, siendo intervenido quirúrgicamente el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y uno, realizándosele una laparotomía y sutura de dos perforaciones de intestino delgado, lavado de cavidad y drenaje; dándose de alta el veintitrés de noviembre de



mil novecientos noventa y uno, requiriendo diez días de atención facultativa por treinta días de incapacidad médico legal, lesión del abdomen de necesidad mortal, por lo que requirió intervención quirúrgica.

1.2. Caso “La Cantuta”

Que, respecto a la materialidad del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de **homicidio calificado – asesinato**, previsto en el artículo ciento ocho, incisos uno y tres del Código Penal, este se encuentra acreditado por el mérito de los siguientes medios probatorios documentales :

a) Pericias balísticas forenses:

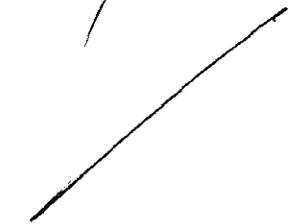
- Número 2228/93, del catorce de julio de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos cuarenta y dos –no ratificada ni oralizada–.
- Número 2681/93, del catorce de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos sesenta y uno.
- Pronunciamiento médico balístico número 002/94, de fojas cuatro mil seiscientos cincuenta y cinco.

b) Pericias de medicina forense – biología y físico químico:

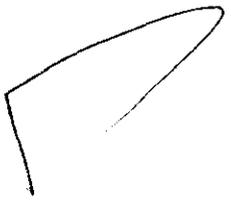
- Número 001/93, del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos cuarenta y tres –no ratificada ni oralizada–
- Número 002/93, del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil cuatrocientos setenta y seis.

c) Pericias de medicina y biología forenses:

c.1 Número 004/93, de fojas mil quinientos cincuenta, reiterada a fojas cincuenta y siete mil trescientos veinte.

- 
- 
- 
- 
- Número 4869/93, del veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos sesenta y dos.
 - Número 7118/93, del siete de enero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil quinientos setenta y dos.
 - Número 7117/93, del cuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil quinientos setenta y seis.
 - Número 6991/93, del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos setenta y siete.
 - Número 4598/93, del dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil cuatrocientos sesenta y cuatro.
 - Número 4958/93 del once de septiembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil cuatrocientos sesenta y seis.
 - Número 5253/93, del veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil cuatrocientos setenta y dos, reiterada a fojas cincuenta y seis mil ochocientos seis.
 - Número 5034/93, del nueve de septiembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos treinta y ocho.
 - Número 6990/93, del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas cincuenta y siete mil trescientos dieciséis.
 - Número 5255/93, del ocho de octubre de mil novecientos noventa y tres, de fojas siete mil cuatrocientos noventa y una.
 - Número 1919/04, del diecinueve de agosto de dos mil cuatro, de fojas diecinueve mil seiscientos sesenta y dos. Las pericias consignadas de los puntos b) al e) no están ratificadas ni oralizadas.

d) Pericias de medicina y antropología forenses:

- 
- Número 1765/94, del quince de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil quinientos ochenta y uno.
 - Número 1767/94, del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y

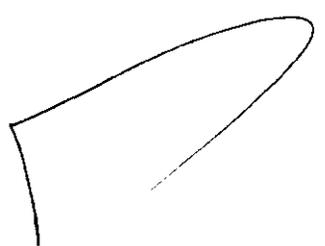
cuatro, de fojas mil quinientos ochenta y seis.

- Número 2371/94, del dos de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil quinientos noventa y uno.
- Número 2372/94, del dos de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil quinientos noventa y dos.
- Número 2511/94, del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil quinientos noventa y cuatro.
- Número 1868/94, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seis cientos.
- Número 1869/94, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos una.
- Número 1872/94, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos dos.
- Número 2122/94, del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos tres.
- Número 2124/94, del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos diez.
- Número 2125/94, del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos trece.
- Número 2182/94, del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos catorce–A.
- Número 2183/94, del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos diecisiete.
- Número 2184/94, del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos veinte.
- Número 2261/94, del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos veintitrés.
- Número 006/93, del veintinueve de diciembre de mil novecientos

noventa y tres, de fojas cuatro mil seiscientos cincuenta y ocho, repetido a fojas cincuenta y siete mil trescientos dos.

- 
- Número 1766/94, de fojas mil quinientos ochenta y cuatro –no ratificada ni oralizada–.
 - Número 2123/94, del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas mil seiscientos siete –no ratificada ni oralizada–.
 - Número 2262/94, de fojas mil seiscientos veinticuatro –no oralizada ni ratificada–.

e) Pericias físico químicas:

- 
- Número 2247/93, de fojas mil quinientos cincuenta y cinco.
 - Número 2347/93, del catorce de diciembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos sesenta y seis.
 - Número 2248/93, del tres de diciembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos setenta y cuatro.
 - Número 1834/93, del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos trece.
 - Número 2118/93, del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos veinte.
 - Número 1333/93, del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos veintidós.
 - Número 1000/93, del veinte de octubre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos treinta y seis.
 - Número 2403/93, del quince de diciembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas cincuenta y siete mil trescientos diecisiete [no ratificadas ni oralizadas].
 - Número 12028/93, del veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos sesenta y cinco
- 

[no ratificada ni oralizada].

f) Pericia odontológica forense.

- Número 005/93, del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos sesenta y ocho [no ratificada ni oralizada].

g) Pericia de absorción atómica.

- Número 301/93, del diez de febrero de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil cuatrocientos sesenta y cinco [no ratificada ni oralizada].

h) Pericia de medicina forense:

- Número 003/93, del ocho de enero de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos sesenta y tres.
- Número 4448/04, de fojas diecinueve mil seiscientos setenta y un [no ratificada ni oralizada].

i) Pericias biológico químicas:

- Número 036/93, del doce de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil cuatrocientos cincuenta y ocho.
- Número 1106/93, del diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil cuatrocientos sesenta y dos.
- Número 040/93, del diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos veinticuatro.
- Número 037/93, del dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos veintisiete.
- Número 039/93, del dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos veintisiete.

tres, de fojas mil quinientos treinta.

- Número 038/93, del trece de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil quinientos treinta y tres [no ratificadas ni oralizadas].

j) Pericia Física forense.

- Número 2119/93, del treinta de noviembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas mil cuatrocientos setenta y cinco --no ratificada ni oralizada--.

k) Protocolos de autopsia e Informes de restos óseos y cadavéricos:

- Número 2667/93, del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres, de fojas siete mil cuatrocientos sesenta y siete.
- Número 4468/93, del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas siete mil quinientos tres.
- Número 667/93, del nueve de julio de mil novecientos noventa y tres, de fojas siete mil cuatrocientos sesenta y cinco.
- Número 2668/93, del nueve de julio de mil novecientos noventa y tres, de fojas siete mil cuatrocientos ochenta y siete.
- Número 4468/93, del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y tres, de fojas siete mil quinientos tres.
- Número 4468/93, de fojas siete mil quinientos nueve. Las pericias indicadas en los puntos tres al siete no han sido ratificadas ni oralizadas.

l) Pericia de ingeniería forense.

- Número 3396/04, del diecinueve de agosto de dos mil cuatro, de fojas diecinueve mil seiscientos cuarenta y cinco --no ratificada ni oralizada--.

II) Informe de labor pericial.

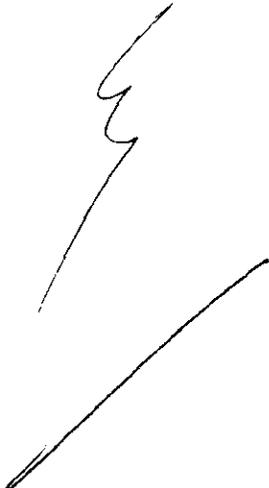
- Número 15–DMF.DIVCRI, del 17 de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, de fojas cincuenta y seis mil ochocientos setenta. Entregada al Tribunal por el perito Ruiz Chunga en la sesión nonagésima segunda, de fojas cincuenta y seis mil novecientos treinta y una.

- n) Informe pericial del Caso “La Cantuta” – Expediente Número 03–2003. Realizado el dos de julio de dos mil siete, de fojas cincuenta y siete mil cuatrocientos dos, por el Equipo Peruano de Antropología Forense. Complementario al dictamen de ADN realizado por el Instituto de Medicina Legal de Estrasburgo – Francia.

La inmensa mayoría de las pericias médicas en cuestión fueron objeto de ratificación en sede del acto oral. Así consta de las sesiones nonagésima primera, nonagésima segunda y nonagésima octava. Algunos peritos no pudieron concurrir al acto oral porque fallecieron, no se encontraban en el país o ya no prestaban servicios en los organismos públicos correspondientes: Laboratorio de Criminalística o Instituto de Medicina Legal. Otros peritos no fueron citados y su presencia no fue instada por las partes. En todo caso, es de resaltar que no se ha cuestionado el nivel perceptivo de los peritos, ni siquiera el nivel propiamente científico de los informes periciales. Por lo demás, no existe fundamento razonable alguno para negar validez científica a las conclusiones que se enunciaron en el informe pericial y se explicaron en el acto oral.

n) Partidas de Defunción.

- A fojas seis mil setecientos treinta y siete corre la de Flores Chipana.
- A fojas seis mil setecientos treinta y ocho corre la de Oyague Fierro.
- A fojas seis mil setecientos treinta y nueve corre la de Teodoro Espinoza.

- 
- A fojas seis mil setecientos cuarenta corre la de Rosales Cárdenas.
 - A fojas seis mil setecientos cuarenta y una corre la de Pablo Meza.
 - A fojas seis mil setecientos cuarenta y dos corre la de Mariños Figueroa.
 - A fojas seis mil setecientos cuarenta y tres corre la de Lozano Torres.
 - A fojas sesenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y nueve corre la de Amaro Cóndor.
 - A fojas sesenta y cuatro mil cuatrocientos setenta corre la de Ortiz Perea.
 - A fojas sesenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y una corre la de Muñoz Sánchez.

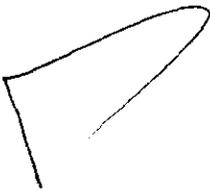
2. Medios probatorios que acreditan la participación directa del destacamento “Colina” en la ejecución de las operaciones especiales de inteligencia en los casos: “Barrios Altos” y “La Cantuta”.



2.1. Caso “Barrios Altos”



2.1.1 Las declaraciones de efectivos militares integrantes del Destacamento Especial de Inteligencia “Colina”, como lo son, Pedro Guillermo Suppo Sánchez, Julio Chuqui Aguirre, Fernando Lecca Esquén, Isaac Jesús Paquiyauri Huaytalla, Pablo Andrés Atuncar Cama, Héctor Gamarra Mamani, Gabriel Orlando Vera Navarrete, Hugo Francisco Coral Goycochea, Jesús Antonio Sosa Saavedra y Marcos Flores Alván, haciéndose la salvedad que a excepción del último mencionado, los demás aceptan indistintamente haber formado parte de los equipos de “asalto o aniquilamiento” y “seguridad” conformados el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, a efectos de participar en el evento criminal suscitado y que es materia del presente caso.

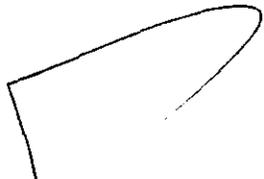




2.1.2 El mérito de las sentencias de colaboración eficaz dictadas contra Gamarra Mamani, Atuncar Cama, Coral Goycochea, Suppo Sánchez y Paquillauri Huaytalla; de las que se advierte, se atribuye al destacamento especial de inteligencia “Colina”, la autoría de los hechos investigados suscitados el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, realizado específicamente por el equipo de “*usalto*” liderado por Santiago Martín Rivas, habiéndose determinado que fue el primer “*trabajo de inteligencia*” ejecutando personas, que realizó dicho destacamento militar en la ciudad de Lima.



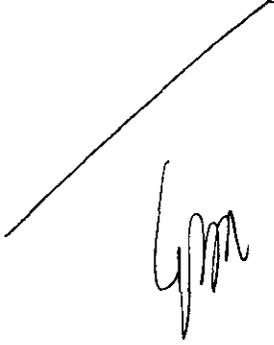
2.1.3 La pericia psicológica número 03-CAO – 6 – DIRCOTE, del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y dos, que se pronunció sobre las características psicológicas de los posibles autores que cometieron los delitos investigados el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, que concluye que los asesinos presentan características disímiles a las encontradas en algunos grupos subversivos conocidos – entre veinticinco y treinta años, pelo corto, talla más alta del promedio, contextura atlética, porte militar y suficientemente alineados –, que hay una mixtura de comportamientos que dejan entrever su capacidad para mimetizarse en ellos; que por su accionar, corresponde a un grupo organizado, que actuó planificadamente en forma muy cuidadosa, conocedores del actuar policial de la zona – tanto de la escena del crimen como del ámbito geográfico de los hechos- y diseñando su acción delictiva – ataque sorpresivo y en equipo, con una violencia planificada – para dificultar su identificación; que los autores actuaron con suma firmeza y contundencia (obsesión sanguinaria y cruel).



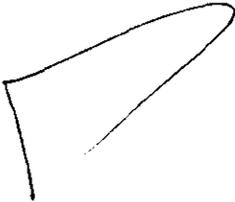
2.1.4 Las declaraciones de los agraviados Rodas Alvitres, León León, Condorcahuana Chicaña y Livias Ortega (víctimas lesionadas), quienes coinciden en referir que en circunstancias que se encontraban al interior del solar ubicado en el Jirón Huanta número ochocientos cuarenta, al promediar las

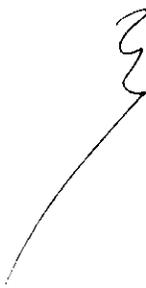


diez de la noche aproximadamente, ocho personas de aspecto militar, armados con ametralladoras y otras armas de guerra irrumpieron violentamente en dicho predio profiriendo palabras soeces y tildando a los presentes de terroristas, obligándolos a arrojarse al suelo; indicando el agraviado Rojas Alvitres que pudo reconocer a Martin Rivas como la persona que ordenó los disparos; mientras que el agraviado Livias Ortega refiere que observó desde el suelo que su esposa intentó huir, pero uno de los atacantes le disparó produciendo su muerte, precisando que observó que el asesino de su esposa salía por el callejón con el rostro descubierto, pudiendo identificarlo como Martin Rivas.



2.1.5 La declaración del sub oficial de la Policía Nacional del Perú, Miguel Ángel Figueroa Méndez, que prestaba servicio de seguridad exterior del local de la DIRIN PNP – Plaza Italia, entre los Jirones Huanta y Huallaga, a unos treinta y cinco metros del solar atacado, quien observó tanto las dos camionetas Cherokee como el vehículo Comancar – camión portatropas con toldo –; que de los trece a catorce efectivos que se encontraban en el referido camión militar, bajaron seis a siete armados con fusiles FAL –con uniforme y pasamontañas– que se posesionaron de la calle, y que permanecieron por cuatro o cinco minutos –era evidente que el objeto de la presencia del camión y los soldados era impedir que se persiguiera a las dos camionetas–; que luego – una vez que se retiró el camión militar– se le acercó un joven y le dijo que se había producido una matanza –no había escuchado disparo alguno–, por lo que se dirigió donde el comandante PNP Santana Gogín, quien le ordenó ponga los hechos en conocimiento de la Comisaría de San Andrés; que sabía que en el Jirón Huanta ochocientos cuarenta se estaba realizando una pollada; que, por otro lado, unos dos meses antes había intervenido a una pareja –que se estableció eran de inteligencia militar– que estaba tomando fotos a los locales policiales.

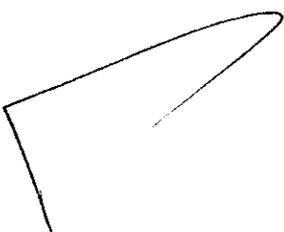




2.1.6 La testifical del alférez de la Policía Nacional del Perú, Celso Quiroz Neuman, oficial de procesamiento en la sección policial de la DIRIN PNP, que el día de los hechos prestaba servicios en la puerta del local policial, quien declara que desde dicha ubicación pudo advertir que pasaron las dos camionetas modelo Cherokee –que tenían circulinas, así como las sirenas estaban activas– y, luego de unos cinco minutos, apareció un camión portatropas que se detuvo en la puerta de la Iglesia de Santa Ana, del que bajaron unos diez efectivos militares camuflados, con pasamontañas y armas largas; que a ellos se dirigieron dos chicos pidiéndoles auxilio porque en el solar del Jirón Huanta se habían producido disparos y varios muertos, y luego hacía la DIRIN PNP; que el comandante PNP Santana Gogín probablemente los orientó que comuniquen los hechos a la Comisaría de San Andrés; que el día de los hechos no hubo repliegue policial alguno y no escuchó disparos; que no tomó ninguna acción acerca de la presencia del camión militar porque el Ejército tenía presencia por las inmediaciones de la Maternidad de Lima –cerca de la plaza Italia–.



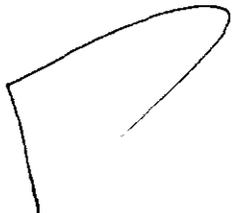
2.1.7 El comandante de la Policía Nacional del Perú Miguel Santiago Santana Gogín, que en la fecha de los hechos era jefe de permanencia en el despacho del Director de Inteligencia, acotó que, como a las ocho de la noche, observó dos camionetas con circulinas, pero sin sirena y placas posteriores, así como el paso inmediato de un camión portatropa que se estacionó frente a la Iglesia Santa Ana, y sólo bajó el chofer –su presencia le llamó la atención y, por eso, dio cuenta al general PNP Director de Inteligencia–; que, posteriormente, una persona joven pasó corriendo por el local policial –con dirección a la Comisaría– exclamando que había quince muertos; que no escuchó disparos porque en esos momentos se realizaba una procesión y había fuegos artificiales; que se apersonó al lugar de los hechos y advirtió la presencia de ambulancias y personal



policial que estaban interviniendo, uno de cuyos efectivos le hizo saber que había quince muertos; que para ese día no recibió ninguna orden de repliegue.

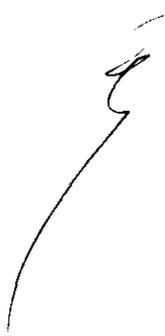


2.1.8 La declaración del coronel EP Celso Alberto Pino Benamú, subdirector del Frente Interno de la DINTE el año mil novecientos noventa y uno, explicó que los autores del hecho fueron agentes del SIE, el grupo operativo de inteligencia comandado por Rodríguez Zabalbeascoa; que el director de la DINTE, general EP Rivero Lazo, al llegar de viaje convocó a una reunión a los seis coroneles que integraban la Dirección, incluido el jefe del SIE Silva Mendoza, reunión en la que reconoció la autoría del “Grupo Colina”; que Silva Mendoza reprochó a Rivero Lazo que el grupo operativo estaba a su cargo y que él no tenía nada que ver en el asunto; que en la reunión se llegó a la conclusión que debía intervenir la Inspectoría de la DINTE; que con anterioridad a los hechos el general EP Rivero Lazo había llamado la atención a Rodríguez Zabalbeascoa y a Martín Rivas por los escasos resultados del grupo operativo; que un plan operativo de la dimensión de Barrios Altos fue autorizado por Rivero Lazo y por Montesinos Torres, además tiene la convicción que el acusado Fujimori Fujimori era informado de los actos que cometía ese grupo operativo.

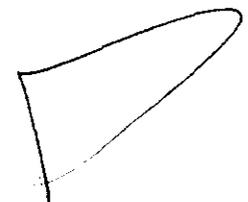


2.1.9 La declaración del general EP Rodolfo Robles Espinoza, cuando señala que en mil novecientos noventa y tres, al asumir la Comandancia General del Comando de Instrucción y Doctrina del Ejército –en adelante COINDE–, el coronel EP Pino Benamú le informó sobre la intervención del “Grupo Colina” en la matanza de “Barrios Altos”, el mismo que tenía carta abierta para realizar cualquier tipo de acción bajo el pretexto de combatir la subversión; que con el ingreso de Montesinos Torres se reclutó en el SIE elementos con antecedentes;

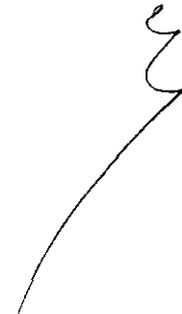
carentes de escrúpulos; que ese grupo estuvo bajo la dependencia directa del director de la DINTE, general EP Rivero Lazo –irregular en la estructura del Ejército porque la DINTE sólo tiene función de asesoramiento, no operativa--.


2.1.10 La declaración de Gilberto Hume Hurtado, periodista de Canal N en el año dos mil uno, quien refiere que recibió una llamada de la hermana de Pichilingue Guevara para ofrecerle una entrevista con Martin Rivas, la que debía realizarse sin filmación, ni grabación, en la cual, éste reconoció que integró el Destacamento de Inteligencia, que tenía una línea de mando muy clara y formal y que realizó el operativo de “Barrios Altos”, que se originó por decisión del Comando Militar –el primer operativo fue como reacción al atentado a un ómnibus de la escolta presidencial–; que esos operativos los planificaba y ordenaba Rivero Lazo, con conocimiento de Hermoza Ríos y Montesinos Torres; que tenía mucha confianza con Hermoza Ríos y sabía que los operativos tenían que ver con el SIN; precisando que Martin Rivas lo autorizó a contar lo sucedido y por eso fue entrevistado en el programa “La hora N” del veintiuno de junio de dos mil uno, de cuyas declaraciones se ratifica [la diligencia de visualización se realizó en la sesión vigésima sexta, y un texto de la transcripción de la misma aparece a fojas treinta y ocho mil doscientos noventa y cinco, repetida a fojas seis mil doscientos cuarenta y una].





2.1.11 La declaración de Iván Umberto Jara Flores, quien entrevistó sistemáticamente a Martin Rivas y es autor del libro “Ojo por Ojo”. Sostiene que Martin Rivas le dijo que la guerra de baja intensidad se inició el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno con el operativo Barrios Altos –de esa casona salieron los terroristas que cometieron la afrenta contra los Húsares de Junín–, y sirvió de mensaje para el PCP–SL indicándole que ya descubrieron sus escondites y que se actuaría con la misma barbarie

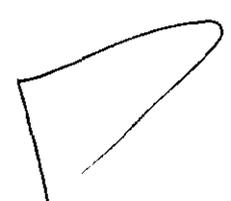
que ellos; que reconoció que elaboró el plan de operaciones de Barrios Altos –cuando se ingresó al solar había terroristas y otros que no lo eran, pero ese distinguo no se hace en una guerra–.



2.1.12 La declaración de Ricardo Manuel Uceda Pérez, periodista de investigación, director de la revista “SI” desde mil novecientos ochenta y nueve hasta mil novecientos noventa y tres, en la edición del siete de diciembre de mil novecientos noventa y dos de la indicada revista publicó el informe “Sociedad para el crimen” sobre la matanza de “Barrios Altos”, que identificó a miembros del Ejército como autores de ese crimen con la protección del ministro de defensa Malca Villanueva, sobre la base de un ex agente del SIE que estaba en retiro. Anota que en mil novecientos noventa y cuatro y mil novecientos noventa y cinco tomó contacto con tres fuentes del “Grupo Colina”, luego habló con el agente Sosa Saavedra. En su libro “Muerte en el Pentagonito” –que se basó en información de fuente directa– advierte que luego del crimen de “Barrios Altos”, Sosa Saavedra condujo a Martín Rivas y Rodríguez Zabalbeascoa al SIN donde los dos últimos se entrevistaron con Montesinos Torres, quien luego hizo saber a un tercero el día cuatro de noviembre que “esos imbéciles habían venido a darme cuenta y me van a comprometer”; que en la matanza de “Barrios Altos”, hubo una selección de personal de aproximadamente treinta agentes que fueron a La Tiza a entrenar, y que el objetivo de la orden que se recibió eran los asistentes a la pollada del tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno.



2.1.13 La declaración de Edmundo Cruz Vilchez, periodista de investigación de la revista SÍ entre septiembre de mil novecientos ochenta y nueve y agosto de mil novecientos noventa y cuatro, expone que en el año mil novecientos noventa, la revista “SÍ” le encomendó cubrir con exclusividad el fenómeno de la violencia basado en fuentes militares, lo que le permitió construir una red de fuentes que estaba conformada por



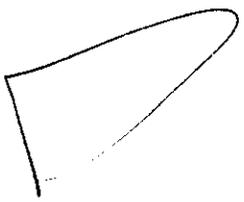


personal de todos los estamentos y de las distintas armas; que la primera vez que aparece el nombre del Destacamento de Operaciones Especiales del SIE fue en diciembre de mil novecientos noventa y dos y dio lugar a una nota que se tituló “*Sociedad para el crimen*” que se publicó en la revista “SI”, y se refería a la escala de mandos y al personal que había participado en el operativo de “Barrios Altos”; que en octubre de mil novecientos noventa y tres su fuente –un integrante del Destacamento Colina– le dijo sobre los detalles de los operativos de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, así como le informó que el Destacamento “Colina” se había formado a partir del Grupo Escorpio.

2.2. Caso “La Cantuta” .



2.2.1 Las declaraciones de efectivos militares integrantes del Destacamento Especial de Inteligencia “Colina”, como lo son Marco Flores Alván, quien ha manifestado que el mayor Martín Rivas le dio en manuscrito un “Informe de Resultado” de lo ocurrido en “La Cantuta” para que lo tipeara a máquina; Fernando Lecca Esquén quien en acto oral reconoce haber participado en la operación especial de inteligencia “La Cantuta”, acotó que en los operativos en que intervino siempre se eliminaban personas; Gabriel Orlando Vera Navarrete en el acto oral sostuvo que si bien sólo se desempeñó como chofer del mayor Martín Rivas, sin embargo, el día de los hechos observó que sacaban a los alumnos de la Universidad “La Cantuta” y los subían a unas camionetas; Héctor Gamarra Maraví que si bien en un principio negó los hechos, posteriormente admitió su pertenencia al Destacamento Colina y su participación en siete operaciones especiales de inteligencia, entre ellas el de “La Cantuta”, con resultado muerte; Pablo Andrés Atúncar Cama inicialmente negó los cargos, pero luego los admitió, señaló que integró el Destacamento Colina y que el AIO Sosa Saavedra, como Jefe de Grupo, le comunicó que iban a realizar una operación en la Universidad “La Cantuta”

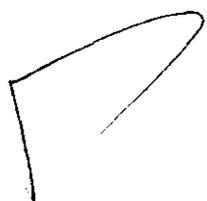




donde iban a capturar a los que habían realizado el atentado de Tarata; Julio Chuqui Aguirre también inicialmente negó los hechos, pero luego aceptó los cargos en su contra, narró que el atentado de Tarata adelantó la operación especial de Inteligencia en la Universidad “La Cantuta”, el cual ya estaba planificado; Jorge Ortiz Mantas luego de negar su participación delictiva admitió ser integrante del Destacamento Colina y su intervención, entre otros operativos, en “La Cantuta”; Ángel Felipe Sauñe Pomaya en un primer momento de sus declaraciones ante la justicia negó los cargos, luego los admitió aceptando su participación en las operaciones de la Universidad “La Cantuta”, entre otros; José Willian Tena Jacinto quien luego de negar los cargos admite que integró el Destacamento Colina, correspondiéndole informar los acontecimientos suscitados en la Universidad “La Cantuta”; José Concepción Alarcón Gonzáles sostiene que en mil novecientos noventa y dos, fue jefe del equipo de seguridad y protección del Comandante General del Ejército, general Hermoza Ríos y que dentro del Destacamento Colina habían tres grupos, los cuales participaron en el operativo “La Cantuta”; Jesús Antonio Sosa Saavedra refirió que en la operación en la Universidad “La Cantuta” intervinieron diez o doce AIO.



2.2.2 Las declaraciones de los periodistas Ricardo Manuel Uceda Pérez - periodista de investigación y director de la revista SI en los años mil novecientos ochenta y nueve a mil novecientos noventa y tres; sostiene que el viernes dos de julio de mil novecientos noventa y tres, en horas de la tarde, recibió información sobre el lugar (carretera de Cieneguilla) donde se encontraban las fosas de las víctimas de “La Cantuta” (la información se la proporcionó el senador Cáceres Velásquez); que al día siguiente, con los periodistas Edmundo Cruz y José Arrieta, constató una primera fosa donde existían restos óseos, por lo que dieron cuenta del suceso al Ministerio Público; asimismo recibió otra información de un miembro del ejército –integrante del Destacamento Colina– que otros restos estarían en Huachipa -; Edmundo Cruz Vélchez - periodista de la revista SI (encargado desde el año mil novecientos noventa de cubrir el fenómeno de la violencia exclusivamente basado en fuentes militares) expuso que

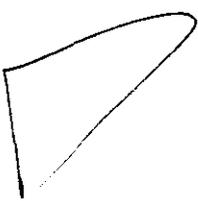




en julio de mil novecientos noventa y tres el congresista Cáceres Velásquez le informó haber recibido un sobre, en cuyo interior había un croquis y huesos calcinados, por lo que con dos colegas de la revista SI constataron el dato (encontraron una primera fosa semi abierta con presencia de tierra calcinada y astillas óseas), lo que dieron cuenta al Ministerio Público; que, posteriormente, en el mes de octubre de ese año lo llamó telefónicamente un integrante del Destacamento Colina y le informó del lugar de la fosa principal o primaria en Huachipa y cómo se habían producido las muertes. Esa fuente también le dijo que como consecuencia del atentado de Tarata los mandos militares y de inteligencia (Hermoza Ríos, Pérez Documet, Rivero Lazo, Navarro Pérez y Montesinos Torres) decidieron un operativo de represalia, operativo que era de conocimiento del acusado Fujimori Fujimori -; Gilberto Antonio Bernardo Hume Hurtado - periodista del Canal N, sostiene que se entrevistó un jueves diecinueve de mayo de dos mil uno, en horas de la noche, con el mayor EP Martín Rivas -que se encontraba en la clandestinidad-; que el oficial le informó que participó en los hechos de “Barrios Altos” y “La Cantuta” cumpliendo órdenes -; Umberto Jara Flores - periodista de investigación y autor del libro “Ojo por Ojo”, expresó que su principal fuente de información fue el mayor EP Martín Rivas, quien admitió haber dirigido el Destacamento Colina y la responsabilidad de las operaciones de “Barrios Altos”, “La Cantuta” y otras más, en el marco de una política de Estado, de guerra clandestina -



2.2.3 Además, se cuenta como prueba documental, con los libros “Las muertes que nadie ordenó” de Ricardo Uceda, en el que documenta que el Servicio de Inteligencia Nacional aseguró al acusado Fujimori Fujimori que los estudiantes de “La Cantuta” eran los responsables del atentado en Tarata; “Ojo por ojo” de Umberto Jara, en lo pertinente, da cuenta del atentado de Tarata -que fue la culminación de una oleada de casi un centenar de actos terroristas-, las víctimas que produjo y los daños que generó a viviendas, establecimientos comerciales y vehículos, cuyos autores se fueron a refugiar a la Universidad “La Cantuta”; que Martín Rivas mencionó que al día siguiente del atentado hubo una reunión a la que fue convocado; que en esa reunión estuvieron Fujimori, Montesinos y Hermoza, además de otra gente con quienes se trataban los problemas del terrorismo y en la que



se apostó por la lógica militar; que por los agentes infiltrados se conoció que los autores del atentado de Tarata se refugiaron en la residencia de estudiantes de la Universidad “La Cantuta”, por lo que se optó por realizar una acción de réplica.

2.2.4 Además, el mérito de los siguientes documentos: el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del veintinueve de noviembre de dos mil seis recaída en el asunto ““La Cantuta” vs. Perú”, para la declaración de hechos probados –PARTE VII– tomó en cuenta el reconocimiento de hechos formulados por el Estado Peruano, con las precisiones formuladas en la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.2.5 Finalmente la siguiente sentencia de la jurisdicción militar: La sentencia de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro [causa número 157-V-93] declaró como hecho probado que se llevó a cabo la incursión en la Universidad “La Cantuta”, el secuestro de los agraviados y su traslado con dirección a la ciudad de Lima; que, sin embargo, en el trayecto, en lugar no precisado, los mataron y enterraron en unas fosas ubicadas en Huachipa, para posteriormente, en fecha no determinada, trasladan los restos a la quebrada de Chavilca – Cieneguilla donde fueron calcinados parcialmente y enterrados secundariamente; así como las siguientes sentencias de colaboración eficaz:

a) La sentencia contra Gómez Casanova contiene información sobre cuatro atentados perpetrados por el Destacamento Especial de Inteligencia Colina. El citado colaborador explícitamente reconoce su participación en la muerte y entierro de los agraviados de “La Cantuta”;

b) La sentencia contra Ortiz Mantas contiene información sobre seis atentados con resultado muerte perpetrados por el Destacamento Colina. Reconoce su participación en las muertes de “La Cantuta”;

c) La sentencia contra Gamarra Mamani contiene información sobre ocho atentados con resultado muerte perpetrados por el Destacamento Colina. Se refieren a su participación en los atentados de “Barrios Altos”, “La Cantuta”, entre otros; y,

d) La sentencia contra Atuncar Cama contiene información sobre ocho atentados con resultado muerte perpetrados por el Destacamento Colina, en los que participó. Se refieren a los atentados de “Barrios Altos”, La Cantuta, entre otros.

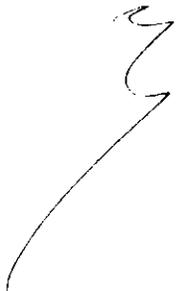
3. La vinculación del encausado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”

El encausado Fujimori Fujimori fue Presidente de la República desde el veintiocho de julio de mil novecientos noventa hasta el veintiuno de noviembre de dos mil, fecha en que el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa número cero cero nueve – dos mil – CR, publicada en el diario oficial “El Peruano” el veintidós de noviembre del dos mil, declaró su permanente incapacidad moral y la vacancia de la Presidencia de la República, por lo tanto, resulta evidente y un dato de relevancia que fue durante su mandato presidencial que se produjeron los hechos criminales de “Barrios Altos” y la Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle” - “La Cantuta”.

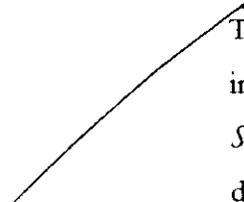
Es de público conocimiento que uno de los más importantes aspectos de la política del encausado Fujimori Fujimori al asumir el gobierno se refirió a la lucha contra la subversión, toda vez que la insurrección protagonizada por los grupos subversivos de

nuestro país desde mil novecientos ochenta fue la de mayor impacto sobre el territorio nacional y la de más elevados costos humanos y económicos de nuestra historia republicana, así pues el referido encausado, desde su rol presidencial, tomó la decisión política de implementar una nueva estrategia de inteligencia contra la subversión.

Como consecuencia de lo antes anotado, el encausado Fujimori Fujimori en su calidad de primer mandatario del país, reestructuró el Sistema de Defensa Nacional, priorizando el rol del Sistema de inteligencia, específicamente del Servicio de Inteligencia Nacional - Al amparo de las facultades legislativas sobre pacificación nacional, que solicitó y obtuvo mediante Ley número 25327, del diecisiete de junio de mil novecientos noventa y uno, expidiendo las nuevas leyes de Defensa Nacional y del Sistema de Inteligencia Nacional, Decretos Legislativos número setecientos cuarenta y tres y setecientos cuarenta y seis, respectivamente.- dichas normas establecieron que el Sistema de Inteligencia Nacional proporcionaba al presidente la inteligencia requerida para el planeamiento de la Defensa Nacional, y que el jefe del SIN era la máxima autoridad del Sistema, designado por el propio Presidente de la República. Asimismo, el encausado Fujimori Fujimori configuró una estrategia de combate contra la subversión en la que los actores principales eran, él como Presidente de la República, las Fuerzas Armadas y el Servicio de Inteligencia Nacional, cuyo jefe real fue Vladimiro Montesinos Torres. Las normas que promulgó centralizaron en su persona las actividades de la Defensa Nacional, y se arrogó la facultad de decidir y manejar personalmente la política contra la subversión terrorista -cuyo principal sustento y eje coordinador era el Servicio de Inteligencia Nacional, que manejaba toda la inteligencia de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y al que dotó de ingentes recursos materiales y humanos, a la par que instituyó a Vladimiro Montesinos Torres como el medio a través del cual se expresaban las Fuerzas Armadas-; que tales hechos se refuerzan con lo declarado durante el juzgamiento, en la sesión noventa específicamente, por Rafael Merino Bartet, que indicó que en el caso del Servicio de Inteligencia Nacional, a dicha institución no sólo se le dotó de más personal y se incrementó su presupuesto, sino que incluso se destinó, además, un presupuesto especial secreto e ilimitado, colocándose a Vladimiro Montesinos Torres como jefe real del SIN, desde donde controlaba la lucha contra la subversión - así lo ha reconocido el mismo Fujimori Fujimori, no sólo en la tercera sesión del juicio



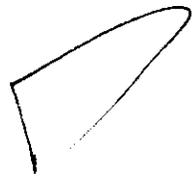
oral, sino que así también lo declaró en una nota publicada en el diario “El Peruano” con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y uno -. Asimismo, reformuló el campo de acción de las Fuerzas Armadas, con la intención de ubicar estratégicamente en la cabeza de la estructura militar a personal de su absoluta confianza, los mismos que iban a estar subordinados únicamente a su persona como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.



El SIN en coordinación con la DINTE, consiguió que un grupo de militares de inteligencia participara en el análisis de diversa documentación incautada a Sendero Luminoso (grupo de análisis); dicho trabajo se realizó en la sede de la Dirección contra el Terrorismo y se reportó a la DINTE y al SIN; al culminar el análisis de la información incautada, se elaboró un “Manual de Inteligencia Estratégica sobre el Partido Comunista – Sendero Luminoso”, que se remitió a la Jefatura del SIN y se repartieron copias a las distintas instituciones militares, lo cual se corrobora con las versiones prestadas en acto oral por el coronel del ejército peruano Pino Benamu - Sub Director del Frente Interno de la DINTE en mil novecientos noventa y uno (sesión trigésimo novena), y por el teniente coronel del Ejército Peruano Rodríguez Zabalbeascoa - Jefe del citado grupo de análisis (sesión septuagésima tercera en la causa número veintiocho – dos mil uno).



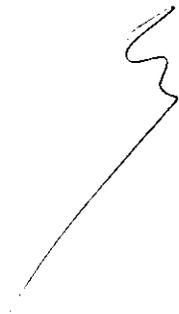
En función de las recomendaciones del citado Manual, con el conocimiento y aprobación del jefe de Estado Mayor del Ejército – general EP Hermoza Ríos; del jefe del SIN, general EP Julio Rolando Salazar Monroe, y del asesor presidencial, doctor Vladimiro Montesinos Torres, se dispuso que el grupo de analistas elaborara un Plan Operativo para contrarrestar el terrorismo; dicho plan en cuestión se elaboró en mil novecientos noventa y uno denominándosele Plan Operativo “Cipango”, y especificó los requerimientos de armamento y municiones, vehículos, material fotográfico, materiales de comunicación y otros, así como el financiamiento para su ejecución. Al respecto Marcos Flores Alvan en la sesión quince del acto oral, señaló que el denominado Plan de Operaciones “Cipango”, preparado luego de la redacción del Manual de Inteligencia Estratégica – TOI-, fue transcrito por su persona conforme al dictado de Martín Rivas, y que luego de su aprobación se fueron incorporando



progresivamente los agentes que se encargarían de su ejecución; asimismo, el periodista Umberto Jara Flores en la cuadragésima segunda sesión de acto oral, indicó que cuando entrevistó a Martín Rivas, éste le señaló, que él armó el plan “Cipango”, cumpliendo de esa forma con su misión para ir adelante en la lucha contra la subversión; y que inclusive, le comentó que la denominación “Cipango” fue una forma de halagar al Presidente 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; habiendo indicado en dicho sentido en la trigésimo segunda sesión de acto oral, el coronel EP Silva Mendoza – jefe del SIE, que el memorando 5775-B-4.a/DINTE (fojas seis mil novecientos cuarenta y tres) guarda estrecha relación con el denominado Plan Operativo “Cipango”.

En el mes de junio de mil novecientos noventa y uno, se realizó la reunión del alto mando castrense en la Comandancia General del Ejército, en la cual, Santiago Martín Rivas, (integrante del grupo de análisis), expuso ante el jefe del Estado Mayor – Nicolás de Bari Hermoza Ríos -, los Generales de las grandes unidades de Lima y algunos Generales de provincia, el denominado TOI bajo el nombre de *“Esquema estratégico – táctico para enfrentar al PCP – SL en los aspectos político, ideológico – setiembre de mil novecientos noventa y uno”* que estructuraba la lucha contra subversiva 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 a efectuarse tengan un costo social mínimo y la segunda comprendía la ejecución de operaciones contra subversivas para el caso concreto de naturaleza clandestina o abierta, las que se desarrollarían en el campo, como en la ciudad (que la citada reunión se corrobora con lo manifestado por Rodríguez Zabalbeascoa – Jefe del Grupo de Análisis –, Santiago Martín Rivas y Pichilingue Guevara – integrantes de dicho Grupo – en la sesión de audiencia número veintiocho).

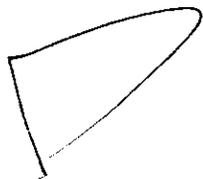
Habiéndose culminado el trabajo del Grupo de Análisis en la sede de la DIRCOTE, todos sus integrantes fueron reubicados en el galpón de mantenimiento del SIE en las Palmas, casi simultáneamente el general de brigada EP Juan Rivero



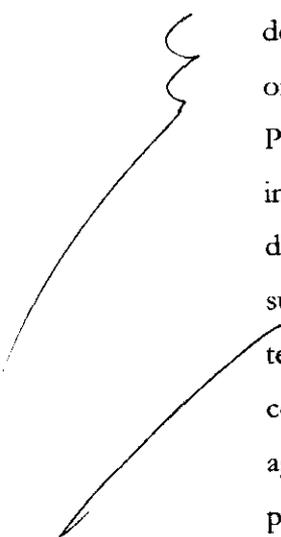
Lazo, en su calidad de jefe de la DINTE, con fecha veintidós de agosto de mil novecientos noventa y uno, remitió el memorándum número cinco mil setecientos setenta y cinco –B-4.a /DINTE al jefe del SIE, coronel del Ejército Peruano Silva Mendoza, en el que le ordenó disponer la presencia de personal para el veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y uno en el galpón de mantenimiento, el mismo que estaría bajo el comando del teniente coronel Ejército Peruano Rodríguez Zabalbeascoa; igualmente, ordenaba la entrega de armamento, munición y diversos enseres y equipos. Las anotaciones en manuscrito que se observan en dicha instrumental han sido reconocidas como suyas por el coronel del Ejército Peruano Silva Mendoza, jefe del SIE; 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 del Ejército Peruano Santiago Martin Rivas y el cargo de oficial administrativo recayó en el mayor del Ejército Peruano Pichilingue Guevara.



Por tanto, la ejecución de operaciones de inteligencia especiales de naturaleza clandestina recayó en el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, que era comandado por el teniente coronel Rodríguez Zabalbeascoa, y tenía como jefe administrativo a Pichilingue Guevara y como jefe operativo a Martin Rivas, destacamento militar que dependía del director de la DINTE (Rivero Lazo), cuya división al igual que la SIE fueron designados por el SIN para efectos de proporcionarles el apoyo logístico y económico necesario; destacamento militar que tuvo como sede el denominado “Taller de mantenimiento del SIE”; realizando sus entrenamientos militares en el local de la playa “La Tiza”.



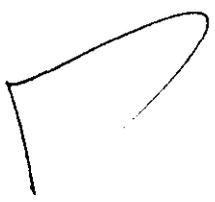
La primera operación de inteligencia especial ejecutada por el Destacamento de Inteligencia Colina, fue el hecho acaecido el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en el solar ubicado en el Jirón Huanta número ochocientos cuarenta – “Barrios Altos” – Cercado de Lima, quienes dividiendo funciones en grupos de “seguridad”, “contención” y “asalto o aniquilamiento” perpetraron los hechos fácticos



descritos anteriormente, que tuvo como consecuencia, quince personas muertas (incluida la de un menor de ocho años de edad) y cuatro personas gravemente heridas a causa de impactos de proyectiles por arma de fuego; operación de inteligencia que tuvo su origen en la información proporcionada a través del AIO Douglas Hiver Arteaga Pascual (a) Abadía – infiltrado en el Partido Comunista Peruano – Sendero Luminoso-, quien informó -con anterioridad-, que en la actividad social “pollada” que se iba a realizar en el día y lugar mencionado, se encontrarían presentes miembros activos del referido grupo subversivo entre los cuales se encontrarían algunos de los responsables del atentado terrorista que sufriera días previos el ómnibus de los “Húsares de Junín”; siendo considerada dicha actividad social, como una modalidad de funcionamiento de dicha agrupación subversiva para efectos de transmitir información a sus dirigentes y copartidarios, así como para recaudar fondos económicos para la misma.



Otra de las operaciones de inteligencia especial ejecutada por el Destacamento de Inteligencia Colina, fue la que ocurrió en la madrugada del día dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos en la Universidad Nacional “Enrique Guzmán y Valle” - “La Cantuta” - cuyo sustento fáctico también ha sido descrito precedentemente - que tuvo como consecuencia la muerte de nueve estudiantes y un profesor de la citada casa de estudios, quienes fueron sindicados por el AIO Tena Jacinto – infiltrado -, como personas vinculadas al atentado terrorista producido el día dieciséis de julio de dicho año en la calle Tarata del distrito de Miraflores, que con motivo de tal intervención, personal del citado grupo paramilitar ingresó a la mencionada Universidad y retiró de sus habitaciones a las personas previamente identificadas por el teniente EP Portella Núñez y el AIO Tena Jacinto, siendo trasladadas éstas 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”, donde por órdenes superiores se ejecutaron a las personas detenidas, para posteriormente proceder a enterrarlas en una fosa cavada para dicho fin.



4. Indicios que acreditan el conocimiento y participación central del encausado Alberto Fujimori Fujimori, antes, durante y después, de las operaciones de inteligencia especiales relacionadas a los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”.

4.1 Indicios anteriores.

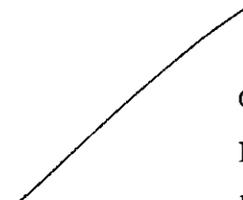
El Poder de mando militar que ostentaba el entonces presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori sobre los institutos castrenses y policiales, el que no fue sólo una atribución formal, sino que, el encausado, ostentó, evidenció y ejerció de manera real y efectiva dicho poder de mando, conforme se advierte de:

Las declaraciones de Alberto Fujimori Fujimori en el audio rotulado “Entrevista RPP – Raúl Vargas – Alberto Fujimori Fujimori”, del veinte de mayo de dos mil, -admitido al debate oral en la sesión ciento veintinueve y actuado en la sesión ciento treinta y dos-; 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. Que 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 mil novecientos noventa, hay un mando del Presidente de la República sobre las Fuerzas Armadas (...) 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 diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y siete, obrante a fojas cincuenta y un mil ciento cuarenta y siete, mediante la cual revela detalles inéditos de la negociación de rescate de los rehenes en la casa del Embajador de Japón; en dicho 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”;



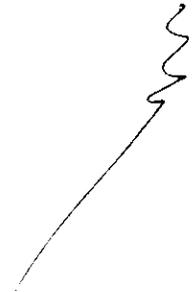
Las declaraciones testimoniales plenarias de los generales del Ejército Peruano Cubas Portal (sesión 33), Pino Benamú (sesión 35), Rojas García (sesión 38), Rivero Lazo (sesión 39), Salazar Monroe (sesión 50), Robles Espinoza (sesión 57), Hermoza Ríos (sesión 81) y Briones Dávila (sesión 84); todos ellos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



El encausado Alberto Fujimori Fujimori como parte de su estrategia de combate contra la subversión y al amparo de las facultades legislativas sobre pacificación nacional, reestructuró el Sistema de Defensa Nacional, específicamente del Servicio de Inteligencia Nacional, estableciéndose que el Sistema de Inteligencia Nacional proporcionaba al Presidente de la República la inteligencia requerida para el planeamiento de la Defensa Nacional, y que el jefe del SIN era la máxima autoridad del Sistema, designado por el propio Presidente de la República, cuyos actores principales además de éste último, eran las Fuerzas Armadas y el Servicio de Inteligencia Nacional, cuyo jefe real fue Vladimiro Montesinos Torres.



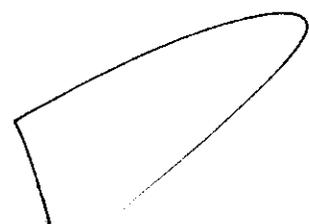
En la misma línea de su política antisubversiva, reestructuró los mandos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú con la finalidad de contar con oficiales leales al gobierno, así en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y



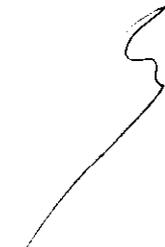
Reconciliación Nacional – Tomo II, sección II, capítulo I, apartado 1, punto tres – se señala que más de trescientos oficiales fueron separados del servicio de la Policía Nacional, además, de los nombramientos de ministros y otras autoridades de la Policía Nacional del Perú y altos mandos de la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea; así incluso el general EP Robles Espinoza y el coronel EP Pinto Benamú señalaron en el juicio oral que los cargos más importantes en el organigrama del Ejército lo ocuparon, finalmente, los miembros de la Promoción de Montesinos Torres, como incluso lo dejó entrever la Revista Caretas, que a su edición número mil ciento veintiuno, del trece de agosto de mil novecientos noventa la tituló “Un nuevo Rasputín: convertido en eminencia gris del gobierno, el ex capitán Vladimiro Montesinos juega rol clave en la purga policial y otras intrigas”.



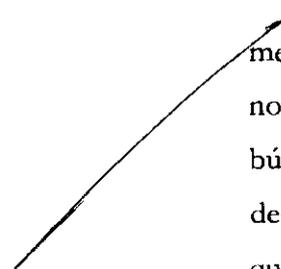
La copia certificada del memorándum de fecha veinticinco de junio de mil novecientos noventa y uno, obrante a fojas ocho mil doscientos sesenta y uno, dirigido por el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori – en ejercicio de su atributo constitucional como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas-, al Ministro 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 Destacamento Colina;



Alberto Fujimori Fujimori colocó como jefe real del SIN a Vladimiro Montesinos Torres, quien tenía como condición principal, además de luchar contra el narcotráfico, enfrentar el terrorismo, hecho que se corrobora con la nota periodística del diario oficial “El Peruano” de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y uno en el que Fujimori Fujimori anunció que el SIN se encargaba de detectar, ubicar y detener a los líderes terroristas, incluso reconoció en la sesión tres del juicio oral que Montesinos Torres era quien dirigía el funcionamiento del SIN, pese a no ser su jefe oficial, en dicho sentido Rafael Merino Bartet ha indicado en la sesión de audiencia número noventa que si bien el general Julio Salazar Monroe presidía las reuniones del SIN, no las dirigía, sólo



abría la Sesión, mientras que Montesinos Torres era quien las manejaba, así como también realizaba los cambios de mando y de los grupos de inteligencia, que tal poder de la que estaba investido dicho asesor presidencial posibilitó que tenga el respaldo necesario para coadyuvar en la reestructuración militar referida en los párrafos precedentemente citados.



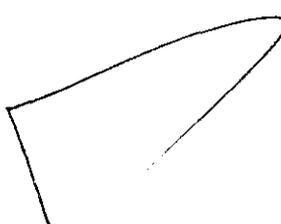
El Destacamento Especial de Inteligencia Colina, consolidó su formación en el mes de agosto de mil novecientos noventa y uno y fue disuelto a fines de mil novecientos noventa y dos; sus acciones no sólo comprendieron operaciones de búsqueda de información de líderes terroristas, sino la ejecución arbitraria, desaparición forzada y ejecución extrajudicial de numerosas personas respecto de quienes existía información de inteligencia militar de presuntos vínculos con las organizaciones terroristas y los delitos que sus miembros ejecutaban, así como la vigilancia y seguimiento a opositores políticos, y otros individuos bajo sospecha de simpatías a nexos con los grupos terroristas.



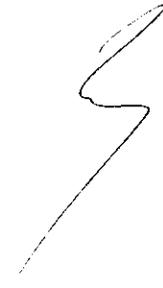
4.2 Indicios concomitantes.



La matanza de “Barrios Altos” y “La Cantuta” fue ejecutada por integrantes del Destacamento Especial de Inteligencia Colina (misiones de eliminación física de personas -presuntos subversivos-), la cual, por estar circunscrita fuera de los marcos de la legalidad y haber sido realizada con apoyo logístico brindado por dependencias del Ejército Peruano como la DINTE y el SIE, tuvo necesariamente que haber seguido pautas militares y obedecer a órdenes impartidas por las más altas autoridades castrenses y/o personajes del Poder Ejecutivo que ostentaban el poder en dicho período.



Estos hechos criminales, responderían a un patrón de “Crímenes de Estado” con el objeto de tratar de erradicar elementos subversivos, teniendo como contexto cercano crímenes terroristas en la capital de la República, y como antecedente



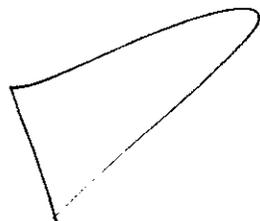
inmediato específicamente en el caso de “Barrios Altos” y “La Cantuta” los atentados terroristas al ómnibus de los Húsares de Junín y en la calle Tarata en el distrito de Miraflores, como consecuencia de la información procesada por el Destacamento Colina, en el sentido que los autores de dichos atentados subversivos - o algunos de ellos- se encontrarían presentes en la actividad social (pollada) a realizarse el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno en el Jirón Huanta número ochocientos cuarenta – “Barrios Altos” – Cercado de Lima, y en la Residencia Estudiantil de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle – “La Cantuta”, respectivamente; debiéndose indicar que dicha práctica institucional fuera de contexto de un Estado de Derecho, se repitió en ocasiones sucesivas en el período de gobierno del encausado Alberto Fujimori Fujimori.



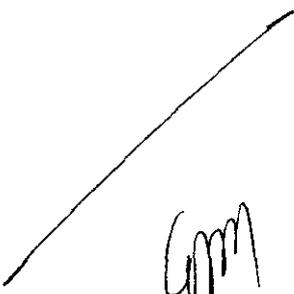
Lo singular de estos hechos es el nivel de involucramiento para facilitar y concretar los crímenes por parte de varias unidades del Ejército, sin cuya intervención no hubiese podido concretarse; lo cual revela el compromiso material y personal de los altos mandos del ejército y, al igual que ellos, del SIN, que por la lógica del funcionamiento real del sistema y su nivel decisorio en lo que se refiere al combate contra la subversión terrorista no estaba ajena a lo acontecido.



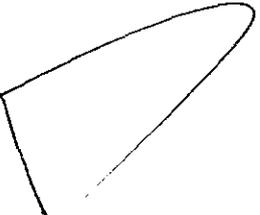
Es evidente la intervención de estamentos de mayor jerarquía como la DINTE y de la Comandancia General del Ejército, así como del SIN, quien intervino decisivamente en la creación y operatividad del Destacamento Colina, más aún, si varios integrantes del Destacamento Colina han referido que el mayor del EP Santiago Martín Rivas, también daba cuenta de sus actividades a Vladimiro Montesinos Torres; de igual forma debe indicarse, que el SIN por la propia evolución de los acontecimientos políticos y el rol que ocupó Montesinos Torres en los aparatos de inteligencia – en el propio SIN y el SINA en su conjunto tenía una injerencia activa en los planes de operaciones de inteligencia de trascendencia.



4.3. Indicios posteriores.



Que, no obstante, existir la fecha de la comisión de los ilícitos en un contexto en el cual había la sospecha fundada de una actuación ilegal por parte de algunos funcionarios del Estado, sin embargo, la respuesta del ente gubernativo bajo la dirección del SIN fue el de encubrir y de negar todo acto que vinculaba al gobierno en las operaciones especiales denunciadas, entre ellas los casos de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, además, existió una persecución contra aquellas personas que de alguna manera se revelaban y efectuaban denuncias que afectaban al gobierno de Fujimori, por tanto, dicha inacción del Estado genera fundadas y razonables sospechas sobre la actuación del encausado Fujimori Fujimori, quien además, contrariamente a la expectativa de conducta esperada - imparcial y firme - de un mandatario a efectos de ordenar una exhaustiva investigación a los presuntos responsables, ratificó la confianza y defendió públicamente a los personajes más cuestionados en dicha época - como son Montesinos Torres y Hermoza Ríos - acto que evidentemente en forma aislada no resistiría el más mínimo análisis jurídico, pero que sin embargo, dentro del contexto planteado en la presente demuestra la actitud del encausado Fujimori Fujimori de minimizar los actos delictivos perpetrados dentro de la política antisubversiva clandestina que había promovido y ordenado ejecutar.



La ejecución de las operaciones especiales de inteligencia referidas a “Barrios Altos” y “La Cantuta” importó y conllevó la realización de un gran despliegue de recursos logísticos y personales; así la organización de un equipo de inteligencia - Destacamento Colina - que tuvo vigencia por más de un año no podía pasar desapercibida para los entes superiores, habiéndose establecido en línea a la presunción antes citada, el inocultable conocimiento e intervención de las máximas autoridades del Ejército, del Sistema de Inteligencia del Ejército y del Servicio de Inteligencia Nacional del “Destacamento Colina”, notoriedad que se evidencia cuando dichos hechos se plasmaron en ediciones de prensa, generando una crisis política ante las investigaciones periodísticas que revelaban la presunta intervención

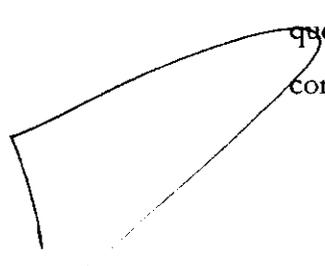
de las máximas autoridades del gobierno.

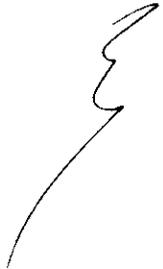


Que, frente a los indicios de la comisión de los delitos en los casos de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, autoridades, especialmente las Fuerzas Armadas, optaron por negar, cuestionar o rebatir las informaciones que emitía la prensa de la época, en el sentido de que producto de sus averiguaciones, los presuntos responsables de los referidos crímenes efectuados, serían miembros de las Fuerzas Armadas. Antes bien, las primeras investigaciones oficiales realizadas no llegaron a ninguna conclusión final y por los hechos acaecidos en el caso “La Cantuta”, se emitió sentencia en el fuero militar, que solamente 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 con el correlato en sus actuaciones que; los condenados en dicho proceso, luego fueron amnistiados por la Ley número veintiséis mil cuatrocientos setenta y nueve “Ley de Amnistía” que fue promulgada el catorce de junio de mil novecientos noventa y cinco, por el entonces presidente Alberto Fujimori Fujimori. Así, la amnistía se concibió después del proceso abierto en la jurisdicción militar, lo que permitió que los condenados por los hechos de la “cantuta” (entre estos Martín Rivas) salieran libres el dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco. El Consejo Supremo de Justicia Militar mediante Ejecutoria Suprema del dieciséis de junio de dicho año reconoció la amnistía con la opinión afirmativa del Fiscal General y el Auditor General.

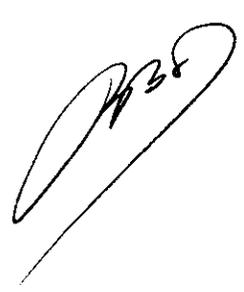


La declaración del coronel del Ejército Peruano Pino Benamú, subdirector del Frente Interno de la DINTE el año mil novecientos noventa y uno, quien refirió que un plan operativo de la dimensión de “Barrios Altos” cuya autoría le era imputada al “grupo Colina”, fue autorizado por el Director de la DINTE, General del Ejército Peruano Rivero Lazo y por Montesinos Torres, teniendo la convicción que el encausado Alberto Fujimori Fujimori era informado de los actos que cometía ese grupo operativo.

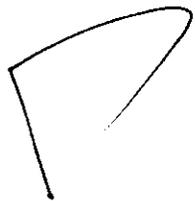




La declaración del general EP Robles Espinoza, quien refirió que en el año mil novecientos noventa y tres, cuando asumió la Comandancia General del Comando de Instrucción y Doctrina del Ejército (COINDE), el coronel del EP Pino Benamú le informó sobre la intervención del grupo Colina en la matanza de “Barrios Altos”, grupo operativo que tenía carta abierta para realizar cualquier tipo de acción bajo el pretexto de combatir la subversión; asimismo, le indicó que con el ingreso de Montesinos Torres se reclutó en el SIE elementos con carencia de escrúpulos, grupo operativo que estaba bajo la dependencia directa del director de la DINTE, general del EP Rivero Lazo, lo cual de por sí era irregular en la estructura del ejército, debido a que la DINTE solo tenía función de asesoramiento, más no operativa.



La declaración de Máximo San Román Cáceres, primer vicepresidente y presidente del senado durante el período parlamentario mil novecientos noventa – mil novecientos noventa y uno, quien refiere que cuatro meses después de ocurrido los hechos investigados, recibió en su despacho del Senado, de forma anónima, un sobre conteniendo una nota de inteligencia (ver fojas cincuenta y dos mil cuatrocientos noventa y nueve) que hacía referencia a la presunta intervención de Vladimiro Montesinos Torres en la matanza de “Barrios Altos” mediante un grupo de aniquilamiento, de cuya existencia recibió confirmación a través de varios oficiales de las fuerzas armadas, específicamente del general del Ejército Peruano – Salinas Sedo; precisando que luego de recibir la nota de inteligencia sacó cita con el encausado Alberto Fujimori Fujimori, la misma que le fue concedida dos días después, a quien se la entregó, el cual no le hizo comentario alguno al respecto; precisando finalmente que tuvo que convocar a una conferencia de prensa en base a la referida nota de inteligencia, expresando su preocupación por lo ocurrido y solicitando ayuda en las investigaciones, debido a que no se registraban avances.



CAPÍTULO IV

DE LOS AGRAVIOS EN ESPECÍFICO EN LOS CASOS DE “BARRIOS ALTOS” Y “LA CANTUTA”



La defensa del procesado Alberto Fujimori Fujimori al impugnar la sentencia, formula como agravios los siguientes:

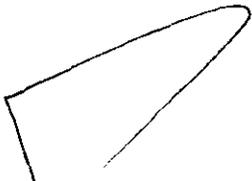
1. Causal de nulidad en cuanto a la condena por el delito de homicidio calificado por alevosía en el caso de “Barrios Altos” y “La Cantuta”

1.1 Violación del principio de legalidad constitucional al:

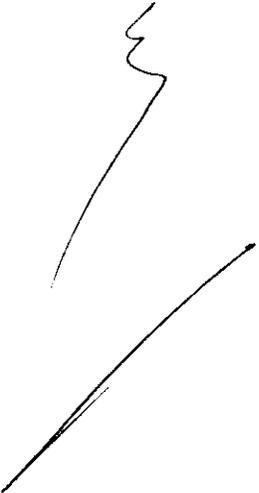


1.1.1 Atribuir al Presidente de la República potestad militar de mando sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, a pesar de no haberlo establecido la Constitución Política de 1979, que a criterio del recurrente constituiría causal de nulidad en el extremo de las condenas por el delito de homicidio calificado por alevosía (tanto en el caso “Barrios Altos” como en el caso “La Cantuta”) y lesiones graves.

Resulta necesario para absolver su agravio, efectuar algunos alcances de la Constitución Política del Perú de 1979, vigente en la fecha de los hechos.



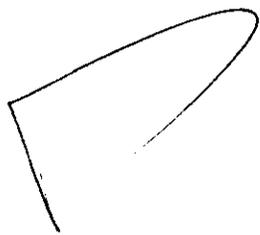
Nuestro derecho constitucional se ha inspirado sobre todo en el siglo diecinueve, en dos grandes corrientes, la de Estados Unidos y Francia. Del primero tomamos la figura del Presidente de la República, del segundo los derechos individuales y el concepto de libertad. La República del Perú ha vivido



haciendo y desasiendo Constituciones, así como en promedio hemos tenido una cada quince años de vida independiente, sin embargo, esta abundancia no ha surgido de las propias Cartas Políticas, pues aún cuando fueron algunas de estas ingenuas, desorbitadas o sin sentido por las limitaciones que imponía a nuestra realidad, mientras que otras de escasa visión, centralistas en exceso o atendiendo sólo a intereses de facciones, los verdaderos males son más profundos, así se tiene la falta de una clase dirigente con persistencia en sus propósitos, ausencia de hábito de gobierno, carencia de organismos intermediarios entre el Estado y la Nación, pero sobre todo, el escaso espíritu cívico de los ciudadanos, por ello, podemos colegir que una Constitución no llegará a permanecer y prevalecer en el tiempo, por más perfecta que sea, si ésta no se funda en la voluntad, en el consentimiento y en la capacidad del pueblo a la que va dirigida.



Un Estado Constitucional de Derecho se basa en la llamada Separación de Poderes, el cual debe entenderse como una interdependencia coordinada de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, que se desenvuelven como una garantía necesaria contra el abuso del poder público, sólo el poder detiene al poder, reza un aforismo político. En esta organización política de gobierno se da una división mitigada y un juego equilibrado de las instituciones del Estado, con un campo de competencia expresamente delimitado y especializado dentro de un ordenamiento jurídico general, establecido por la propia Constitución Política del Estado. Esta doctrina de división de funciones e integración de poderes y contrapesos es la que consideró la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve.



Respecto al Régimen Presidencial, la mayoría de países latinoamericanos como es el caso del Perú, son presidencialistas, donde la institución presidencial tiene facultades propias y extensas, que responde a una fortísima tradición y hábitos populares incoercibles, así la tendencia contemporánea reflejada en las Constituciones de estos últimos años, es la primacía del Poder Ejecutivo, que

responde fundamentalmente al innegable origen democrático de elección directa mediante el sufragio popular.

La Constitución Política le atribuye al Presidente de la República la calidad de responsable político de la administración general del país, es la autoridad superior o cabeza de toda la actividad administrativa que se desarrolla en el ámbito del Poder Ejecutivo y por medio de cualquiera de los órganos que de él dependen.

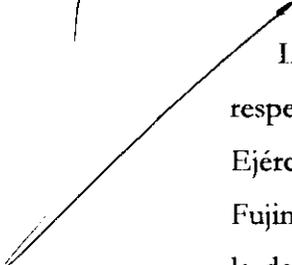
En dicho sentido “La Constitución de mil novecientos setenta y nueve ha confirmado al Presidente de la República como el Jefe de Estado, el Jefe del Poder Ejecutivo, el Jefe de la Diplomacia, el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y el elemento clave de las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento. Y en el ejercicio del gobierno puede aún ampliar estas facultades que le señala la Constitución...”⁷⁰.

De ahí que surge la pregunta ¿tiene mando militar el Presidente de la República?. En su acepción más estricta, el mando militar es una específica habilitación para conducir en guerra o en paz un concreto contingente militar⁷¹, una determinada unidad en el sentido más amplio de este término, el ejercicio del mando militar comprende los actos de quien dirige unidades, centros y organismos militares. Efectivamente, 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. El mando es, dicho en términos jurídicos, una competencia de la que nacen unos específicos poderes y deberes, toda vez, que las Fuerzas Armadas y Policiales son organizaciones fuertemente jerarquizadas cuyos elementos integrantes se ordenan todos en categorías superiores e inferiores.

⁷⁰ Vid., PAZ SOLDÁN, José Pareja. *“Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de mil novecientos setenta y nueve”*. Ediciones y Distribuciones Justo Valenzuela. Séptima Edición. Lima mil novecientos ochenta y uno, página doscientos dieciséis.



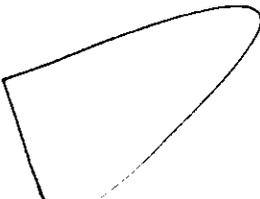
El mando militar resulta ser un poder de dar órdenes, una autoridad, que se atribuye a todos los que integran una categoría superior respecto de todos los que integran las inferiores, aún cuando no medie entre ellos una relación específica de servicio, porque lo característico de este tipo de organización es que la potestad de mandar se atribuye al margen de las competencias.



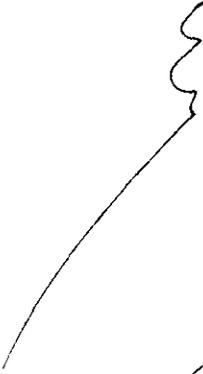
Lejos de los cuestionamientos formulados por la defensa del procesado, respecto a la inexistencia dentro de la Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea, que no ubica a Alberto Fujimori Presidente de la República como oficial; o del intenso análisis que hace la defensa del derecho comparado sobre este tema en relación a Constituciones Políticas de otros países latinoamericanos, lo cierto es que en puridad, lo que quiere demostrar o probar en el entendido que así demostraría la inocencia de su patrocinado, tiene como norte demostrar que cuando ocurrieron los hechos delictivos denominados caso “La Cantuta” y caso “Barrios Altos”, el imputado Fujimori Fujimori no fue conductor ni tenía potestad militar de mando directo sobre las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales.



Tal argumento no resulta amparable, en tanto, el artículo doscientos once, inciso décimo séptimo de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, vigente en la fecha de los hechos materia de acusación, disponía que era atribución del Presidente de la República “Presidir el Sistema de Defensa nacional y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales”. Tal disposición normativa establece con claridad el ámbito de realización de sus atribuciones correspondiéndole en consecuencia facultades de dirección suprema como disponer de las fuerzas armadas, lo que equivale al ejercicio de un mando efectivo sobre éstas.



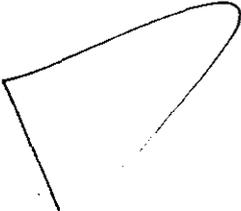
⁷¹ DE OTTO, Ignacio. “*El Mando Supremo de las Fuerzas Armadas*”, página 38.

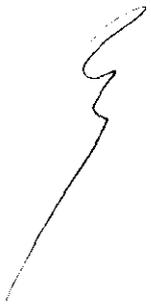


De ahí que, a criterio de este Supremo Tribunal, el procesado, entonces Presidente de la República, sí tenía mando militar efectivo sobre las Fuerzas Armadas y Policiales, pues aún cuando la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, no establecía cómo debía ejercerse la facultad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, tal potestad debe meritarse en un ámbito discrecional, si se tiene en cuenta que las órdenes podían ser escritas, orales, expresas o implícitas como sucedía en el caso de autos, y que se acredita con los elementos indiciarios que la Sala Penal sentenciadora hace mención en la Parte dos, Capítulo quince, sobre la “Intervención de Alberto Fujimori Fujimori”, sub capítulo “El Poder Directivo del acusado Fujimori Fujimori”, acápite seiscientos treinta y seis, pues era más que evidente, que desde el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, el entonces Presidente de la República tenía en realidad poder discrecional para disponer que se mantenga o cambien los altos mandos de las Fuerzas Armadas contando con la ayuda del entonces general del Ejército, Nicolás Hermoza Ríos, a quien mantuvo durante un extenso tiempo en el cargo; no está por demás reiterar lo sostenido por la Sala Penal Especial sentenciadora, que era el propio imputado, quien se jactaba de contar con el poder efectivo de las Fuerzas Armadas conforme se infiere de las declaraciones que otorgó y que se consignaron en el audio rotulado “Entrevista Radio Programas del Perú – Raúl Vargas – Alberto Fujimori Fujimori, del veinte de mayo de dos mil, admitido durante la etapa de juzgamiento, pero sobre todo, con las declaraciones brindadas por los generales del Ejército Peruano, Luis Alberto Cubas Portal, en la sesión número treinta y tres, Juan Rivero Lazo, en la sesión número treinta y nueve, Rolando Salazar Monroe en la sesión número cincuenta y Juan Briones Dávila en la sesión número ochenta y cuatro.

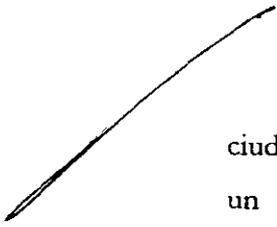


Así, en concreto, el procesado Alberto Fujimori Fujimori contaba con mando efectivo sobre las Fuerzas Armadas y Policiales como en detalle se desarrolla en la sentencia de vista.

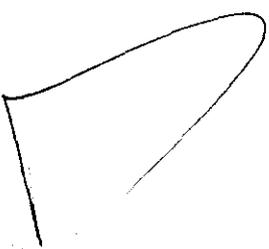




1.1.2. Violación del principio de legalidad constitucional al no aplicarse la Ley Constitucional del nueve de enero de mil novecientos noventa y tres dictada por el Congreso Constituyente Democrático en ejercicio del poder constituyente, que declaró que el procesado Alberto Fujimori Fujimori era Presidente Constitucional del Perú, después de la instauración del denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, situación que a criterio de la defensa constituye causal de nulidad de la sentencia, en el extremo de la condena por delito de homicidio calificado por alevosía (tanto en el caso “Barrios Altos” como en el caso “La Cantuta”) y lesiones graves.



El principio de legalidad constitucional es de singular importancia para los ciudadanos que habitan en el marco de las garantías constitucionales propias de un Estado Democrático de Derecho, pues esta situación trasmite 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 ejecutan en la forma descrita en el tipo penal respectivo, de ahí 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 punitiva. Contenido que 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 accesorias.



En esa línea de razonamiento, podemos colegir que una norma con rango de ley es constitucional, si ha sido aprobada, promulgada o publicada de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes (*validez formal o*



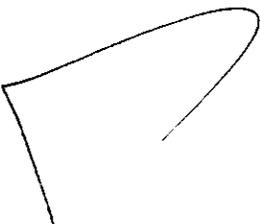
compatibilidad en la forma) y si desarrolla los conceptos contenidos en la Constitución (validez material o compatibilidad en el fondo); *contrario sensu*, será inconstitucional si no ha sido aprobada, promulgada o publicada de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes (*incompatibilidad en la forma*) y si versa sobre materias no contempladas en la Constitución o distorsiona el sentido general de aquellas que la Constitución sí contempla (*incompatibilidad en el fondo*). Por ello, conviene recordar que la acción de inconstitucionalidad es una garantía constitucional que tiene como objetivo asegurar que la legislación nacional se mantenga siempre dentro de los cauces del ordenamiento constitucional vigente, esto es, que se asegure que dicha legislación no contravenga la Constitución, ni en la forma ni en el fondo, tal como lo señala el inciso cuatro del artículo doscientos de la Constitución Política del Estado .



El Poder Constitucional o el poder constituyente es una fuerza invisible, está presente en las ramas del Estado y simboliza la voluntad política. Este asegura la continuidad de los parámetros constitucionales. Popularmente, se manifiesta a través de las organizaciones administrativas y los instrumentos pertinentes para la modificación o renovación de la Constitución. La existencia del poder constituyente tiene sus raíces en el poder popular, con la capacidad de construir y dar constitución a los Estados.



Las normas provenientes del poder constitucional hallan su fundamento en la producción jurídica vigente. Su existencia se debe a la continua elaboración de elementos jurídicos y obedece al componente flexible de la Constitución, que permite que sea reformada continuamente. Este poder se clasifica en originario, cuando da paso a la primera Constitución; y derivado cuando lleva a cabo modificaciones de la misma.



En síntesis, la existencia del poder constituyente y la Constitución son quizás una de las formas elementales para la construcción de procesos democráticos y el

establecimiento de Estados de derecho, que garanticen el bienestar a todos los ciudadanos. La Constitución Política por si sola, no representa al Estado o a la sociedad, pues su efectividad y aplicabilidad requieren de mecanismos integrados en las sociedades democráticas, para que estos puedan garantizar el cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución.

El cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, el entonces presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori dirigió un autogolpe de Estado con el respaldo de las Fuerzas Armadas, cuya dirección en ese entonces recaía en el presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas – general del EP Nicolás De Bari Hermoza Ríos, con dicho propósito en la noche del día en mención se pronunció un discurso televisado en cadena nacional, en donde el Presidente anunciaba su decisión de disolver el Congreso de la República hasta la aprobación de una nueva estructura orgánica del Poder Legislativo; la reorganización del Poder Judicial, del Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Ministerio Público, entre otras instituciones tutelares, constituyéndose desde ese momento el autodenominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, gobernándose desde dicho momento, mediante Decretos Leyes. Es verdad, que la opinión pública nacional apoyó tales medidas, mientras que los partidos políticos se opusieron a dichas acciones que desconocían la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, introduciéndose la sociedad peruana en un trance de tenso conflicto político interno.

No obstante que la comunidad internacional le quitaba el apoyo al gobierno del Perú, existieron, amplias negociaciones internas y externas, pero sobre todo, las presiones políticas de Estados Unidos y la Organización de Estados Americanos, obligaron al gobierno peruano a plantear un cronograma de retorno a la institucionalidad democrática, acuerdo que se tomó en la Reunión de Cancilleres de la Organización de Estados Americanos, realizado en Bahamas, en

donde el entonces presidente Fujimori Fujimori dio a conocer un cronograma por el que se obligaba a cumplir y alcanzar una situación de relativa estabilidad política y democrática.



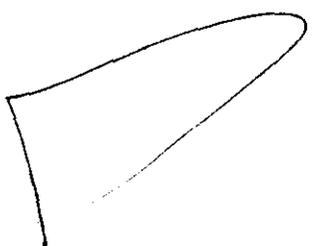
Las elecciones del denominado Congreso Constituyente Democrático fueron convocadas para el veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y dos, estableciéndose que dicho congreso estaría conformado por ochenta congresistas con tres funciones básicas: legislar, fiscalizar y elaborar una nueva Constitución que sería sometida a referéndum, resultando ganadora la alianza electoral Nueva Mayoría /Cambio noventa, que era el movimiento político creado por el gobierno, posteriormente se instaló e inició sus funciones el mencionado Congreso, el día treinta de diciembre de mil novecientos noventa y dos.



La principal característica de este proceso fue que se negaron a participar el Partido Acción Popular, el Partido Aprista Peruano, la Izquierda Unida, entre otros, que tuvieron como razones para dicha negativa, principalmente, la intención de restarle legitimidad política al proceso electoral y por ende, deslegitimizar al gobierno de facto.



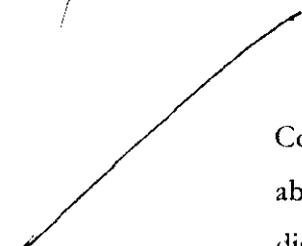
La defensa del procesado sostiene su argumento, alegando que el poder constituyente del autodenominado Congreso Constituyente Democrático era expresión de la soberanía del pueblo y que por tanto era suficiente para calificar como constitucional la situación jurídica del entonces presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, luego del autogolpe de Estado, llevado a cabo el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, lo que a criterio de este Supremo Tribunal es una calificación que no es de cobertura, pues en puridad resulta incompatible con la realidad de la Democracia Constitucional.



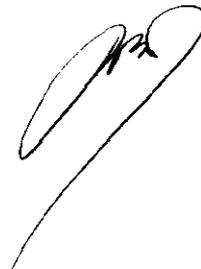
La teoría del Poder Constituyente surgió cuando ocurrieron los hechos que provocaron la Revolución Francesa. Entonces, Emmanuel Sieyes sostuvo que la



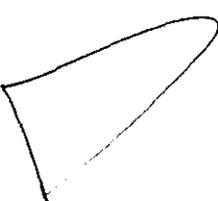
nación es un *“cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura”*. Según Sieyes estos asociados – iguales entre sí – discuten y *“se ponen de acuerdo acerca de las necesidades públicas y los medios para satisfacerlas”* pero, como *“son demasiado numerosos y se hallan repartidos en una superficie demasiado extensa como para ejercer por sí mismos fácilmente la voluntad común”*, ellos definen *“lo necesario para velar y proveer a las necesidades públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por tanto, de poder a algunos de entre ellos”*.



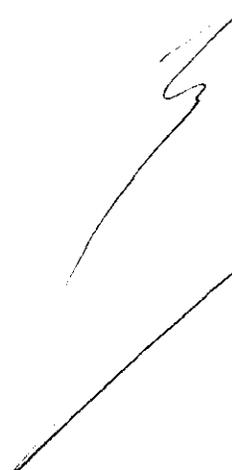
Esta facultad constituyente efectivamente la ostentaba el denominado Congreso Constituyente Democrático, conforme lo ha venido sosteniendo el abogado recurrente, esto es, establecer un sistema político concreto, la distribución del poder y las funciones de cada una de sus instituciones u organismos estatales, así como el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, empero, conforme lo ha reconocido el propio recurrente, también gozaba de competencia legislativa y fiscalizadora.



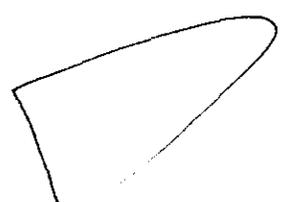
El Poder Constituyente consiste en la atribución de los miembros o representantes de una legislatura constitucional, específicamente para adoptar una Constitución, es decir, una estructura organizativa para su gobierno y la separación de poderes, contrariamente a ello, el Poder Constituido es el poder político que ejerce cada uno de los órganos que componen esta estructura, por tal motivo, cuando un Congreso aprueba una ley, de conformidad con la competencia que le reconoce la Constitución, lo hace en ejercicio del Poder Constituido, detalle último de trascendental importancia, en tanto, que la Ley del nueve de enero de mil novecientos noventa y tres fue expedida en atención a este Poder Constituido, que a criterio de este Colegiado Supremo, esta dentro del marco de su facultad legislativa, aun cuando se cuestione su constitucionalidad, toda vez, que sus alcances no estaban dirigidos a una estructura organizativa estatal concreta o a determinar los derechos fundamentales de sus ciudadanos o la forma cómo estos se iban a garantizar, sino a calificar como constitucional la



situación del entonces Mandatario de la República, consecuentemente, en el fondo el Congreso Constituyente Democrático efectivamente estaba haciendo uso de una de sus facultades para la que fue elegida, esto es, la legislativa, pero no la constitucional al emitir la ley cuestionada.



La idea del Poder Constituyente no puede ser utilizada como justificación del *status* constitucional del entonces Presidente de la República, pues no guarda concordancia con las facultades constitucionales que se le otorgó al denominado Congreso Constituyente Democrático, esto es, únicamente para dictar una Constitución Política, y en todo caso, tampoco la ley cuestionada fue expedida para aclarar o interpretar algunas de los preceptos constitucionales, sino para otorgar una condición que el entonces procesado no reunía, ni podía reunir, luego de encabezar, apoyado de una cúpula civil y militar un golpe de Estado, momento desde el cual se inutilizó su calificativo de Presidente Constitucional, en tanto, que el proceso de reforma total o parcial de la Constitución, que se llevó a cabo después del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, era ilegal al no haberse realizado de conformidad a los mecanismos dispuestos por la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, elaborado en Asamblea Constituyente en un escenario ideal, propicio al consenso, excepcional y difícilmente repetible, que obviamente no reunía el autodenominado Congreso Constituyente Democrático, prueba de ello incluso lo constituye el hecho palpable de anormalidad y fines políticos con la que se regulaba la labor del denominado Congreso Constituyente Democrático, es la expedición de los Decretos Leyes números veinticinco mil seiscientos ochenta y cuatro y veintiún mil novecientos cuarenta y nueve, dictadas por el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, así como la Ley del quince de enero de mil novecientos noventa y tres, expedida por el tantas veces mencionado, Congreso Constituyente Democrático, ley última, que por cierto para este Tribunal Supremo es de singular importancia, toda vez, que data de una fecha posterior a la del nueve de enero del mismo año, que trata de otorgar legitimidad





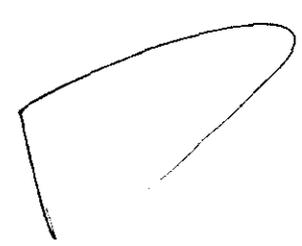
constitucional al ahora procesado, al disponer que dicho Congreso aprobaba leyes constitucionales, leyes y resoluciones legislativas –hecho que incluso lo reconoce a fojas setenta y uno, la defensa del procesado en las conclusiones parciales escritas, Segunda Parte-, lo que revela que primero se trató de otorgar mediante ley una condición que solamente se puede calificar mediante los mecanismos que la propia Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve regulaba, y posterior e innecesariamente expidió otra ley que establecía que las leyes que había expedido eran constitucionales, consecuentemente, estas fueron las razones por las que el Tribunal Constitucional Peruano señaló *“En suma, el Tribunal Constitucional considera que la promulgación de la Constitución de mil novecientos noventa y tres, por el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, jurídicamente es irrelevante, pues éste no tenía, en diciembre de mil novecientos noventa y tres, la condición formal de Presidente “Constitucional” de la República...”* (sentencia recaída en el expediente número cero cero catorce- dos mil dos – AI/TC, de fecha veintiuno de enero de dos mil dos).



1.2 Violación del principio de legalidad penal



1.2.1 Al calificar a los hechos objeto de la sentencia como delitos contra la humanidad, lo que constituye causal de nulidad de la sentencia en el extremo de la condena por el delito de homicidio calificado por alevosía (tanto en el caso “Barrios Altos” como en el caso “La Cantuta”) y por el delito de lesiones graves (Caso ““Barrios Altos””)



Conviene hacer unas precisiones respecto al Derecho Internacional Penal, que es de data antigua, aún cuando no se le asignó el significado que hoy en día se le otorga, ya que en ella se incluían dos grupos de materias que son diferentes, surgiendo el término en medio de una confusión conceptual que con el paso del tiempo la doctrina fue despejando, hasta llegar al uso de dos expresiones similares, para evocar materias disímiles. Uno de los primeros juristas en utilizar esta denominación



aproximadamente en el año mil ochocientos ochenta y ocho, fue Santiago Vaca Guzmán, quien sostuvo el problema de la cooperación internacional en la represión de la delincuencia común⁷², puesto que, en aquella época, no existía propiamente una penalización internacional de conductas lesivas al orden internacional mismo, que se encontraba apenas forjándose.

A nivel del Derecho Internacional los derechos humanos son fuente de derechos individuales (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) mientras que las normas jurídico-penales (Derecho Internacional Penal) son fuente de responsabilidad individual. Dicho de otra manera, la persona humana es destinataria de derechos (humanos) y de deberes (acciones u omisiones tipificadas penalmente) internacionales⁷³.



El Derecho Internacional Penal surgió como respuesta a los crímenes cometidos por individuos a nivel masivo. El sentido del Derecho Internacional Penal se encuentra en la superación de dos principales obstáculos: la superación de la posición defensiva de los Estados frente a cualquier intento de injerencia a lo que ellos entendían por soberanía, y el progresivo reconocimiento del individuo como sujeto de Derecho Internacional⁷⁴. No obstante, fue lo que el ser humano mostró que podía ser capaz durante el régimen nacional socialista alemán dirigido por *Adolf Hitler*, lo que llevó a que la comunidad internacional entendiera que estos crímenes no podían quedar impunes.

Por su parte el Derecho Internacional Público, rige las relaciones entre los Estados, tratando de neutralizar el indiscriminado uso de la fuerza en

⁷² En su obra, "*Reglas de Derecho Internacional Penal: Proyecto de Decisiones*". Buenos Aires, Editorial Coni, mil ochocientos ochenta y ocho, passim.

⁷³ WIERLE, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch: Valencia, dos mil cinco, página noventa y ocho.

⁷⁴ WIERLE, *ibidem*. cit.



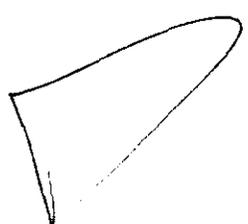
beneficio de los más poderosos. Al dejar la lucha como forma de resolver los conflictos entre particulares y pasar al ejercicio vertical del poder, o sea, al establecerse el poder punitivo en la sociedad, se formaron los Estados nacionales y la lucha fue reservada a los Estados entre sí. El derecho Internacional Público trata de contener estas luchas o enfrentamientos mediante organismos de competencia mundial (Liga de las Naciones entre las guerras; Organización de las Naciones Unidas desde mediados del siglo pasado), empero, con escasa eficiencia.



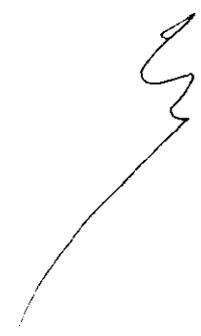
“El Derecho Internacional Penal surge en este esfuerzo, a partir del final de la primera guerra (mil novecientos catorce – mil novecientos dieciocho) para ocuparse de la delincuencia entre Estados y de la responsabilidad criminal internacional de los gobernantes. Comenzó en el siglo veinte con la tentativa fallida de criminalizar al emperador de Alemania en el Tratado de Versalles, que puso fin a esa guerra. Hubo luego varios proyectos de código de delitos internacionales, pero la cuestión cobró mucha relevancia a partir de los juicios de Nuremberg y Tokio, en que se condenó a los criminales de la segunda guerra (mil novecientos treinta y nueve – mil novecientos cuarenta y cinco)”⁷⁵.



A la vez el **Derecho Internacional Penal** está constituido por aspectos penales del derecho internacional, esto es, los aspectos del sistema jurídico internacional que regulan a través de obligaciones jurídicas internacionalmente asumidas, las conductas cometidas por individuos, personalmente o en su calidad de representantes o por colectividades, que violan prohibiciones internacionalmente definidas para las que se prevé una sanción penal, normas de jerarquía internacional establecidas por vía consuetudinaria o acordada, incriminadoras de ciertos tipos de conducta, con independencia de su posible penalización o no en el derecho interno de los



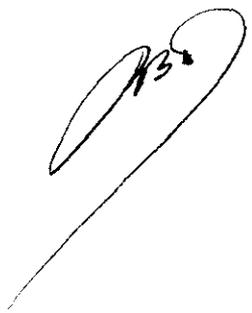
⁷⁵ Vid., ZAFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. primera edición, Buenos Aires – Argentina; Ediar – dos mil cinco, página ciento cuarenta y siete.



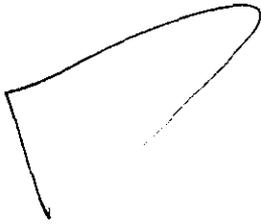
Estados. Estaría compuesto de las siguientes materias: *a*).- el control de la guerra; *b*).- la reglamentación de los conflictos armados; *c*).- la persecución de las infracciones de las leyes de guerra (en su iniciación y desarrollo); y *d*).- los delitos comunes de interés internacional. Consecuentes con tal apreciación, podemos señalar que el Derecho Internacional Penal se ocuparía del estudio de la incriminación de las conductas lesivas para la comunidad internacional, de los delitos contra el orden jurídico internacional, expresada en la trilogía que tuvo su origen en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.



¿Cuáles son las fuentes del Derecho Internacional Penal?. Tal interrogante es difícil de responder o determinar, ya que para el Derecho Penal material la principal y exclusiva fuente es la ley, recogiendo en toda su plenitud el principio de legalidad en el ***nullum crimen, nullum poena, sine lege*** (fórmula latina atribuida al penalista alemán Anselmo Feuerbach a principios del siglo diecinueve)⁷⁶, en cambio en el Derecho Internacional se reconoce como fuentes no sólo a los tratados internacionales sino también a la costumbre, que puede tener validez incluso en contra de un tratado, cuando esta costumbre constituye una norma *ius cogens*, y, además, los principios jurídicos, la doctrina y la equidad.



La idea de una comunidad internacional, fundada en relaciones de comunicación e interdependencia, fue sustentada ya a fines del siglo dieciséis y principios del diecisiete por los teólogos y juristas de la escuela española, y fundamentalmente, por Francisco de Vitoria, Luís Molina, Domingo Soto y Francisco Suárez. No obstante ello, no han sido pocos los autores que, negando la existencia del Derecho Internacional Penal, niegan a su vez la existencia de la comunidad internacional.

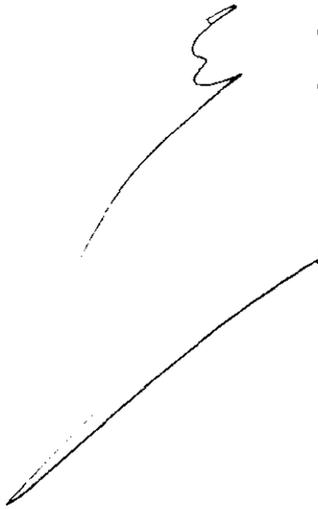


⁷⁶ Crf., URQUIZO OLAECHEA, José. "El Principio de Legalidad". Gráfica Horizonte. Lima, noviembre de dos mil nueve, página cincuenta y tres.

A pesar de las críticas formuladas y a todas las dudas que se plantearon en su momento, hoy sí podemos hablar de una comunidad internacional existente y en plenitud, pues con el término de la guerra fría, la comunidad internacional ya no está dividida en dos bloques, sino que es una sola e integrada, de modo que no es posible hablar en el tiempo actual de una comunidad internacional fragmentaria.

Si bien no existe unanimidad, por ser precisamente una entidad plural, es posible sostener que en la comunidad internacional existe un núcleo de conceptos, principios y valores, comúnmente compartidos dentro de la racionalidad hegemónica, no pudiendo afirmarse, que por no haber unanimidad, no existe tal comunidad; por lo demás, los avances en el campo de las comunicaciones, las telecomunicaciones, los medios de transporte, la informática, las relaciones internacionales de índole comercial y cultural, siempre crecientes, han hecho que se hable de que la humanidad vive en una "aldea global"; de modo tal, que las concepciones negadoras de la comunidad internacional y las que la percibían de manera precaria y fragmentaria, se han desvanecido ante la elocuencia de estos antecedentes.

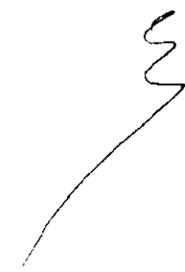
Un verdadero aporte al desarrollo del Derecho Internacional es indiscutible que parte de la Organización de las Naciones Unidas, la más grande organización internacional de todos los tiempos, que agrupa a casi todos los Estados del mundo, es la organización política internacional que la comunidad internacional se ha dado para el logro de los fines que le son propios: fomentar la dignidad y el valor de la persona humana, los derechos fundamentales del hombre, y la paz y seguridad mundiales, aún cuando no esté exenta de defectos y sea esencialmente perfectible, como toda organización humana.



Entonces, las inquietudes se manifiestan no ya en torno a su existencia, sino respecto de su homogeneidad y su igualdad, en buena cuenta, se reclama que la Organización de las Naciones Unidas, que se ha consolidado desde su creación hasta la fecha y que se ha caracterizado por su labor en *pro* de la defensa de los derechos humanos, la paz y la seguridad mundiales, actúe con la misma decisión en todo evento, empero, como decíamos, este ya no es un problema de su existencia, sino de perfeccionamiento a su funcionamiento. Debe tenerse en consideración también que la comunidad internacional, originalmente, estuvo constituida exclusivamente por Estados, quienes eran los únicos sujetos de Derecho Internacional; sin embargo, hace bastante tiempo que se viene reconociendo a otros entes la calidad de sujetos de derecho internacional y con ello, la calidad de miembros de la comunidad internacional. Nos referimos a las organizaciones internacionales reconocidas por el Derecho Internacional, y muy especialmente, a la persona humana, que ha irrumpido en el ámbito internacional, principalmente a través del tema siempre vigente de la protección a los derechos humanos.



La defensa del procesado cuestiona que el Tribunal juzgador haya considerado delito de lesa humanidad el homicidio calificado por alevosía sólo con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano, que a su criterio no son vinculantes y que afecta su derecho de defensa, pues tal calificación nunca fue introducida en los alegatos que realizaron las partes y porque además, no es correcta la forma como debe incorporarse al derecho interno este tipo de consideraciones o calificativos –delito de lesa humanidad-, procedente sólo mediante la suscripción de tratados, todo ello, se desprende con mayor claridad del escrito que presentó la defensa y lo tituló “Conclusiones Parciales de la Defensa de Alberto Fujimori Fujimori”.

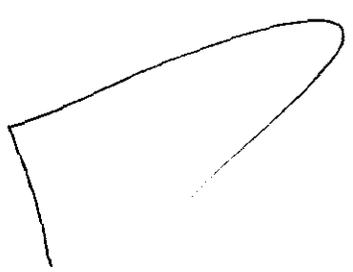


El delito de lesa humanidad es la consecuencia de una transgresión a los derechos humanos. Hay que diferenciar dos momentos en la existencia de éste, el primer momento, es un momento filosófico en donde se elaboran las doctrinas que buscan darle justificación y legitimidad con el propósito de que el derecho natural sea el fundamento último de todo el orden jurídico y político, el segundo momento, es el momento positivo, así aún cuando anteriormente la sociedad internacional había intentado, siempre parcialmente, elaborar las reglas según las cuales la sociedad internacional debía regirse, el proceso de positivización de los derechos humanos comenzó propiamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de mil novecientos cuarenta y ocho.



Es a partir de esta declaración universal que se inició el proceso *—por cierto irreversible—* de promulgación de leyes y de dación de jurisprudencia internacional en el sentido de proveer de máxima protección a los seres humanos, en tanto tales. A medida que aumentaba la doctrina, leyes y jurisprudencia *—todos ellos, incuestionablemente fuentes de derecho—* internacionales, se incrementaba la vinculación jurídico-internacional para el Estado Peruano.

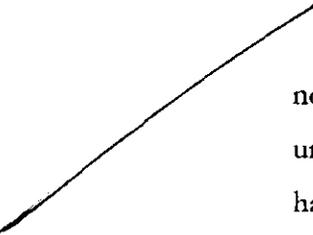
Lo que está fuera de duda es la naturaleza prepolítica de los derechos humanos, es decir, los derechos humanos no sólo existen antes de la dación de cualquier norma jurídica sino que, sobre todo, los seres humanos los tienen antes de que ellos se organicen políticamente. Dicho de otra manera, los derechos humanos preexisten al Estado y, evidentemente, a sus normas jurídicas, por lo tanto, las normas jurídicas no pueden crear derechos sino solamente reconocerlos, pues el ser humano en tanto tal ya los tiene innatamente.



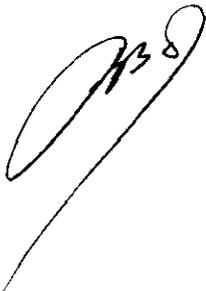
Los derechos humanos no dejan de existir aún en el hipotético caso de la desaparición del Estado, pues su existencia comenzó cuando el primer



hombre apareció sobre la faz de la tierra. Que, de otro lado, sobre su protección se han esgrimido dos vertientes doctrinarias, la primera postura, establece que los derechos humanos y su protección son dos cosas diferentes. Mientras los primeros son ultrapolíticos su protección es política, esto es, los derechos humanos son preexistentes y subsisten al Estado, mientras que su protección sólo existe cuando el Estado o grupo de Estados, a través de sus normas jurídicas, la crean.

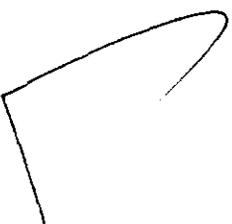


De acuerdo con esta postura, es posible predicar la retroactividad de las normas que protegen los derechos humanos, no siendo por ello, necesario una positivización previa para la protección de tal derecho y represión cuando ha sido vulnerado, lo cual en modo alguno vulnera el principio de legalidad, en tanto, conforme se ha mencionado precedentemente, es criterio asumido por este Supremo Tribunal, que los derechos humanos no sólo existen antes de la dación de cualquier norma jurídica, sino que, sobre todo, los seres humanos los tienen antes de que ellos se organicen políticamente.

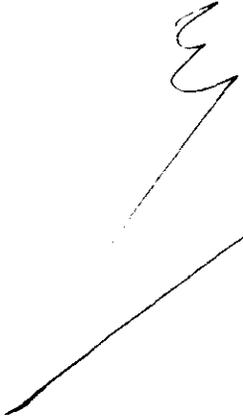


Es dentro de este criterio en que se deben materializar mecanismos entre los que se encuentra el Derecho Internacional Penal, en tanto, siendo parte del Derecho Internacional Público surge como respuesta a la demanda de punición de crímenes contra los derechos humanos y en el entendido que estos crímenes no son contra los derechos humanos de una persona determinada sino que son crímenes contra los derechos de la humanidad, de ahí que sea de interés de toda la humanidad: respetarlos (no vulnerarlos), protegerlos, garantizarlos y promoverlos.

El respeto de los derechos humanos implica que el Estado ni sus funcionarios pueden vulnerarlos, es más, tal vulneración no tiene que ser concreta sino que basta que se vean amenazados. La garantía de los derechos fundamentales implica que el Estado emprenda acciones con el fin de



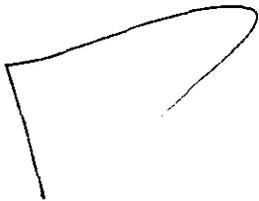
garantizar el disfrute de los derechos humanos, mientras que su promoción alude al deber del Estado de extender (optimizar) su ejercicio, lo cual implica la elaboración de políticas públicas destinadas a asegurar que la mayor cantidad de personas ejerzan sus derechos humanos con la máxima calidad posible.

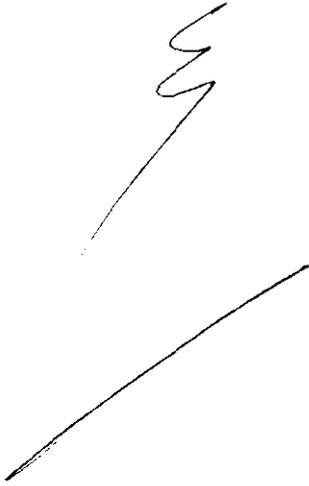


Así en lo concerniente al caso de autos, el Estado Peruano se encuentra obligado internacionalmente, de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Público, a respetar y proteger los derechos humanos, por todo ello, es aceptable la posición asumida por la Sala Penal Especial, coincidente con la asumida por el Ministerio Público en su calidad de defensor de la legalidad, e incluso, por este Supremo Tribunal revisor, que es obligación inquebrantable garantizar su vigencia, concordante por cierto, con el razonamiento asumido por el Tribunal Constitucional Peruano, máximo interprete de la Constitución, mediante sentencia correspondiente al expediente número dos mil setecientos noventa y ocho – dos mil cuatro - HC/TC, de fecha nueve de diciembre de dos mil cuatro (fundamento jurídico veinticinco), y la sentencia referida al expediente número cuatro mil quinientos ochenta y siete – dos mil cuatro - AA/TC, de fecha veintinueve de noviembre de dos mil cuatro (fundamento jurídico ochenta y uno); máxime, si a este respecto la comunidad internacional también asume la misma posición, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de fecha catorce de marzo de dos mil uno, otorgó tal calificativo de lesa humanidad, precisamente en el caso “Barrios Altos” versus Perú (ver numeral cinco del fallo).



En consecuencia, para determinar su aplicación al caso concreto solamente bastaría poder determinar que la vulneración de tal derecho, se halla realizado en un nivel estructurado, político y sistemático, toda vez, que *“El común denominador de un ataque sistemático es que se lleva a cabo conforme a una*



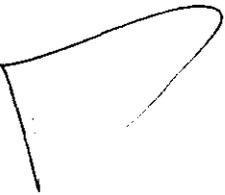


política o a un plan preconcebido, destacando la naturaleza organizada del ataque. El ataque es sistemático si se basa en una política (policy) o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, i.e., las víctimas específicas... Este elemento es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político sólo exige que se excluyan los actos casuales de los individuos que actúan solos, aisladamente y sin que nadie los coordine. Tales hechos delictivos comunes, aún si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por lo menos por algún Estado o una organización... Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa: deben ser por lo menos tolerados por esta”⁷⁷, situación que será materia de análisis en adelante, por tanto, podemos afirmar que es correcta la calificación de actos de lesa humanidad a los hechos materia de acusación.

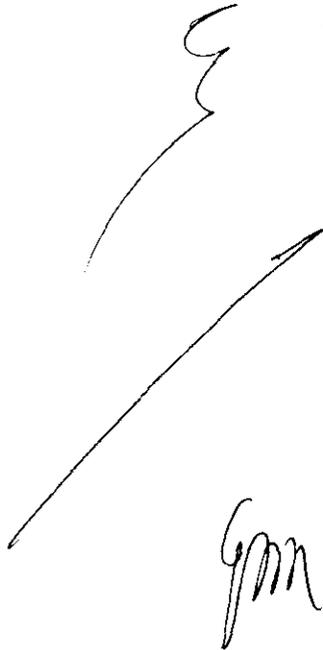


Los antecedentes antes expuestos, forman parte integrante del derecho consuetudinario y se han venido presentado en la jurisprudencia internacional, antes de los hechos de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, de tal forma, que su debida aplicación al caso concreto, no está sujeta a impedimento alguno, toda vez que, pertenecen al ordenamiento jurídico peruano con rango Constitucional. Por consiguiente, sobre la base de este cimiento normativo, es admisible calificar estos hechos como delitos de lesa humanidad.

Siendo así, para poder identificar y calificar los hechos como delitos de lesa humanidad, se ha de contar con ciertos elementos fundamentales, que ya se encuentran establecidos en la propia norma internacional consuetudinaria;



⁷⁷ Vid., expresamente y con más detalle, AMBOS, Kai. “Estudios de Derecho Penal Internacional”. Editorial Idemsa, Lima, dos mil siete, páginas ciento treinta y tres.

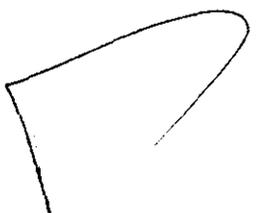


a saber, que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella⁷⁸, y otros requisitos materiales, como, el autor obligatoriamente ha de pertenecer o ha de estar vinculado a un órgano de poder estatal, o de una organización colectiva que asume control de facto de un territorio; la naturaleza de la infracción [actos organizados y sistematizados de orden cuantitativo – pluralidad de víctimas-]; asimismo, la oportunidad de la comisión del delito, [situación de conflicto]; y finalmente, la situación [estado de indefensión] de las víctimas. Por tanto, estas circunstancias justifican su perseguibilidad internacional, y por ende, las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho Internacional Penal, esto es, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo.



Lo antes expuesto, permite afirmar que los hechos delictivos, en especial los actos de asesinato y lesiones graves, se adecuan plenamente a los presupuestos que configuran el delito de lesa humanidad. Dichos actos, además que trascienden el ámbito de ejecución individual, se han configurado en el marco de una política estatal de eliminación sistemática de presuntos integrantes de organizaciones terroristas, cumpliéndose de esta forma con el núcleo rector que prohíbe los delitos contra la humanidad, esto es, el haber afectado un número masivo de personas (delito masa) que se encontraban en situación de indefensión.

⁷⁸ En el mismo sentido, Vid., Gil. Gil., Alicia quien señala que se está ante un delito de lesa humanidad, cuando sean cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto. “ Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los elementos de los Crímenes”. En: La

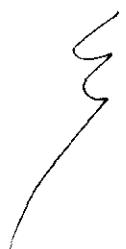


1.2.2 Aplicación retroactiva del crimen de lesa humanidad de asesinato contenido en el Estatuto de Roma de 1,998 a los hechos de “Barrios Altos” y “La Cantuta” ocurridos en 1,991 y 1,992

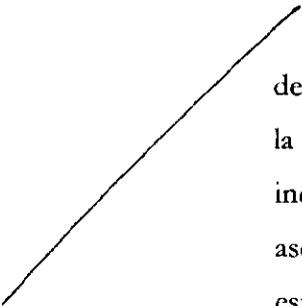
La defensa también plantea afectación al principio de legalidad, porque el asesinato no estaba considerado como delito contra la humanidad en el derecho penal interno hasta que el 13 de setiembre de 2001 el Perú aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, no tiene en cuenta que la Sala Penal Especial en su sentencia condena al acusado como autor mediato de la comisión del delito de homicidio calificado-asesinato, bajo la circunstancia agravante de alevosía en aplicación estricta del artículo 108.3 del Código Penal Peruano, vigente en el momento de los hechos, código incluso promulgado por el propio acusado mediante el Decreto Legislativo N° 635 del 8 de abril de 1,991, esto es, antes de los asesinatos de “Barrios Altos” y “La Cantuta” (perpetrados el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno y el dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos), y no en base al artículo 7 del Estatuto de Roma que tipifica (en el artículo 7.1.a) al asesinato como crimen de lesa humanidad.

Igualmente la pena fijada al encausado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori de 25 años de privativa de la libertad, ha sido determinada bajo los parámetros previstos en nuestra norma penal, en su extremo máximo previsto en dicho subtipo penal agravado al momento de los hechos y no en aplicación del artículo 77 del referido Estatuto que castiga el mismo delito de asesinato con las penas de reclusión por un máximo de 30 años y con reclusión a perpetuidad (cadena perpetua).

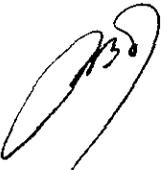
nueva justicia penal supranacional, Kai Ambos – Coordinador, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil dos, página noventa y cuatro.



De lo que se desprende que al acusado no se le ha fijado la pena en base al Estatuto de Roma, sino en base a un ilícito tipificado en el Código Penal Peruano, determinándose la pena como su consecuencia jurídica. Por ningún lado aparece una aplicación retroactiva maligna de la ley penal en perjuicio del procesado.

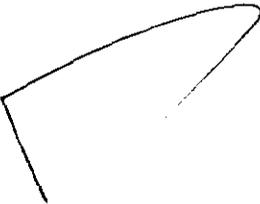


En este sentido, pretender sostener una supuesta vulneración al principio de legalidad, no tiene asidero jurídico, porque los elementos que condicionan la identificación de un delito contra la humanidad, existen de manera independiente a los elementos de la estructura propia del tipo penal de asesinato; por ende, no tiene naturaleza ni fines jurídicos punitivos para establecer la pena.



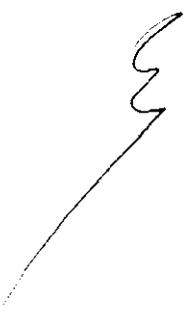
En esta línea de desarrollo, consideramos estos injustos como delitos de lesa humanidad, esto es, que los hechos ejecutados por el procesado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, como autor mediato, infringen flagrantemente el derecho internacional de los derechos humanos, la dignidad humana, la conciencia que el hombre tiene de si como género, la moral y la ética que gobierna la convivencia humana en comunidad.

El principio de legalidad, y en especial, la garantía de irretroactividad de la ley penal establecen constitucionalmente (art. 2.24.d de la Constitución) que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica deben estar vigentes con anterioridad a los hechos atribuidos. Esta garantía pretende impedir que se impongan determinadas sanciones penales a hechos no previstos por la norma penal como delito, es decir, impide la aplicación de normas punitivas ex post facto.



Desde esta perspectiva, en el presente caso, la calificación de los hechos como asesinato y la aplicación de su respectivo marco punitivo en base al

Código Penal peruano, no vulnera la garantía de irretroactividad de la ley penal o *lex praevia*.

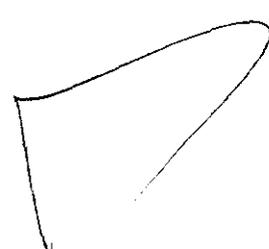


De ahí que, dado los alcances del principio de legalidad mencionados líneas arriba, la calificación efectuada por la Sala Penal Especial, de los actos ejecutados -por autoría mediata- por el imputado Alberto Fujimori Fujimori como crimen de lesa humanidad no afecta tal principio ni su garantía de irretroactividad de la ley penal. Antes bien, al trascender estos a su ámbito estrictamente individual y al adecuarse a los supuestos que identifican los delitos contra la humanidad, su efecto es declarativo -circunscribiéndose al ámbito del *ius cogens*- con consecuencias jurídicas vinculantes que hacen de estos crímenes, crímenes internacionales que afectan la dignidad humana y la niegan. Por tanto, este Tribunal Supremo afirma, sobre lo antes expuesto, que no se ha afectado el principio de legalidad ni el derecho de defensa.



1.3 Causal de nulidad en el extremo de la condena por delito de homicidio calificado por alevosía, tanto, en el caso “Barrios Altos” como en el caso de “La Cantuta”, por haberse incurrido en violación del principio de especialidad, al establecerse en la sentencia condenatoria hechos que no fueron objeto de la sentencia de extradición.

Señala el impugnante que en la sentencia recurrida se expresa que el aparato de poder (destacamento Colina) que se atribuye, dirigió su patrocinado Alberto Fujimori Fujimori, además de los asesinatos de “Barrios Altos” y “La Cantuta” cometió los siguientes crímenes: a) Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de 6 personas en la localidad de Pativilca, en los Pueblos de Caraqueño y San José el 28 de enero de 1992; b) Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de 9 personas en el distrito judicial de El Santa Chimbote del 2 de mayo de 1992; c) Desaparición forzada y ejecución extrajudicial del periodista Pedro Herminio Yauri Bustamante en Huacho, el 24 de junio de 1992; d) Desaparición forzada y ejecución



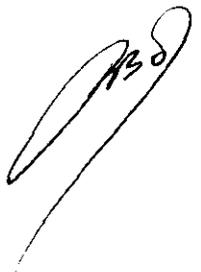
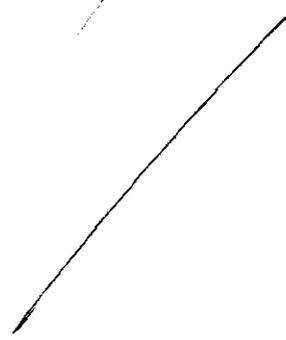
extrajudicial de la familia Ventocilla (5 personas) en Huacho el 24 de junio de 1992; e) Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de Fortunato Gómez Palomino en el distrito de Chorrillos en mayo o junio de 1992; f) Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de 1 o 2 personas en Ate Vítarte, inmediaciones de la Carretera Central en fecha no precisada del año 1992; hechos que fueron utilizados por el Tribunal Supremo Especial para establecer como probada la política antiterrorista de guerra sucia que atribuyen dispuso su defendido.

Bajo similares argumentos – legalmente - la defensa del procesado Alberto Fujimori Fujimori, agrega que la Sala Penal Especial utilizó o determinó la anotación de otro crimen para establecer como probada la política antiterrorista de guerra sucia que se atribuye dispuso su patrocinado; aunque sólo para el extremo condenatorio por el delito de homicidio calificado por alevosía por el caso de “Barrios Altos”, correspondiente: g) asesinatos cometidos en Ayacucho en el año 1991 por un grupo especial del Ejército a cargo del agente de inteligencia operativo Fabio Urquiza Ayma "agente Carrión".

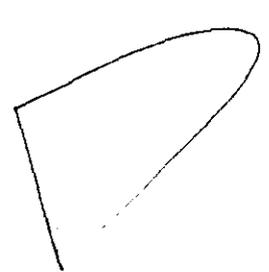
Para absolver este agravio, es preciso previamente recurrir al concepto del Derecho Penal Internacional, que es una denominación utilizada por la doctrina autorizada, para definirla como la rama del derecho que regula el ámbito de vigencia internacional de las normas penales de un Estado, es decir los límites de la ley penal en el espacio, así el Derecho Penal Internacional se ocupa del aspecto internacional que muestran las normas penales de un Estado por la nacionalidad del delincuente o de la víctima, porque el delito se ha cometido en el extranjero, o porque existe la posibilidad de la extradición, por lo que, si partimos del principio de que cada Estado tiene competencia para decidir los límites de su propio poder punitivo en su territorio, las reglas del Derecho Penal Internacional encontrarán fundamento en una serie de ideas fundamentales, como lo son, la salvaguardia del orden público interestatal; la vinculación del ciudadano nacional que se encuentra en el extranjero al ordenamiento penal propio; la protección del catálogo nacional



de bienes jurídicos protegidos; la solidaridad en la lucha contra la delincuencia como misión cultural común de la humanidad y la mayor justicia posible, establecemos así, que el objeto de estudio será la denominación de la validez, eficacia, o ámbito espacial o territorial de la ley penal.



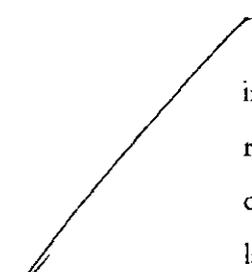
El principio más importante que rige esta rama del derecho es el Principio de Jurisdicción Universal como expresión del Derecho Penal Internacional que hace posible que los Tribunales de un Estado investiguen, procesen y en su caso, condenen a ciudadanos extranjeros por delitos realizados en el extranjero; es decir, fuera del territorio del Estado que lo juzga. El principio de Jurisdicción Universal es reconocido a partir del Tribunal de Nuremberg, el cual se justifica en la solidaridad del mundo frente a los delitos de trascendencia internacional. Con lo anteriormente expresado, podemos decir que estamos frente al Derecho Penal Internacional, puesto que el fundamento de esta disciplina está en que los Tribunales nacionales juzguen los delitos cometidos en territorio extranjero, consecuentemente, desde esta perspectiva en el caso peruano, cuando una persona comete delitos que son de trascendencia internacional existen dos vías para juzgarla: La primera, es la del Derecho Penal Internacional, es decir, que sean los tribunales nacionales quienes juzguen estos delitos y, la segunda vía es la del Derecho Internacional Penal, en la cual una Corte Penal Internacional, de carácter permanente, se encargaría de juzgar a estas personas.



Cabe precisar, que existen diferencias entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal. En la primera, los Estados se comprometen a investigar, procesar y condenar a las personas que cometan crímenes internacionales, en virtud de un tratado internacional del cual son parte; para cumplir con este objetivo *-de evitar la impunidad-* los Estados deben de adecuar su legislación penal a lo expresado en el tratado, en cambio en la segunda, los Estados han expresado su voluntad para que sea una Corte Penal Internacional *-independiente y permanente-*, que se encargue de juzgar los delitos internacionales.



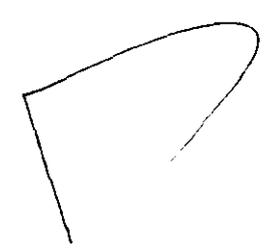
Que, en el Derecho Penal Internacional el órgano generador de leyes es el Poder Legislativo de cada Estado, en cambio en el Derecho Internacional Penal se invierten las funciones (*regidas por el Derecho Internacional Público*), quiere decir, que el órgano que produce las leyes, tanto sustantivas como procesales, es el Poder Ejecutivo a través de sus plenipotenciarios.



Así, el Derecho Penal Internacional constituye la rama del sistema jurídico internacional configuradora de una de las estrategias empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad de los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes, por ello, en este concepto amplio, comprensivo de lo que ha sido calificado como principio de Jurisdicción Universal se convierte en la razón de ser del Derecho Penal Internacional.



Derecho Penal Internacional, el objeto de las normas penales internacionales (*o Derecho Penal de las naciones*) consiste en determinar las conductas atentatorias contra un interés social de trascendencia universal, cuya protección exige su tipificación como delitos y la aplicación de penas impuestas por los Estados miembros de la Comunidad Internacional a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación, en este último, se encuentra regulada la extradición como mecanismo de colaboración para la lucha contra la delincuencia.



De ahí que, la extradición es un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento reposa en el interés común de todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados y eventualmente, castigados por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los hechos delictuosos. En tal contexto, podemos señalar que las partes en los pedidos de asistencia judicial internacional y dentro de ellos, en los de extradición, son los Estados que, mediante el mantenimiento de buenas relaciones, se prestan ayuda jurídica mutua, facilitando la entrega de personas imputadas o condenadas.

Que, nuestro novísimo Código Procesal Penal Peruano – Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete, en el Libro Séptimo, denominado “La Cooperación Judicial Internacional” establece básicamente dos tipos de extradición:

a) La extradición activa que corresponde a la solicitud de entrega del acusado o sentenciado por el Estado que tenga jurisdicción para juzgarlo, procedimiento que por cierto ha sido materia del presente caso judicial; y

b) La extradición pasiva correspondiente a la entrega del acusado o sentenciado (extraditable) al Estado del refugio -donde se encuentra físicamente- a solicitud del Estado requirente. No está por demás señalar que la *“legislación en materia de extradición se halla ante una revolución que tiene como objetivo la eliminación de la misma en su sentido clásico. Pionero de esta revolución ha sido el Reino de España, que el veintiocho de noviembre de dos mil firmó en Roma un instrumento que abre nuevas perspectivas, el Tratado para la Persecución de Delitos Graves mediante la Superación de la Extradición en un espacio de Justicia Común”*⁷⁹

Empero, el proceso de extradición no está regulado solamente por los Tratados suscritos entre los Estados y por normas procesales específicas al respecto, sino por principios informativos, entre los cuales se encuentran:

- a) el de doble incriminación o incriminación simultánea;
- b) la no aplicación de la pena de muerte;
- c) la causa no debe haber prescrito, aún cuando hoy se consideren imprescriptibles los delitos contra la humanidad;

⁷⁹ JOACHIM VOGEL, Rolg. *“El Derecho Penal Internacional”* En Cuadernos de Derecho Judicial, número siete, año dos mil uno. Obra colectiva dirigida por Enrique Bacigalupo Zapater, Magistrado del Tribunal Supremo Español. Publicación de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, dos mil uno, página ciento setenta y cuatro.

- d) la improcedencia de la extradición por delitos políticos;
- e) la exclusión de Tribunales Especiales o de Tribunales Militares para el juzgamiento del *extraditurus*;
- f) el principio de legalidad, por el cual se circunscribe la extradición a que esté apoyada en un Tratado; y
- g) el principio de especialidad o de efectos limitativos de la extradición, que en la práctica trata de una inmunidad, un *cuasi* asilo, pues el *extraditurus* sólo puede ser juzgado, en caso de entrega, por los delitos materia de la concesión, por ello, el *extraditurus* tiene un estatuto de intangibilidad, que únicamente puede ser modificado con la autorización del Estado que accediera a la extradición.

Así, el principio de la especialidad o también llamado principio de especificidad constituye en realidad un principio, más que un requisito del pedido, empero puede así ser considerado, puesto que, *“con esta denominación estamos haciendo referencia a que la solicitud deberá ceñirse a un hecho determinado y la consecuencia de esta exigencia redundará en que, entregado el individuo, el Estado requiriente asume la responsabilidad de someterlo a juzgamiento -o en su caso, al cumplimiento de una condena- únicamente por el hecho descrito en el pedido y no por otros distintos”*⁸⁰

Formulado el agravio, veamos ¿Cuáles son los alcances de la sentencia de extradición de la Corte Suprema de Chile?

Con fecha siete de noviembre de dos mil cinco el procesado Alberto Fujimori Fujimori fue arrestado en la República de Chile, detención que se puso en conocimiento a la Interpol - Perú en la misma fecha, originando que la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, con fecha diez de noviembre de dos mil cinco y veintiuno de marzo de dos mil seis, respectivamente, peticionara a la Sala Penal Especial la solicitud de extradición activa, los que fueron aceptados

⁸⁰ González Warcalde, Luis Santiago y Enrique Del Carril. La Extradición. Editora Lexis Nexos Argentina S.A. Primera Edición. Buenos Aires; página 45.

por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como por el Poder Ejecutivo mediante sendas Resoluciones Supremas.

La autoridad judicial de la República de Chile, en su calidad de Estado requerido resolvió como anotamos preliminarmente en primera instancia el rechazo de la solicitud de extradición en todos sus términos conforme se observa de fojas veintidós mil ciento noventa a veintidós mil quinientos once, no obstante ello, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile en segunda y última instancia, mediante sentencia del veintiuno de septiembre de dos mil siete, obrante a fojas veintidós mil quinientos trece y siguientes, resolvió textualmente lo siguiente: "... Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el título VI, párrafo dos del libro tres del Código de Procedimiento Penal, el Tratado de Extradición suscrito con la República del Perú el año mil novecientos treinta y dos, y la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el año mil novecientos treinta y tres y los artículos trescientos cuarenta y cuatro a trescientos ochenta y uno del Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante; **SE REVOCA** la sentencia apelada del once de julio de dos mil siete, escrita de fojas 1.411 a 1.522, y en su lugar se declara que se concede la extradición del requerido Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori o Albert Fujimori Fujimori o Ken Inomoto, con doble nacionalidad peruana japonesa, cédula de identidad peruana diez millones quinientos cincuenta y tres mil novecientos cincuenta y cinco, pasaporte PC veinte mil novecientos ochenta y seis, solicitada por el Gobierno del Perú, sólo por los capítulos y figuras penales que se señalan:

1º. Por el capítulo denominado "Allanamiento", por el hecho punible descrito en el artículo trescientos sesenta y uno del Código Penal del Perú, en relación con el artículo doscientos trece del Código Penal Chileno, en los términos a que se hace referencia en el considerando décimo noveno;

2º. Por el capítulo denominado "Interceptación Telefónica", únicamente por los hechos punibles descritos en los artículos ciento sesenta y dos y trescientos ochenta y siete del Código

Penal Peruano, en relación con los artículos ciento sesenta y uno – A y doscientos treinta y nueve del Código Penal de Chile, respectivamente.

El primero, en relación a los hechos delictivos fijados en la consideración trigésima segunda, cometidos a partir del veinte de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, en adelante, fecha de la modificación introducida al Código Penal por la Ley diecinueve mil cuatrocientos veintitrés. El segundo, de fraude al Fisco, respecto de los hechos descritos en la misma motivación, cometidos a partir del veintiocho de julio del año mil novecientos noventa;

3°. Por el capítulo denominado "medios de comunicación", únicamente por los hechos punibles contenidos en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal Peruano, en relación con el artículo doscientos treinta y nueve del Código Penal de Chile, por los hechos descritos en el considerando cuadragésimo quinto;

4°. Por el capítulo denominado "Quince millones", únicamente por los hechos punibles descritos en los artículos trescientos ochenta y siete y cuatrocientos veintiocho del Código Penal Peruano, en relación con los artículos doscientos treinta y nueve y ciento noventa y tres, número cuatro del Código Penal de Chile, respectivamente, por los hechos descritos en el considerando sexagésimo;

5°. Por el capítulo denominado "Congresistas Tránsfugas", únicamente por los hechos punibles descritos en el artículo trescientos noventa y nueve (actual trescientos noventa y siete) del Código Penal peruano, en relación con los artículos doscientos cincuenta, inciso segundo y doscientos cuarenta y ocho bis del texto punitivo nacional, por los hechos descritos en el considerando sexagésimo séptimo;

6°. Por el capítulo denominado "Sótanos SIF", únicamente por los hechos punibles descritos en el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal del Perú en relación al artículo ciento cuarenta y uno del Código Penal Chileno, sólo por los secuestros de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer Ampudia, de acuerdo a los hechos descritos en el considerando octogésimo;

7°. Por el caso "Barrios Altos" y "La Cantuta", únicamente por los hechos punibles descritos en los artículos ciento ocho y ciento veintiuno del Código Penal del Perú en relación con los artículos trescientos noventa y uno y trescientos noventa y siete del Código Penal Chileno, respectivamente, de acuerdo a los hechos descritos en el considerando nonagésimo tercero;

SE CONFIRMA, en lo demás apelado, la referida sentencia, con declaración de que en los capítulos "Faisal – Aprovech", "Medicinas Chinas", "Desviación de Fondos", "Decretos de Urgencia", "Tractores Chinos" y "Ampliación por Desaparición Forzada", no se encuentra justificada la existencia de los hechos punibles materia de los respectivos requerimientos...".

Precisión textual del fallo de la Corte Suprema de Justicia de Chile que realizamos para despejar cualquier tipo de dudas al respecto, delimitando el ámbito de competencia para los casos denominados "Sótanos SIE" (delito de secuestro en agravio de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer Ampudia); y los casos de "Barrios Altos" y "La Cantuta" (delitos de homicidio calificado y lesiones graves).

Agrega la Corte Suprema de Chile alcances de la extradición por el delito de secuestro, tanto, para el periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen, ocurrido el día seis de abril de mil novecientos noventa y dos, como para Samuel Dyer Ampudia, el día veintisiete de julio de mil novecientos noventa y dos, que a criterio de su jurisdicción los hechos se subsumen en el artículo ciento cuarenta y uno de la legislación criminal chilena, que reprimía: "El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo. En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito. Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será de presidio mayor en su grado medio al máximo..."(ver considerando septuagésimo séptimo); de otro

lado, para conceder la extradición en los casos de “Barrios Altos” y “La Cantuta” se meritó: “...*Que conspira en contra de la negativa del extraditabile, los antecedentes probatorios que se enumeran en la consideración nonagésima segunda, en sus puntos siete, ocho, nueve, diez, once, trece, catorce, veinticinco, veintiséis, veintiocho, treinta y dos, treinta y tres, treinta y cuatro y treinta y cinco, de los cuales es posible entender que había indicios claros de que Alberto Fujimori Fujimori, habría tenido, después del autogolpe, la concentración de todos los poderes del Estado y el mando superior de las Fuerzas Armadas y Servicios de Inteligencia, propició la creación de un organismo especial dentro de las Fuerzas Armadas para realizar operaciones en contra de personas sospechosas de subversión o de enemigos ideológicos del régimen; estando el requerido en antecedentes de la existencia y finalidad del "Grupo Colina" y de las acciones que se llevaban a cabo por el mismo grupo, lo que se demuestra por los premios, ascensos y condecoraciones otorgadas por Fujimori a los integrantes de este grupo y porque muchas personas lo vieron dar órdenes a Montesinos, quien a su vez las entregaba al mencionado Grupo Colina, con lo que habría tenido una participación de autor mediato*” (ver considerando nonagésimo quinto de la sentencia de extradición).

La defensa del procesado Alberto Fujimori Fujimori, en el petitorio que ha hecho llegar a este Supremo Tribunal, presentado ante la Mesa de Partes Única de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha siete de octubre de dos mil nueve - denominado “conclusiones parciales de la defensa de Alberto Fujimori Fujimori – Segunda Parte”, expone con mayor amplitud el agravio referido a una presunta vulneración del principio de la especialidad que rige el trámite de las extradiciones, alegando que su patrocinado solamente podía ser perseguido, juzgado y sancionado por los delitos, por los cuales la entrega ha sido concedida, agrega, que el Tribunal en los párrafos quinientos setenta y cinco al quinientos ochenta y ocho estableció como probados los hechos que no formaron parte del objeto de la sentencia de extradición, ni de la acusación adecuada y, que sin embargo, no sólo se han declarado probados, sino que fueron empleados para la calificación como delitos de lesa humanidad.

El representante del Ministerio Público quien en esta causa emite dictamen previo, ha omitido pronunciarse en este extremo, esto es, no ha señalado en ninguna de sus extensas consideraciones si a su criterio existió o no vulneración del principio de especialidad; omisión no relevante, en tanto, sus apreciaciones son opiniones no vinculantes, que no impiden que esta Sala Suprema Revisora pueda pronunciarse sobre la posible vulneración o no de los principios que rigen el procedimiento de extradición.

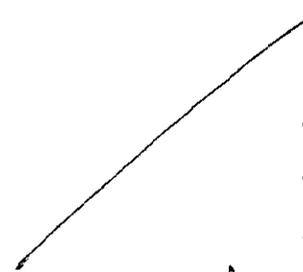
En efecto, como señala el abogado defensor del imputado, la Sala Penal Especial en el Capítulo XIII, subtitulada como "*Otros Delitos del Destacamento Especial de Inteligencia Colina*" hace mención de otros crímenes cometidos por este destacamento de inteligencia militar, empero, su evaluación no se realiza en mérito a que se quiera demostrar o sancionar al procesado Fujimori Fujimori por otros hechos distintos a los que fueron materia de la extradición, esto es, en ninguna parte de la fundamentación cuestionada se hace mención que el imputado también asume responsabilidad penal por los hechos a los que hace referencia el recurrente y que en puridad, es el ámbito de protección al que está dirigido el Principio de Especialidad. Contrariamente a ello, su mención se circunscribe a demostrar la existencia del destacamento "Colina", la razón de su origen, sus integrantes, la cobertura institucional, los fondos económicos con los que operaba, a quiénes rendían cuentas de sus operaciones y sus objetivos.

Detalles e información que son de relevante importancia cuando la instancia juzgadora apoya su decisión en la prueba indiciaria, donde cada dato que se pueda obtener de la actividad probatoria llevada a cabo resulta de trascendental importancia.

La Sala Penal juzgadora toma en cuenta estos otros crímenes, obviamente, no imputados, ni materia de juzgamiento en contra del procesado recurrente, pero sí valederos en atención a que por medio de este análisis los juzgadores asumieron



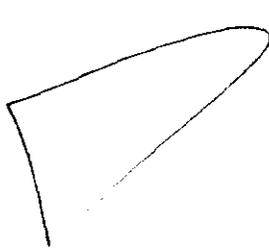
que no se trató de un destacamento militar, que incurrió en hechos aislados, cometidos al margen de las más altas autoridades militares y de inteligencia, sino que tenía un patrón de funcionamiento, una labor de inteligencia selectiva y circunscrita a objetivos precisos; en síntesis, la valoración de manera integral de hechos acaecidos durante los años mil novecientos noventa y uno y mil novecientos noventa y dos, distintos a los que fueron materia de la sentencia de extradición, únicamente sirvieron para establecer el motivo de la conformación y la misión del Destacamento “Colina”, por cierto, tantas veces negada su existencia.



Apreciamos que la Sala Penal Especial se limita a realizar un análisis conjunto de los elementos indiciarios, teniendo en cuenta en algunos casos, su gravedad, la concordancia de estos y su convergencia, precisamente, porque la valoración integral del indicio exige a todo juzgador la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo así puede afirmarse la relevancia de una prueba indiciaria que por su propia naturaleza no es equiparable a una prueba directa, por ello, los indicios son parte de una verdad totalizada, a manera de piezas de un rompecabezas, esta es la razón de que su examen y ponderación deba realizarse en forma integral, es decir relacionando unos con otros para buscar su convergencia, coherencia y congruencia, en aras de confrontar la fuerza demostrativa que de modo objetivo resulta de su valoración conjunta con el resto del acervo probatorio.



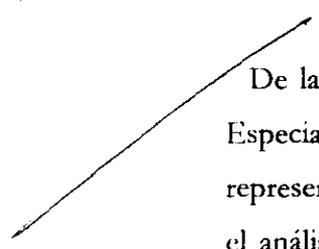
La Sala Penal Especial, a través de la valoración integral de la prueba indiciaria colige que el marco en que se dio la actividad de este destacamento correspondió a una estrategia de carácter institucional de represión específica para hacer frente a la subversión terrorista, claro está en ámbitos concretos y no como una totalidad; evidenciando claramente de la parte resolutive de la sentencia recurrida que el ámbito de pronunciamiento de este no excede los términos consignados en la extradición otorgada por la República de Chile.



1.4. Violación de la garantía constitucional de Presunción de Inocencia.



1.4.1. Al condenar a su patrocinado con indicios contingentes a pesar 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 la acusación, tanto, para el caso del delito de homicidio calificado por alevosía (Casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”) como del delito de lesiones graves.



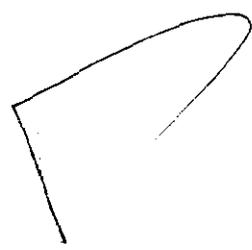
De la revisión de la sentencia materia de grado, se advierte que la Sala Penal Especial ha cumplido con establecer los indicios declarados probados y que representan justamente el hecho base a través de los cuales se procedió a efectuar el análisis sobre la prueba indiciaria; en efecto, de acuerdo a lo expuesto en la citada sentencia y a criterio de este Tribunal Supremo – que corrobora y complementa ello - se tienen como hechos bases, los siguientes:



i) Los cuatro sucesos objeto de imputación (Caso ““Barrios Altos””, “La Cantuta”, secuestros de Samuel Dyer y de Gustavo Gorriti) ocurrieron durante el ejercicio del cargo del procesado Fujimori Fujimori como Presidente de la República, además estos fueron ejecutados por agentes públicos integrantes de los organismos de inteligencia o de los servicios secretos del Estado y las víctimas eran, en un caso, ciudadanos sindicados como objetivos de inteligencia porque se les atribuyó vinculación con la organización terrorista Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso, y en otro caso, un periodista y un empresario a los que se secuestró arbitrariamente como consecuencia de sus actividades profesionales y sociales.



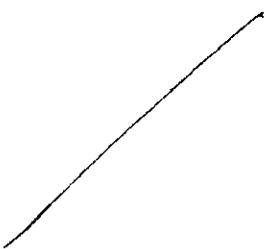
ii) La activa dirección del SIN, organismo que fue encargado por el imputado como Jefe de Estado, a Vladimiro Montesinos Torres para que efectuara un



conjunto de labores de inteligencia propiamente operativas y de la conducción de todos los organismos de inteligencia del Estado.



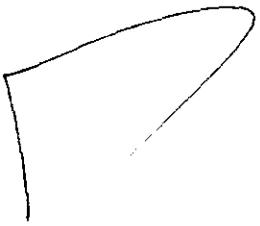
iii) La centralización del SINA en el SIN, que conllevó a la injerencia de Montesinos Torres en las designaciones militares y policiales y en los Ministerios de Defensa e Interior; el desarrollo de operaciones de inteligencia militar bajo la conducción del SIN y a cargo del citado Montesinos Torres.



iv) La vinculación entre el SIN - a cargo de Montesinos Torres - y la DINTE permitió la creación del Destacamento "Colina", pues el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori ante los reiterados y graves actos terroristas que asolaban el país durante la década de los ochenta, organizó al interior del Ejército, una estrategia político militar paralela a la pública, cuya finalidad primaria fue el exterminio del terrorismo, hecho que se constata con la irrefutable realización de dos acontecimientos, uno la formación del denominado Grupo de Análisis y, el otro, la reunión del alto mando del Ejército Peruano en su Comandancia General.

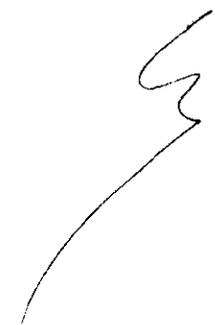


v) La crisis política desencadenada por las denuncias periodísticas, respecto a la ejecución de las operaciones especiales de inteligencia referidas a "Barrios Altos" y a "La Cantuta", en las que se denunciaba la participación, conocimiento e intervención de las máximas autoridades del Ejército, del SIDE y el SIN y que comprometían incluso a las altas esferas de gobierno, lo que propició el reclamo y pronunciamiento de organismos nacionales e internacionales como la OEA y Amnistía Internacional.



vi) El hecho innegable que frente a cada denuncia pública o actividad de investigación periodística y de otra índole que sugería la intervención de agentes y personajes de inteligencia en los hechos de "Barrios Altos" y "La Cantuta", la respuesta del Estado, bajo la conducción del SIN, fue un elaborado mecanismo de encubrimiento, que incluyó la negación de las fuentes, el descrédito de los

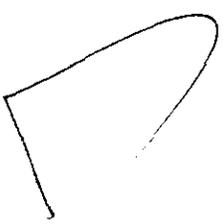
denunciantes, la persecución de los disidentes, persiguiendo la finalidad de consagrar la impunidad.



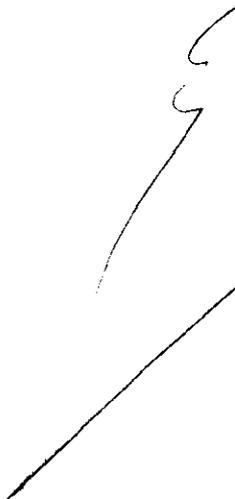
vii) La promulgación por parte del procesado Fujimori Fujimori de la Ley de Competencia a efectos de derivar las investigaciones iniciadas en el caso “La Cantuta” al fuero militar, sustrayendo de esa manera al fuero ordinario del conocimiento de los hechos denunciados, además, una vez condenados los ejecutores materiales de los delitos cometidos en “Barrios Altos” y “La Cantuta” por el Consejo Supremo de Justicia Militar, se promulgó la Ley de Amnistía, que permitió que estos sean puestos en libertad, impidiéndose, además, la persecución contra otros militares y altos funcionarios por delitos vinculados a la represión del terrorismo.



Estos hechos representan el conjunto de indicios acreditados que permiten a través de la vía de la inferencia arribar al hecho presunto, esto es la participación y dirección del Alberto Fujimori Fujimori, en calidad de Presidente de la República y jefe máximo de las Fuerzas Armadas, en los hechos objeto de proceso, toda vez que éste como autor mediato tuvo el dominio del hecho sobre las acciones militares desarrolladas por el Destacamento Colina y sobre otros agentes de inteligencia, que formaban parte del aparato estatal organizado para dichos fines, en tal sentido, si se encuentra debidamente estipulado y consignado dentro de los márgenes de la sentencia los hechos base que han sustentado la prueba indiciaria.



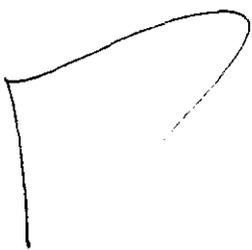
Que, en cuanto a la norma de presunción que alega la defensa del procesado Fujimori Fujimori, debe referirse que existe una vinculación directa entre los hechos materia de imputación y cada una de las actuaciones del procesado, que justamente termina vinculándolo irremediabilmente con los hechos denunciados – pues, lo contrario, hubiese sido verificar en la actuación de éste un rechazo energético a los hechos denunciados en su momento y que son materia de la sentencia impugnada, además, de la inmediata orden de investigación a efectos de sancionar a los responsables, hecho, que sin



embargo, no sucedió, por ende, la actitud del procesado engarza y encierra el círculo delictivo, que acertadamente ha construido la Sala Penal Especial, por ende, tratar de buscar fuera de la sentencia una norma de presunción – como lo pretende la defensa del procesado- no constituye sino un mecanismo de defensa, respecto a la argumentación realizada por el órgano jurisdiccional que ha sentenciado ante los incontrastables elementos de prueba que han sido debidamente glosados y merituados en la sentencia, en tal virtud, no se puede dejar de reconocer la consistencia argumentativa de la resolución cuestionada por el abogado de Fujimori Fujimori, toda vez que esta contiene un encadenamiento irrefutable de hechos, documentos y testimonios, habiéndose, además, vinculado coherentemente las pruebas indiciarias que constituyen el conjunto de evidencias objetivas que generan convicción para condenar a una persona y si bien la defensa solicita y exige pruebas directas, sin embargo, debe establecerse que tratándose de delitos cometidos a través de estructuras organizadas de poder al interior del propio aparato del Estado resultan suficientes las pruebas indiciarias y un nivel de inferencia razonable, a efectos de tenerse por acreditado el hecho desconocido – pues dicha lógica argumentativa determina la irrefutabilidad del análisis realizado y la consistencia de la conclusión jurídica a la que se ha arribado -, tal como se ha planteado en el caso *sub exanime*, consecuentemente, en este extremo no existe violación a la garantía constitucional de la presunción de inocencia.



1.4.2 Al condenar al imputado por el delito de homicidio calificado por alevosía (Casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”) y por el delito de lesiones graves con indicios contingentes a pesar de no haberse probado los hechos bases, lo que a su criterio constituye causal de nulidad por violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

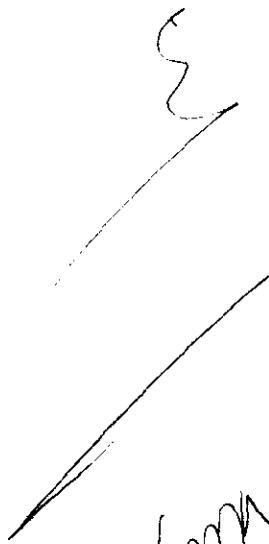


Mencionamos que los hechos base, anotados precedentemente – en el agravio anterior - han sido debidamente acreditados en el presente caso con material probatorio idóneo, por ende, no resultan ser meras opiniones o suposiciones,

sino que representan hechos que tienen sustento en los diversos elementos de prueba que han sido recabados y consignados a lo largo de la sentencia, por lo que este cuestionamiento no es de amparo, pues los indicios probados conllevan a la determinación de la responsabilidad del procesado Fujimori Fujimori como autor mediato de los sucesos acaecidos en “Barrios Altos” y en la Universidad “La Cantuta”.

Así es un hecho evidente que el sentenciado fue Presidente de la República desde el veintiocho de julio de mil novecientos noventa hasta el veintiuno de noviembre de dos mil, fecha en que el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa número cero cero nueve – dos mil – CR, publicada el veintidós de noviembre del dos mil, declaró su permanente incapacidad moral y la vacancia de la Presidencia de la República, por lo tanto, fue durante su mandato presidencial que se produjeron los hechos criminales de “Barrios Altos” y la Universidad Nacional de Educación “La Cantuta”, hechos estos últimos que han sido debidamente acreditados no sólo con las pruebas científicas respectivas – protocolos de autopsia, pericias médico forenses, de biología química, entre otros –, sino con las propias versiones de varios de los integrantes del Grupo Colina – como lo son Marco Flores Alván, Fernando Lecca Esquén, Gabriel Orlando Vera Navarrete, Héctor Gamarra Maraví, Pablo Andrés Atúncar Cama, Julio Chuqui Aguirre, Jorge Ortiz Mantas, Ángel Felipe Saúne Pomaya, José Willian Tena Jacinto, José Concepción Alarcón Gonzáles y Jesús Antonio Sosa Saavedra.

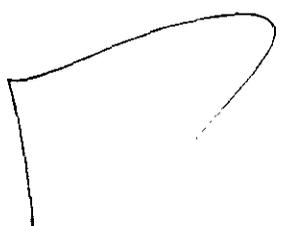
Además, es un hecho debidamente comprobado que el encausado Fujimori Fujimori en su calidad de primer mandatario del país, reestructuró el Sistema de Defensa Nacional, priorizando el rol del Sistema de Inteligencia, específicamente del Servicio de Inteligencia Nacional, tal como se corrobora con la Ley número veinticinco mil trescientos veintisiete, del diecisiete de junio de mil novecientos noventa y uno, a través de la cual se le otorgó facultades legislativas sobre Pacificación Nacional, expidiendo en tal razón las nuevas leyes de Defensa Nacional y del Sistema de Inteligencia Nacional, Decretos Legislativos número

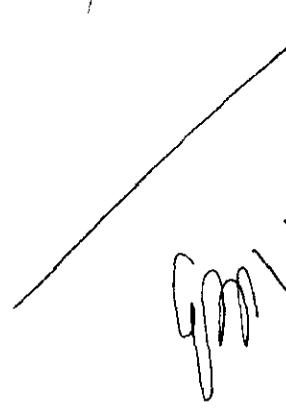


setecientos cuarenta y tres y setecientos cuarenta y seis, respectivamente, estableciendo dichas normas que el Sistema de Inteligencia Nacional iba a proporcionar al Presidente la inteligencia requerida para el planeamiento de la Defensa Nacional, y que el jefe del SIN era la máxima autoridad del Sistema, designado por el propio Presidente de la República; asimismo, se tiene que el sentenciado desde sus primeros discursos puso énfasis en la nueva estrategia antsubversiva, la misma que le fue posible implementar en dicho momento a través de los servicios de inteligencia, de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, hecho que no ha sido negado por el encausado, además, en la Universidad “La Cantuta” se constituyó una Base de Acción Cívica, a cargo de la Primera División de Fuerzas Especiales, que controlaba el acceso y orden interno en el claustro universitario, como tal, a partir de los reglamentos del Ejército, sólo se podía acceder a la Universidad si lo autorizaba la máxima autoridad militar de la que dependía la Base, por eso es que intervino el Comandante General del Ejército para ordenar directamente al Comandante General de la División de Fuerzas Especiales, que, en primer lugar, facilite el concurso de un Teniente del Ejército Peruano – Portella Núñez - que conociera las instalaciones de la Universidad y a los alumnos y profesor, previamente identificados, y, en segundo lugar que se permita el acceso al Destacamento Especial de Inteligencia para concretar la ubicación, captura y muerte de los agraviados.



Asimismo, se tienen los Documentos Desclasificados de los Estados Unidos – cuya adecuada valoración probatoria ha sido verificada por este Supremo Tribunal -, a través de los cuales el Embajador de dicho país en el Perú Anthony Quainton, el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno emitió una Nota a la Secretaría de Estado de Washington DC indicando como asunto la “matanza “Barrios Altos”: un mes después”, esta Nota hace conocer al Departamento de Estado que se estaba bajando el ritmo de la investigación y el gobierno peruano había mostrado poca “voluntad política” para encontrar a

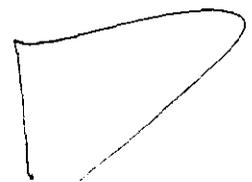




los culpables, lo que revela, en concordancia con todo lo mencionado en los párrafos precedentes, que, en efecto, no hubo voluntad para esclarecer los hechos y encontrar a los responsables para su oportuno castigo, además, se tiene que luego de los hechos de “La Cantuta”, ante las informaciones periodísticas que derivó en una investigación realizada por el Congreso Constituyente Democrático de aquella época, y que terminó con los informes en mayoría y en minoría del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y tres - el informe en mayoría que el CCD posteriormente desaprobó, se pronunciaba por la responsabilidad penal del comandante de la Segunda Región Militar, general EP Luis Salazar Monroe, del general EP, Luis Pérez Documet, general EP Rivero Lazo, coronel EP Miranda Balarezo, coronel Navarro Pérez, teniente coronel EP Huamán Azcurra, mayor EP Santiago Martín Rivas, mayor EP Carlos Eliseo Pichilingue, teniente Manuel Guzmán Calderón y el teniente Aquilino Portella Núñez, en la desaparición de los alumnos y un profesor de “La Cantuta”, además, se recomendaba al Presidente de la República separar del cargo al general Hermoza Ríos- los que señalan que el encausado Fujimori Fujimori, rechazó y expresó su respaldo y apoyo al Comandante general EP y Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, general Hermoza Ríos, así como a su asesor Vladimiro Montesinos Torres, incluso agregó, tal como lo recogió el Diario “La República” en su edición del veintisiete de junio de mil novecientos noventa y tres, que el Congreso no podía indicarle lo que debía hacer.

Otro hecho objetivo, es que el encausado firmó el pase a retiro del general EP Rodolfo Robles Espinoza, con fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y tres, luego que dicho General sostuvo ante los medios de prensa que el crimen de “La Cantuta” fue cometido por el Destacamento Especial de Inteligencia que operaba bajo las órdenes del asesor presidencial Montesinos Torres.

Aunado a ello, se tiene la Ley de Competencia número veintiséis mil doscientos noventa y uno, que fue rubricada por el sentenciado el nueve de





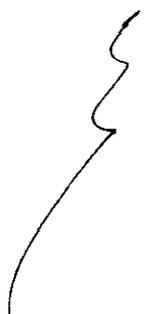
febrero de mil novecientos noventa y cuatro y publicada al día siguiente sin ninguna modificación al proyecto, para resolver la contienda de competencia que tenía pendiente la Sala Penal de la Corte Suprema en el caso "La Cantuta", dicha Ley estableció que era suficiente el voto de sólo tres magistrados (antes de ellos se requería de cuatro votos), para derivar la causa a la jurisdicción militar, por consiguiente con fecha once de febrero del precitado año en aplicación inmediata de dicha Ley, mediante Ejecutoria Suprema la Sala Penal de la Corte Suprema dispuso que la investigación relativa a los hechos de "La Cantuta" fuera derivada a la jurisdicción militar, sustrayéndose de esa manera al fuero ordinario; son todos estos hechos debidamente acreditados que otorgan fundabilidad al conjunto de indicios citados para el agravio precedente, por tanto no es de recibo lo alegado por la defensa del sentenciado Fujimori Fujimori en el sentido que los indicios no se encuentran probados, en tal consideración es de concluirse que no existe violación a la garantía constitucional de la presunción de inocencia, pues dichos hechos probados analizados en su conjunto acreditan la responsabilidad penal de Fujimori Fujimori en su calidad de autor mediato en los hechos de sangre vinculados a los casos "Barrios Altos" y "La Cantuta".



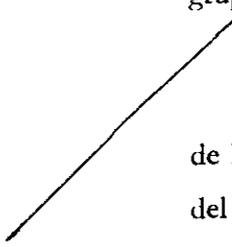
1.4.3 El Tribunal ha empleado para condenar a su patrocinado, indicios contingentes, a pesar de no haberse establecido los hechos presuntos por la existencia de contraindicios, alegando que se ha utilizado como indicio contingente la supuesta conversión del Grupo de Análisis en el Grupo Colina, hecho base del cual se deduciría como hecho presunto, el conocimiento previo del Presidente Fujimori Fujimori de este destacamento de operaciones especiales de inteligencia, porque felicitó a los integrantes del primero, a los analistas.

Para consolidar su argumento la defensa establece como contraindicios los siguientes: 1) Origen de la solicitud del reconocimiento; 2) el motivo de la participación de Vladimiro Montesinos Torres en la preparación y presentación de





la solicitud de reconocimiento al despacho presidencial; 3) la composición de la lista de beneficiados con la solicitud de reconocimiento; 4) el motivo de la solicitud de reconocimiento formulada por el Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional ante el despacho presidencial; 5) diferencia del “grupo Colina” y el “grupo de análisis”: origen, composición y misión; 6) falta de nexo lógico – temporal entre el proceso administrativo de reconocimiento presidencial y el grupo Colina.



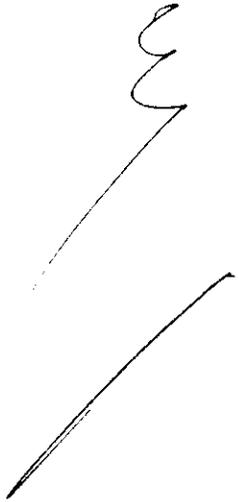
Constituye contraindicio todo hecho indicador que genera el cuestionamiento de los datos existentes- indicios-; siendo ello así, se advierte que la defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori alega en concreto en este punto, que su patrocinado ha sido condenado por los crímenes relacionados a los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, entre otros motivos, por el presunto hecho negado por dicha parte procesal, que al haber felicitado a miembros del grupo de análisis, tuvo conocimiento que integrantes del mismo, conformarían posteriormente el Destacamento de Operaciones de Inteligencia Especiales Colina.



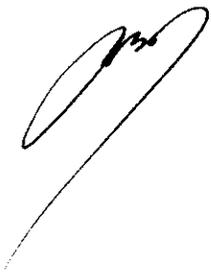
Al respecto debe precisarse, que entre los diez miembros de las Fuerzas Armadas que recibieron el reconocimiento presidencial aludido se encontraban los oficiales del Ejército Peruano Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, Santiago Martín Rivas y Carlos Pichilingue Guevara, quienes luego de la presentación del Plan operativo “Cipango”, ocuparon los tres cargos más importantes del Destacamento de Inteligencia Colina, esto es, Jefe General del Grupo, Jefe Operativo, y Jefe Administrativo, respectivamente.

Que, el indicio probado: *reconocimiento presidencial a oficiales de las Fuerzas Armadas realizado en mil novecientos noventa y uno*, no constituye por sí sólo el sustento probatorio que acredita la responsabilidad penal del encausado Alberto Fujimori Fujimori en los crímenes relacionados a los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, sino que resulta ser un dato cierto y probado (no es negado por la defensa técnica) que

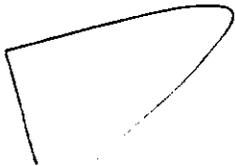




ha sido debidamente valorado en conjunto con los múltiples indicios que se advierten de autos y que han sido consignados en la sentencia recurrida, que permitió establecer de manera lógica y racional – hecho consecuente, que el encausado Alberto Fujimori Fujimori desde que asumió el gobierno en el año mil novecientos noventa y teniendo como objetivo erradicar el gran flagelo de dicha época –el terrorismo-, implantó una política antisubersiva clandestina dirigida desde el Servicio de Inteligencia Nacional, cuya finalidad concreta fue la erradicación de elementos terroristas, para cuyo efecto paulatinamente se ocupó de obtener un marco legal favorable para ostentar un dominio absoluto sobre los servicios de inteligencia del país, para luego de respaldado en su poder de mando sobre las fuerzas armadas que le otorgaba su alta investidura, aprobar la creación y funcionamiento del denominado Destacamento de Inteligencia Colina, cuyos integrantes fueron los encargados de ejecutar la política clandestina referida.



Que, siendo ello así, en el presente caso, las razones que alega la defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori a las cuales define como contraindicios no generan cuestionamiento alguno al indicio referido al reconocimiento presidencial a oficiales de las Fuerzas Armadas realizado en mil novecientos noventa y uno, el cual resulta ser un dato cierto que como se ha referido precedentemente ha sido evaluado conjuntamente con los demás indicios que se advierten de autos y han sido plasmados en la sentencia recurrida, lo cual finalmente determinó la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori en los crímenes ocurridos el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno y dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos – casos ““Barrios Altos” y “La Cantuta””.



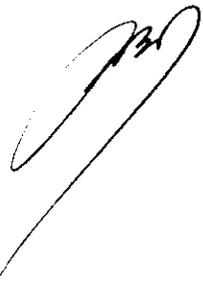
Asimismo debe indicarse, que el sustento del cuestionamiento contra la sentencia recurrida que plantea en este punto la defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori y que ha sido desvirtuado con lo antes anotado, resulta ser idéntico al que planteó en sus alegatos finales antes de la emisión de la referida



sentencia, habiéndosele incluso dado respuesta en dicha resolución judicial de manera congruente a dicho cuestionamiento, conforme se advierte de su punto seiscientos sesenta y siete, en donde se estableció lo siguiente: “Sobre la formación del Destacamento Especial de Inteligencia Colina y su conocimiento y relación con el acusado Fujimori Fujimori, no resulta concluyente la sola invocación de la felicitación presidencial. Las declaraciones mencionadas por la defensa, sobre las que en el capítulo respectivo se han formulado las referencias y diferencias entre ellas, deben analizarse en todo su contexto –no como dato aislado y en su sola perspectiva temporal inmediata–.



La prueba documental ya citada permite resaltar la insistencia en que a los integrantes del Grupo de Análisis –entre los que estaban parte de quienes luego conformarían el Destacamento Especial de Inteligencia Colina– se les considere en el procedimiento de ascensos en curso, pese a que ya se había clausurado la evaluación correspondiente. Es de destacar, en todo caso, la calificación de la misión en cuestión, de “operación especial de inteligencia”, y la sucesiva realización de OEI por parte del Destacamento antes citado. Lo trascendente, sin embargo, es que precedió a toda esa documentación el nuevo rol del SIN y el papel relevante de Montesinos Torres, de la que no era ajeno el acusado, tal como se explicó en la Parte Segunda, Capítulos III §5 y VII §1 y 2.



Lo central, desde la perspectiva argumental, es establecer, como se hace en este fallo, el curso de los acontecimientos a través de una serie concatenada de actos que permitieron construir un aparato organizado de poder desde el SIN y, a su vez, identificar y destacar a los oficiales militares destinados a cumplir determinados roles en él. En la progresiva relevancia, organización y emplazamiento de los cuadros de inteligencia militar y en la distinción de sus acciones, con un expreso reconocimiento presidencial, empieza a gestarse rápidamente las pautas básicas para la formación del aparato organizado de

poder”.

1.4.4 La insuficiencia de indicios contingentes para probar que el encausado Alberto Fujimori Fujimori, fue quien dirigió el denominado “Destacamento Colina” y ordenó las muertes producidas en los casos “Barrios Altos”y “La Cantuta”.

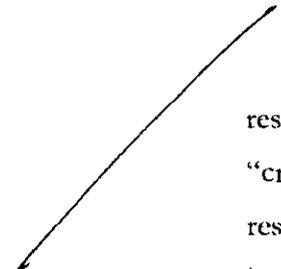
Como se ha reseñado anteriormente, debe entenderse concretamente por indicio, aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato, aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum* (Mixán Mass); esto es, se trata de todo hecho conocido debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencias, al conocimiento del hecho desconocido.

En el caso materia de análisis, se advierte que la sentencia recurrida a través de distintas clases de indicios plurales (anteriores, concomitantes y posteriores a los eventos delictivos relacionados a los casos “Barrios Altos”y “La Cantuta”) realizó inferencias correctas de forma racional y lógica que determinaron el hecho consecuencia que se cuestiona: esto es, la responsabilidad penal del encausado Alberto Fujimori Fujimori como la persona que aprobó, ordenó y encubrió dichas operaciones de inteligencia especiales a partir de su dominio del aparato de poder organizado que instituyó desde el SIN (autor mediato).

Lo antes anotado, se advierte de los datos proporcionados en los acápites anteriores – que han sido mencionados en el dictamen Fiscal Supremo y con mayor amplitud en la sentencia de la Sala Penal Especial – los cuales resultan ser hechos objetivos – conocidos – de indudable realización, que si bien no vinculan directamente al encausado Alberto Fujimori Fujimori con los hechos perpetrados el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno y dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos (Caso “Barrios Altos”y “La Cantuta”), empero,



constituyen indicios plurales que de manera conjunta coadyuvan a establecer de manera racional y lógica la relación entre estos hechos conocidos y el hecho desconocido - responsabilidad de Alberto Fujimori como la persona que en su condición de Presidente de la República con mando militar y policial, ordenó la ejecución de las operaciones de inteligencia especiales a cargo del grupo militar creado para dicho efecto – Destacamento de Inteligencia Especial Colina – quienes tenían la misión de llevar adelante la guerra de baja intensidad consistente en la eliminación de personas vinculadas a los movimientos terroristas-.



Debiéndose indicar que no se puede pretender que en casos como los reseñados e investigados en el presente proceso penal que tienen la categoría de “crímenes de Estado”, exista prueba directa documental del ente gubernamental respectivo que de cuenta de su realización y ejecución, por cuanto, esto resultaría incriminador y contraproducente a los intereses de impunidad de los agentes del Estado involucrados.



Al respecto cabe hacer mención a lo expresado por José María Asencio Mellado en su artículo publicado en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia número ciento veintiocho, página diecisiete, en donde refiriéndose a la exigencia de prueba directa que alega la defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori, precisa que “...esa exigencia, como es perfectamente sabido, se convierte en un imposible, pues los delitos cometidos por estos sujetos no suelen dejar rastros o los que dejan están siempre ocultos bajo operaciones encubiertas y actividades con apariencia lícita. La exigencia de responsabilidades a quienes ocupan una posición preponderante en el Estado, no es posible de acreditar, la mayoría de las veces, por medio de pruebas directas, ya que no pasan de ser meros ejecutores por inducción, siendo los autores materiales otros a sus órdenes o simples testaferrros, con responsabilidad evidente, pero cuya defensa pasa por la del que está en la cúspide de la organización delictiva”.



El conjunto de indicios –que constituyen prueba indiciaria- acopiados en la sentencia recurrida conllevan a la determinación inequívoca de que era necesaria e imprescindible la anuencia, aprobación y dirección del encausado Fujimori Fujimori en su condición de Presidente de la República, en la ejecución de las operaciones de inteligencia especiales, toda vez, que dichos hechos ilícitos materia de análisis fueron perpetrados materialmente por agentes públicos integrantes de

los organismos de inteligencia o de los servicios secretos del Estado y las víctimas eran ciudadanos sindicados como objetivos de inteligencia al atribuírseles presunta vinculación con la organización terrorista "Sendero Luminoso".



En tal sentido, resulta improbable a la luz del cuidado y copamiento de los principales estamentos militares y de inteligencia, que la ejecución de estos hechos hayan constituido casos aislados, ello en función a que el encausado Fujimori Fujimori tuvo especial cuidado desde que asumió el gobierno de establecer una relación funcional muy fuerte con el SIN, la DINTE y el SIE, - para lo cual contó con la participación de Vladimiro Montesinos Torres -, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, entre otros, los mismos que se encontraban en un nivel de subordinación frente a la investidura presidencial, más aún, si los indicios existentes resultan ser anteriores, concomitantes y posteriores a los hechos delictivos, conforme se precisó precedentemente en la presente resolución, debiendo de resaltar entre los indicios posteriores, el hecho de que luego que se puso en evidencia la matanza de "Barrios Altos" (primera operación de inteligencia especial de aniquilamiento de personas), básicamente por investigaciones periodísticas, derivadas de la información secreta que se proporcionaba a dichos medios por agentes vinculados a los aparatos militares, se inició una campaña de encubrimiento y negación de estos hechos que fueron principalmente articulados por el encausado Fujimori Fujimori.



Por tanto, resulta evidente su vinculación con los hechos investigados, no siendo posible desestimar los citados indicios en función a su pluralidad, pues, dentro del razonamiento lógico efectuado en la sentencia materia de grado, en donde correctamente relaciona estos en tiempo y espacio, a través de un nivel de inferencia válido, resulta lógico que se arribe a una decisión judicial de responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori respecto a los delitos imputados, lo cual no resiste el más mínimo cuestionamiento, pues los hechos registrados representan el conjunto de actos realizados de manera consciente y



voluntaria por personajes pertenecientes a los estamentos del gobierno, quienes para su total impunidad - que es lo que se pretendió - contaban con el concurso, anuencia y, sobre todo dirección del Presidente de la República de entonces, como así sucedió.

Lo reseñado precedentemente, no responde a una conjetura o suposición vaga, sino que representa el resultado del análisis lógico efectuado en la sentencia recurrida y que comparte este Supremo Tribunal, pues no sólo se advierte en la actuación del encausado Fujimori Fujimori con relación a los hechos delictivos materia de evaluación, una preocupante indiferencia - en dichos momentos - para ordenar una investigación y sancionar a los responsables- lo que habría evidenciado su total rechazo y desvinculación de dicho acto delictivo -, sino que, por el contrario, éste renunció totalmente a ordenar o efectuar actividad alguna tendente al esclarecimiento de dichos hechos delictivos, sin importar le el costo social que representaba la muerte de varios ciudadanos, lo que evidentemente obedecía a su vinculación con los eventos delictivos realizados por el Destacamento "Colina", cuyos integrantes eran los ejecutantes materiales de la política antisubversiva clandestina aprobada por su persona, esto es, la erradicación de personas vinculadas con el terrorismo; siendo esto así, las inferencias efectuadas en la sentencia recurrida que determinan el grado de responsabilidad de Fujimori Fujimori, se encuentran estrictamente vinculadas a los indicios que de manera lícita se han introducido al proceso (prueba indiciaria) y que permiten ser contrastados con la actuación del procesado Fujimori Fujimori, para arribar de manera concluyente a la determinación del hecho desconocido: que la formación del Destacamento Especial de Inteligencia Colina, formó 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 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 encausado referido, antes y después de su

ejecución, debido a que fue éste quien ordenó dichas operaciones a partir de su dominio de este aparato de poder organizado que instituyó desde el SIN.



Al respecto, el jurista español ASENCIO MELLADO precisa como reflexión lo siguiente, “Nadie pone en duda que el terrorismo es un grave problema en los países democráticos y que para combatirlo se deben empeñar todos los esfuerzos disponibles. Pero, el Estado, cuando se autocalifica como democrático, debe unir dicha obligación a la legalidad de los medios utilizados a tal efecto, sujetando su actuación al ordenamiento jurídico, porque el Estado de Derecho se caracteriza por someterse al imperio de la ley. Cuando se acude a otros medios, opuestos a los que la legalidad vigente autoriza, el Estado pierde su dignidad, esto es, pierde su cualidad esencial que lo singulariza y diferencia de otras organizaciones, renuncia a ella y pasa a practicar otro tipo de terrorismo, más grave que el que combate: el terrorismo de Estado que, por tal, lo convierte en terrorista y merece la más dura de las repulsas y ninguna comprensión, cualquiera sea la entidad de los ataques que ciertos sujetos o grupos ejerzan”⁸¹.



1.4.5 Al valorarse los libros “Muerte en el Pentagonito”, cuyo autor es el testigo Ricardo Uceda Pérez y “Ojo por Ojo” cuyo autor es el testigo Umberto Jara Flores, aduciendo que esta es deficiente pues se han valorado ambos documentos a pesar de la utilización de fuentes de información no identificadas o la no aplicación de las reglas de apreciación de los documentos narrativos, lo que constituye causal de nulidad.

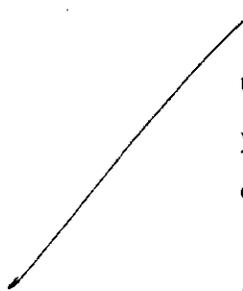


Precisamos, que una fuente de prueba hace referencia a todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, siendo anterior a este e independiente de él, es todo hecho en el que consta una noticia relacionada con un evento delictivo, pero que existe fuera y al margen del proceso, además, es una realidad que existe *per sé*, que se confecciona para verificar un contrato, para manifestar una opinión, para transmitir una información, etcétera, no teniendo

⁸¹ Vid., expresamente, ASENCIO MELLADO, Jose María, “El Estado Terrorista. Análisis probatorio de la sentencia de Alberto Fujimori Fujimori” en, Revista Dialogo con la Jurisprudencia, número ciento veintiocho, pagina diecisiete,

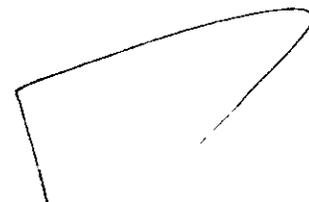


una finalidad concreta e inmediata, pero sí puede servir en un proceso judicial que no existe, pero que puede abrirse en el futuro, así fuente de prueba puede ser una fotografía, un libro – siempre que contenga información relevante para el caso investigado -, entre otros, no hay limitación alguna, pues todo acto material o personal en que conste una noticia referida a un hecho, tiene tal consideración y puede tener acceso al proceso, a través de un concreto medio.



Que, en tal sentido, una fuente de prueba no se rige por las reglas de la testimonial, ni se exige su producción en juicio oral, pues por ser independientes y anteriores al proceso, no pueden ser practicadas con sujeción a presupuestos que son típicos del proceso, por tanto, lo alegado por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori carece de sustento, toda vez que, siendo los libros precitados: “Muerte en el Pentagonito” y “Ojo por Ojo” prueba documental – soportes escritos - que contiene información relevante al caso *sub exánime* y que son pre existentes al proceso, exigir que estas realidades extraprocesales tengan exclusivamente acceso al proceso si se han practicado con sujeción a los principios de oralidad, publicidad y contradicción, constituye un absurdo que carece de cobertura en cualquier ordenamiento jurídico, pues ello llevaría a negarle toda trascendencia, toda vez que estos actos se producen extraprocesalmente y nunca bajo los principios que rigen la actividad jurisdiccional, así tenemos por ejemplo, a los contratos que contienen declaraciones de conocimiento y voluntad, a las fotografías que reproducen imágenes, a los vídeos que expresan audios que contienen voces, a los libros que contienen información, entre otros.

Asimismo, no deben confundirse las declaraciones con la representación de hechos que constan en soportes, pues las primeras constituyen la denominada prueba testifical, mientras que lo segundo constituye prueba documental.



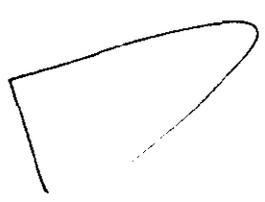
De esta manera se puede mencionar que toda fuente para poder servir de sustento a fin de formar la convicción del juzgador, debe incorporarse al proceso



a través de un determinado medio probatorio, en tal virtud, la información contenida en los libros ingresan al proceso como prueba documental, la misma que viene a ser toda representación de la realidad, toda información pertinente, referida a hechos procesalmente relevantes, que se contenga en soportes escritos o de otra naturaleza, como son los libros – valga la redundancia –, periódicos, fotografías, contratos, cartas, entre otros; este tipo de manifestaciones, aunque sean producidas por sujetos individuales – el autor en el caso de los libros materia de cuestionamiento – no tienen necesariamente la condición de pruebas testificales si han sido anteriores e independientes al proceso, en tal sentido, al tener la prueba documental una naturaleza diferente a la testimonial, no se puede exigir la identificación de las fuentes, más aún si la información que dichos libros otorgan no ha sido valorada de manera aislada, sino que el contenido de estos han sido relacionados y merituados con diverso material probatorio adicional (declaraciones, pericias, informaciones periodísticas, entre otros) ya sea para confirmar datos conocidos por otros elementos de prueba, o para descubrir a partir de estos, nuevos elementos para la investigación realizada, además, su pertinencia e importancia está relacionada con su relevancia para el caso concreto.



Finalmente debe señalarse que la actuación de esta prueba documental será su lectura, no hace falta la ratificación por parte de sus autores, pues otra cosa es que estos sean llamados a declarar, en cuyo caso coexistirán dos pruebas, la testifical producida en el seno del juicio oral y la documental contenida en los soportes aportados con anterioridad al proceso y que como tal pueden y deben ser valorados por el ente jurisdiccional, lo contrario, sería negarle efectos cuando demostrado en autos está que estos no representan versiones aisladas ni antojadizas, que hayan sido imaginadas o creadas, sino que se plantean dentro de un contexto probatorio plural, que determina su importancia y nexo necesario con los demás elementos probatorios recabados y actuados en juicio oral y que han sido recogidos de manera adecuada en la sentencia materia de grado, que en tal sentido, la actividad y valoración probatoria de los mencionados libros se han



efectuado con pleno respeto a los garantías constitucionales; en consecuencia, de lo precedentemente expuesto se colige que no se evidencia violación a la garantía constitucional de la presunción de inocencia que alega el recurrente.

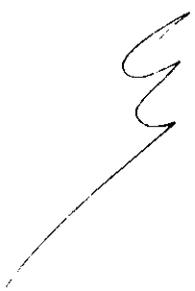
1.4.6 Violación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, porque el Tribunal realizó la sustitución de testimoniales prestados en el juicio oral por testimonios sumariales o preliminares para condenar al procesado Fujimori Fujimori.

Libre Apreciación de la Prueba Penal.

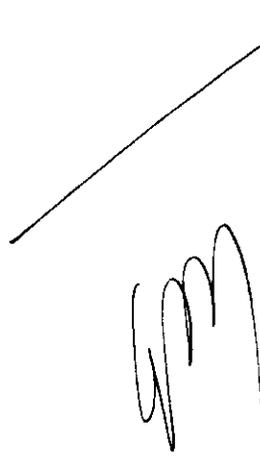
Los problemas procesales guardan una relación muy estrecha con los del Derecho Penal, pues éste último solamente puede aplicarse a través del Derecho Procesal Penal, dicho en otros términos, la sanción penal sólo se puede imponer si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio público, que se practique con todas las garantías, las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia, que el acusado ha realizado un hecho previsto por la ley como delito, y que esta decisión se plasme en una sentencia debidamente motivada, para que pueda ser revisada mediante un adecuado sistema de recursos.

Es así, que un derecho procesal liberal, a diferencia del que corresponde a una sociedad autoritaria, ha de reconocer con la mayor amplitud las garantías procesales del acusado, con carácter de derecho fundamental, asumiendo incluso el riesgo de absolución de un culpable, pues se entiende que esta posibilidad siempre es menos mala que la que supone el riesgo contrario, esto es, el riesgo de condenar a un inocente.

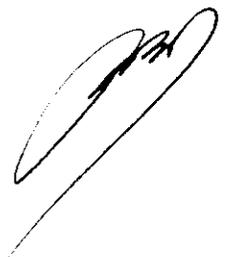
Así, el principio de libre valoración de la prueba según las reglas del criterio racional, es un principio que forma parte del sistema de prueba vigente. Por supuesto, en el sistema inquisitivo la prueba perfecta era la confesión del acusado,



y si ésta no se producía espontáneamente, la mera existencia de indicios contra un sospechoso permitía al Juez su sometimiento a tortura *ad eruendam veritatem*; así no es difícil imaginar que los reos, ante la impresión que sin duda les produciría el potro y demás instrumentos de tormento, confesaran todo cuanto se les pidiera, siendo entonces declarados reos confesos. Contrariamente a ello, en el sistema actual de libre valoración, a diferencia del sistema anterior, el Juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba, en tal sentido, el Juzgador puede convencerse con lo que le diga un único testigo, frente a lo que digan varios.



Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa una facultad libérrima y omnímoda, sin limitaciones, con total irrevisabilidad de la convicción del órgano A-quo respecto de los hechos probados. El principio de libre valoración de la prueba significa que el Juez debe apreciar las percepciones durante el juicio según las reglas del criterio racional, es decir, según las reglas de la lógica, y dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia. Por tanto, podemos sostener que un correcto entendimiento del principio de libre valoración exige distinguir dos momentos diferentes en el acto de valoración de la prueba: **a)** El que depende de la inmediatez, de la percepción directa de la prueba, como las declaraciones testimoniales, de los peritos y del acusado; **b)** y el momento en que hay que darle el necesario soporte racional al juicio que se realice sobre dicha prueba.



El primer aspecto del juicio sobre la prueba (*aspecto subjetivo*) no es controlable, ni en apelación, ni en casación, ni en amparo, pero no porque la convicción del Tribunal tenga un carácter libérrimo y omnímodo, sino porque, sencillamente, sería imposible entrar a enjuiciar el sentido íntimo que el juzgador le ha dado a una determinada actitud; por ejemplo, a las manifestaciones ante él realizadas por

un testigo o por un perito⁸², sólo el Tribunal que los ha visto y oído puede realmente apreciar la prueba en conciencia.



El segundo aspecto del juicio sobre la prueba (*aspecto objetivo*) vincula al Juez/Tribunal a las leyes de la lógica, de la experiencia y a los conocimientos científicos, luego este aspecto de la prueba sí representa una materia controlable en las distintas instancias, pues se trata de aplicar correctamente las necesarias exigencias de racionalidad, sin olvidar, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, entre los que se encuentran, evidentemente, los órganos jurisdiccionales. En definitiva, esta parte objetiva del acto de valoración de la prueba sí puede ser controlada, a fin de salvaguardar en todo caso la supremacía de la Constitución, puesto que, las infracciones de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia común o de los conocimientos científicos, constituyen auténticas infracciones de ley en sentido estricto.



Si bien el juicio oral es la fase procesal natural de la actuación probatoria, donde se cumplen acabadamente los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, debiendo por tanto la Sala Penal Especial ampararse en dichos actos de prueba para fundamentar su sentencia: no obstante, el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, en su artículo doscientos ochenta⁸³, nos proporciona otra alternativa sobre la valoración probatoria, pues

⁸² BACIGALUPO ZAPATER. “*La impugnación de los hechos probados en la casación penal*”, Ad-hoc. Buenos Aires, mil novecientos noventa y cuatro, página sesenta y seis.

⁸³ Expresamente señala, “La Corte Suprema declarará la nulidad: 1.- Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal; 2.- Si el Juez que instruyó o el Tribunal que juzgó no era competente; 3.- Si se ha condenado por un delito que no fue materia de la Instrucción o del Juicio Oral, o que se haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación. No procede declarar la nulidad tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados; o que no afecten el sentido de la resolución. Los Jueces y Tribunales están facultados para completar o integrar en lo accesorios, incidental o subsidiario, los fallos o resoluciones judiciales. La nulidad del proceso no surtirá más efectos que el retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio, subsistiendo los elementos probatorios que de modo

supone que el juzgador no solamente tendrá que apreciar las pruebas ofrecidas en la audiencia, sino también las actuaciones de la instrucción para sentenciar.

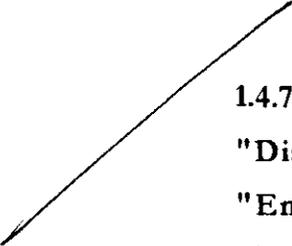
De esa manera, faculta al Juez de Fallo (Tribunal) apreciar no solamente las pruebas producidas en la audiencia, sino también los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción, introducidas al juicio oral por medio de la lectura en audiencia. Dicho dispositivo legal viene ratificado por el artículo setenta y dos del Código de Procedimientos Penales, al señalar que la instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito (...). Esto significa que la referida norma procesal considera como pruebas las actuaciones realizadas en la instrucción e incorporadas en el plenario para que el Tribunal Colegiado pueda sentenciar con los medios de prueba recabados en la instrucción, logrando que las sentencias se fundamenten con información obtenida en actos de investigación desarrolladas durante la etapa de la instrucción, bajo la dirección del Juez Penal y la colaboración del Fiscal Provincial.

En ese mismo sentido, esta suprema instancia se ha pronunciado en el Recurso de Nulidad número tres mil cuarenta y cuatro. Sala Penal Permanente. Lima, y establecido como precedente vinculante que *"(...) cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles (...), el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, (...) que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor*

específico no fueron afectados. Declarada la nulidad del Juicio Oral, la audiencia será reabierta, a fin de que en dicho acto se subsanen los vicios u omisiones que la motivaron, o que en su caso, se complementen o amplíen las pruebas y diligencias que correspondan".



*verosimilitud y fidelidad (...)*⁸⁴; situación que ha sido considerada por la Sala Penal Especial al momento de valorar los medios de prueba recabados en la instrucción y valorados mediante oralización en el juicio oral, por lo que, **respecto a lo alegado por la defensa del encausado Fujimori Fujimori** no tiene consistencia su simple enunciado con que el pretende sustentar la violación de la mencionada garantía de la presunción de inocencia.



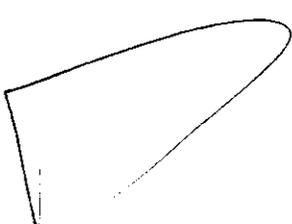
1.4.7 Al valorar diversos testimonios y documentos, entre ellos, del "Discurso del General Hermoza", el "Plan Cipango", la "Entrevista a Santiago Martin Rivas por el periodista Jara", "las directivas de gobierno y de dominio militar"; o por considerar la sentencia solamente los datos incriminatorios y no los datos exculpatorios que contienen, produciendo una división ilegal de la prueba; o dejando de lado la contra-prueba existente.



Si bien la prueba documental es de data antigua, nuestro ordenamiento procesal penal no brinda mayores detalles sobre sus clases y reglas de valoración, contrariamente a ello, el Código Procesal Civil sí otorga referencias sobre su aplicación, así el artículo doscientos treinta y tres de la norma en mención lo conceptualiza como “ (...) todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho (...) ”, los artículos comprendidos entre los numerales doscientos treinta y cuatro al doscientos sesenta y uno del referido cuerpo normativo, regula sus alcances e incluso, su ineficacia.

De la definición literal de “documento” surgen dos interpretaciones en las cuales se ha centrado la discusión sobre este tema: por un lado, documento es

⁸⁴ Cita que se recogió de la obra, del jurista SAN MARTÍN CASTRO, César. *“Jurisprudencia y Precedente Vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema”*, Palestra, Lima, dos mil seis, página ochenta y seis.





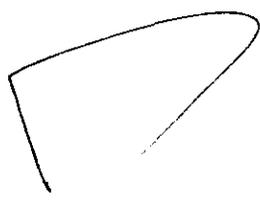
algo escrito y es esta su característica de identificación; por otro, el concepto tiene una interpretación mucho más amplia, pues puede ser todo aquello que sirva para probar algo; aún así es criterio asumido por nuestra doctrina jurisprudencial interpretar que dentro del proceso penal, cualquier objeto puede constituir un documento y por tanto integrar una prueba documental, siempre y cuando demuestre o contribuya a demostrar algo, por tal motivo, podemos inferir y reconocer como pruebas documentales, los instrumentos empleados para cometer el delito, las huellas dejadas por los autores, las cintas magnetofónicas, videocasetes, objetos de arte, dinero, alhajas, certificaciones emitidas, en estricta aplicación supletoria del Código Procesal Civil.



Consecuente con ello, el denominado "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", evidentemente constituyen "documentos" presentados por una de las partes procesales a fin de probar la responsabilidad del imputado. Ahora bien, la defensa del procesado en puridad sustenta su agravio en el presunto hecho de que la Sala Penal Especial que juzgó y lo sentenció, valoró únicamente los datos incriminatorios que pudieron haber existido en éstos documentos, pero no así los datos exculpatorios que contienen, calificándola como una división ilegal de la prueba.



Es de inferirse que el grueso del argumento de la defensa, se refiere a la variación del dato informativo de la "Entrevista a Santiago Martin Rivas por el periodista Jara", que posteriormente es desmentido por dicho entrevistado cuando comparece a rendir su declaración en el acto oral, sin embargo, no es aceptable la afirmación del recurrente al calificarla como división ilegal de la prueba, en tanto, el Colegiado que juzgó y sentenció al encausado realizó una valoración de estas en dos momentos, así se tiene que en el apartado cuatrocientos cuarenta y cuatro y cuatrocientos cuarenta y cinco de la recurrida, aplicando la regla de la experiencia considera que la retractación efectuada por



Martin Rivas no es creíble, ni fiable y le da mayor valor probatorio al documento, entendiendo que durante la entrevista el entrevistado, además de inculpar a terceros, se autoinculpa, aceptando su participación en un hecho delictivo; aún más, entiende que la retractación no es más que el producto de que son los escalones más bajos de la organización, quienes finalmente rompen el silencio y deciden revelar los pormenores de los acontecimientos.

En síntesis la Sala Penal Especial sentenciadora se limitó a realizar una libre valoración de la prueba actuada, en estricta aplicación de los alcances del artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas serán apreciados con criterio de conciencia, por todo ello, no existe causal de nulidad alguna como lo sostiene la defensa.

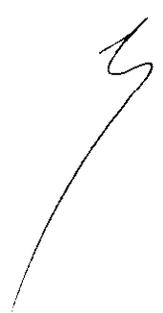
1.4.8 La defensa del recurrente también sostiene la deficiente valoración de los Manuales del Ejército ME treinta y ocho – veinte y treinta y ocho – veintitrés, toda vez, que el Tribunal los ha considerado como prueba a pesar de la existencia de documentos contradictorios de mayor jerarquía. Agrega, para apoyar su alegación, que a su criterio generaría una causal de nulidad en el extremo de las condenas por el delito de homicidio calificado por alevosía - casos de “Barrios Altos” y “La Cantuta”-, como en el delito de lesiones graves, por grave afectación de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Conforme hemos venido sosteniendo, la valoración del acervo probatorio es entendida como el conjunto de operaciones mentales referentes a la fuerza generadora de convicción de las pruebas actuadas en un proceso, tanto, las aportadas por el Ministerio Público y la parte civil como por la defensa, en estricto, por su derecho al contradictorio; y además, de las que puedan haber sido obtenidas por el Juez durante la etapa de instrucción, pues en el fondo este acto consiste en una actividad procesal eminentemente racional, necesaria y

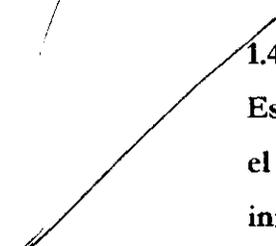
determinante para resolver sobre el “*thema probandum*”, al ser una actividad cognoscitiva rigurosamente escrutadora y selectiva dedicada a interpretar el significado de los medios probatorios válidamente incorporados en el proceso, considerando a cada uno ya sea en su mera individualidad o como componente de un conjunto de su clase o en contraprestación con los demás y al final en relación sistemática con la totalidad acumulada de los mismos.

La Sala Penal Especial, bajo esta premisa merituó los Manuales del Ejército ME treinta y ocho – veinte y ME treinta y ocho – veintitrés, en principio, para poder colegir que en éstos se sustentaba la estructura y sistema organizacional de las Operaciones Especiales de Inteligencia, y a su vez, la ilegal actuación de éstas, por su aplicación incorrecta, pues lo cierto es, que no estaban diseñadas de forma tal que puedan hacer justificables los hechos materia del presente proceso judicial, sino para el desarrollo de la inteligencia operativa ante la posibilidad de una guerra convencional, como también para casos de guerra no convencional, entendiéndose entre éstos, de guerra contrasubversiva, no obstante ello, su uso fue desviado y fraudulento por parte de los ejecutores de estas Operaciones Especiales de Inteligencia para llevar a cabo los crímenes que son objeto del presente pronunciamiento.

Ahora bien, la defensa alega que no debió otorgárseles mayor valor probatorio por la existencia de documentos de mayor jerarquía, debiéndose asumir que éstos documentos de nivel superior son también del ámbito militar, sin embargo, ni en su recurso de agravios presentado luego de dictarse la sentencia que cuestiona, ni en las denominadas “conclusiones parciales de la defensa de Alberto Fujimori Fujimori”, presentadas por escrito ante este Supremo Tribunal, precisa cuáles son los documentos de mayor jerarquía, que por dicha condición restarían valor probatorio a los Manuales del Ejército ME treinta y ocho – veinte y ME treinta y ocho – veintitrés, en tal sentido, al no existir otros detalles sobre este asunto relevan a este Supremo Tribunal de realizar



mayores comentarios al respecto; máxime, si la Sala Penal sentenciadora valoró esta documentación concatenadamente con el resto de material probatorio y no de así de manera aislada, consecuentemente, no existe causal de nulidad por grave afectación de la garantía constitucional de presunción de inocencia.



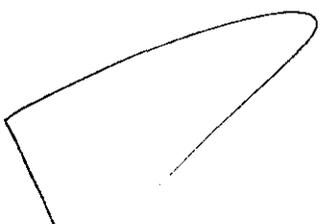
1.4.9 Deficiente valoración de los documentos desclasificados de los Estados Unidos al no considerarse la ley aplicable para su apreciación por el lugar de producción del documento y tampoco sus fuentes de información no identificadas, que transgrede el principio constitucional de presunción de inocencia



A criterio del abogado de la defensa constituye causal de nulidad en los extremos de las condenas por el delito de homicidio calificado por alevosía –caso “Barrios Altos” y “La Cantuta”- y por delito de lesiones graves



El juicio oral del proceso penal, tiene como objetivo determinar si la parte acusadora que realmente es quien hace las afirmaciones de los hechos que considera constitutivos del delito, logra desvirtuar la presunción de inocencia del que se haya premunido el inculcado, posibilitando de manera efectiva el ejercicio de contradicción de la defensa. Consecuentemente a ello se limita establecer si existen suficientes elementos de prueba con los que se pueda concluir que se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.



La valoración de la prueba es una operación mental, que se resuelve en un silogismo en el que **i)** la premisa menor es la fuente medio de prueba (el testigo y su declaración, el documento y su presentación); **ii)** la premisa mayor es una

máxima de la experiencia; y iii) la conclusión es la afirmación de la existencia de la inexistencia del hecho que se pretendía probar.⁸⁵

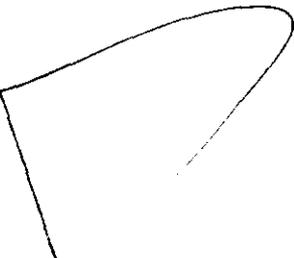


Los documentos entregados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, fueron sometidos a debate durante la etapa de juzgamiento lo cual validó y garantizó el derecho de defensa que protege al imputado, por tanto, el valor otorgado por la Sala Pena Especial se encontraba dentro de sus facultades conforme a la sana crítica o al criterio de conciencia asumido por la normatividad procesal penal, en concordancia con la garantía constitucional de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional consagrado en el inciso segundo del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, consecuentemente, el hecho que se haya o no considerado la ley aplicable para su apreciación, por el lugar de producción del documento y tampoco sus fuentes de información no identificadas, no restan valor probatorio, en tanto, los mismos se valoran concatenadamente con otros elementos indiciarios de carácter plural para recién poder arribar a un hecho presunto, en este orden de ideas, no existe vulneración al derecho de defensa, ni mucho menos a la presunción de inocencia como lo alega el recurrente, por lo que su pretensión en este extremo, no tiene cobertura .



1.4.10. La indebida valoración como prueba de las declaraciones dadas por Vladimiro Montesinos Torres fuera del juicio oral a pesar de haber violado en el plenario el deber de buena fe procesal por abuso del derecho al silencio.

Afirma la defensa que ello causó indefensión al acusado, por la imposibilidad de interrogarlo, lo que en su opinión constituye causal de nulidad de los extremos de la sentencia que condenó a su patrocinado Fujimori Fujimori, por el delito de

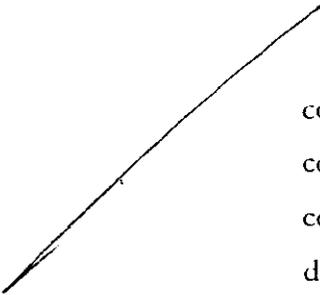


⁸⁵ Vid., MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad. Ensayo Polémico sobre el Nuevo Proceso Penal*, Civitas, Primera Edición, dos mil ocho, página cuatrocientos treinta y siete.



homicidio calificado por alevosía –tanto en el caso “Barrios Altos” y “La Cantuta”- y el delito de lesiones graves.

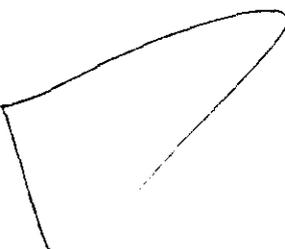
El derecho a guardar silencio



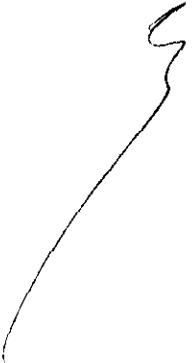
El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en el ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal o preliminar, constituye como lo ha señalado la jurisprudencia, una forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.



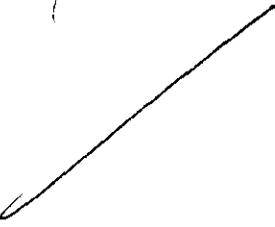
El derecho a guardar silencio es propio del declarante, no solamente del imputado o acusado; aún así, mayoritariamente dicho derecho es predicable y utilizado por el imputado o acusado. Por ello, el derecho al silencio representa, de este modo, la posibilidad de rechazar o negarse a prestar declaración; cuya existencia se concibe sólo en cuanto que el imputado se avenga a ofrecerla, pudiendo elegir libremente entre hablar o callar, sin que la ausencia de respuesta pueda interpretarse de manera desfavorable, esto, no sólo frente a preguntas que pudieran comprometer su posición procesal –*silencio parcial*-, sino entendido de un modo total, pudiendo mostrar su negativa a sujetarse al interrogatorio en cualquier fase del proceso.



Es de resaltar que no siempre y necesariamente el silencio parcial o total del procesado pretende evitar la autoincriminación. Del mismo modo, entendemos que el “derecho al silencio” no importa renunciar al derecho de defensa, por parte



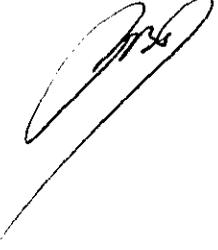
del procesado, en principio, porque el derecho de defensa es irrenunciable, como derecho fundamental y además, porque el "guardar silencio" debe ser entendido como una forma pasiva de ejercer el derecho de defensa, que en orden a la estrategia de la misma resulta seguramente la pertinente.



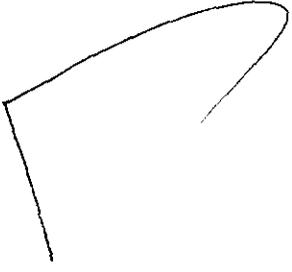
Consideramos que el "guardar silencio" como derecho del imputado, no debe ser valorado a favor ni en contra del procesado, pues el silencio debe ser considerado una "conducta neutra", por lo tanto, el no declarar o dejar sin respuesta determinadas preguntas, no significa ni asentimiento ni negación, en donde el silencio simplemente debe ser entendido como ausencia o inexistencia de respuesta.



El derecho a mantenerse silente puede ser ejercido de modo absoluto (*no se declara*) o parcial (*negativa a declarar respecto a determinado aspecto*) y es de carácter disponible, de modo tal que si *-luego de producida la negativa-* el imputado desea declarar, podrá hacerlo sin ninguna restricción.



Cabe anotar, que el derecho a la presunción de inocencia importó la abrogación del artículo ciento veintisiete del Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, que entendía que el silencio del imputado podía ser tomado como indicio de culpabilidad, esto, implica que al existir un equilibrio entre el interés de la sociedad y del individuo, el juzgador como instrumento del derecho tiene el deber de hacer justicia y no meramente condenar, pues busca la verdad de los hechos sin tener que violentar los derechos de la persona, es por eso que en la actualidad la presunción de la inocencia, esta reconducida exclusivamente a la actividad probatoria y dentro de ella, fundamentalmente a la libre valoración de la prueba, en donde adquiere singular relevancia práctica.



Al hacerse uso de tal derecho, el Juez debe de evaluar el interrogatorio en su integridad, porque puede darse el caso de que el procesado sólo haya guardado

silencio en algunas de las preguntas que se le formularon, así la estimación sobre el silencio del imputado debe ser apreciado durante el transcurso del proceso y antes de que se expida la sentencia. El sujeto puede hacer valer su derecho incluso ante una pregunta que le formule la Policía y que tuviere por objeto determinar su responsabilidad en la comisión de un hecho punible.

En nuestra legislación procesal se observa un implícito reconocimiento a este derecho en los artículos ciento treinta y dos⁸⁶, y doscientos cuarenta y cinco⁸⁷ del Código de Procedimientos Penales, los mismos que plantean la posibilidad de dejar constancia del silencio del acusado en su declaración instructiva o en el debate oral, sin establecer consecuencias negativas a tal silencio; mientras el artículo ciento treinta y dos, prohíbe el empleo de promesas, amenazas u otros medios de coacción contra el inculpado; el Juez *–dice el artículo en mención–*, debe exhortar al inculpado para que diga la verdad, pero no podrá exigirle juramento ni promesa de honor.

El tema de la valoración del silencio del inculpado incide necesariamente en analizar la contradicción entre los principios de probidad procesal, que implica analizar si el inculpado debe o no obrar con la verdad, contra el principio del *nemo tenetur*, que alude a que del silencio del inculpado no puede *–o más bien, no debe–* derivarse ninguna consecuencia desfavorable para él, porque de lo contrario sería un silencio autoinculpatorio.

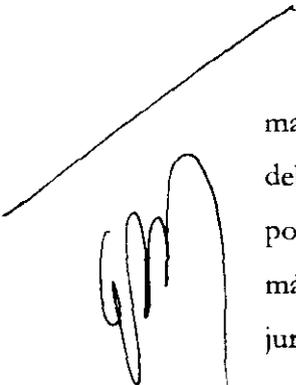
⁸⁶ Expresamente señala, “Se prohíbe en lo absoluto el empleo de promesas, amenazas u otros medios de coacción, aunque sean simplemente morales. El Juez instructor deberá exhortar al inculpado para que diga la verdad; pero no podrá exigirle juramento, ni promesa de honor”.

⁸⁷ Expresamente señala, “Si el acusado se niega a declarar, el Presidente podrá, en la fase procesal correspondiente, disponer la lectura de las declaraciones prestadas por aquél en la instrucción, si las hubiera, las que de esa forma se incorporan al debate y en su oportunidad serán valoradas conforme al artículo 283. En el curso de la audiencia el acusado podrá solicitar ser examinado, momento en el que puede ser interrogado de acuerdo a los artículos 244 y 247. Cuando el acusado que está declarando guarda silencio frente a una pregunta, se dejará constancia de tal situación y se continuará con el interrogatorio”.

La buena fe procesal



La configuración de los principios procesales constituye un elemento básico para la comprensión de todo el sistema procesal y de ahí su indudable trascendencia práctica; que dicha relevancia se ve reforzada además por el hecho de haberse recogido el principio de la buena fe procesal en nuestros textos legales, sobre todo, en el Código Procesal Civil de aplicación supletoria a todos los ordenamientos procesales, por lo que, ya no estamos sólo ante un mero principio general del derecho, sino ante una norma de aplicación directa



El primer interrogante que surge al analizar la aplicación de la buena fe en el marco de un proceso, es el de si las diversas reglas o pautas de conducta que deben adoptar las partes responden a un principio general del proceso que podríamos denominar “principio de la buena fe procesal”, que es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico y supone, otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley.



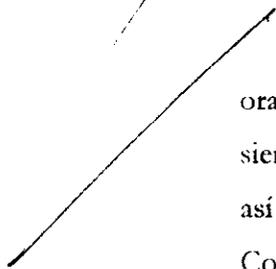
El principio se concreta a que las partes no utilicen el proceso o las actuaciones de éste para lograr fines fraudulentos o dolosos, o alegar hechos contrarios a la realidad, o emplear medios que tiendan a entorpecer la buena marcha del procedimiento. Que, por lo antes acotado, podemos colegir que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma, consecuentemente, desde dicha perspectiva, necesariamente genérica, la buena fe procesal puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta y sólo desde esta perspectiva amplia se logra la continua adaptación entre los valores éticos de la sociedad y los valores normativos del ordenamiento, correspondiendo al Juez,



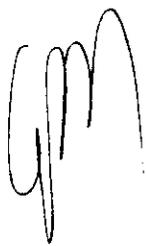
en cada caso concreto, analizar si la conducta procesal de la parte se adecúa a la forma de actuar admitida por la generalidad de los ciudadanos.



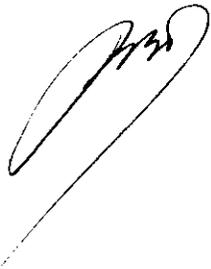
El juicio oral



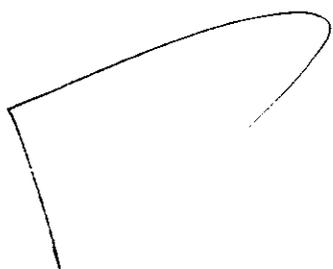
En el proceso penal peruano una de sus etapas está comprendido por el juicio oral y público previsto para quien ha sido acusado por el Ministerio Público, siempre que la causa no deba juzgarse de acuerdo con el procedimiento sumario, así el Juicio Oral se desarrolla ante un Tribunal en lo Penal, un Tribunal Colegiado formado por tres jueces profesionales, y con la presencia del Fiscal o del representante del Ministerio Público, la Parte Civil, del acusado o imputado y de su abogado defensor, así como del Tercero Civilmente Responsable si la situación o circunstancias del hecho concreto materia de acusación lo exige.



Como su nombre lo indica, se desarrolla íntegramente en forma oral, estando prohibidas las alegaciones por escrito, es un juicio público, al cual sólo excepcional y únicamente para resguardar la intimidad, la honra o la seguridad de alguna de las personas que participan se puede restringir el acceso del público. Está regido por el principio de inmediación, es decir, que la decisión del Tribunal debe basarse exclusivamente en aquello que pudieron conocer durante la audiencia directa e inmediatamente por sus propios sentidos, de donde se sigue que es prueba sólo aquella que se rinde durante la audiencia.



Durante el Juicio Oral las partes deben presentar todos los medios de prueba y todos los testigos de que disponen, para que sean examinados y contraexaminados, así al término de la audiencia el Tribunal debe pronunciar su decisión de condena o absolución, pudiendo diferir solo la redacción completa de la sentencia. Del Juicio Oral se levanta un registro completo de lo ocurrido en la audiencia mediante actas que son suscritas por el Presidente del Tribunal, previa observancia de los sujetos procesales.





Esta etapa del proceso, también conocida como juzgamiento, oral y público, permite garantizar a la comunidad la transparencia del juicio, pues al admitirse la asistencia de público a la audiencia, garantiza el control a la ciudadanía sobre la labor de los jueces, de los fiscales y de los defensores, fortaleciendo, además, la confianza de la sociedad en la justicia. El contacto de los jueces con la prueba, la víctima y el imputado, permite rebatir directamente las pruebas presentadas por ambas partes, garantiza la transparencia de la comprobación del delito y en la determinación del grado de responsabilidad del imputado.



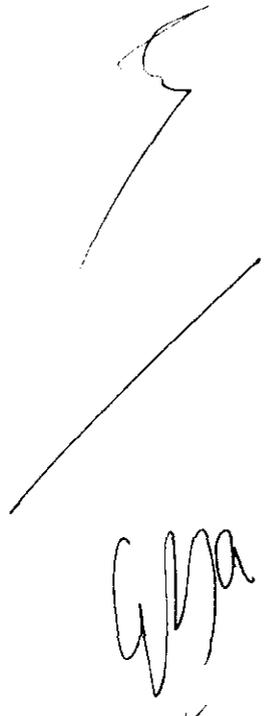
La declaración testimonial es de singular importancia en este tema, pues el testigo que relata el conocimiento personal que tiene acerca de los hechos que han realizado otras personas y que el ha captado por medio de alguno de sus sentidos, cobra relevancia para generar convicción al Juez para establecer la participación o no de un acusado en un hecho considerado como delictivo, empero, qué sucede cuando este tipo de prueba *–la testifical–* no puede recabarse durante el juicio oral, que a diferencia de la investigación policial o de la etapa de instrucción, la percepción y valoración de las pruebas conforme al criterio de conciencia produce un mérito distinto al proceso llevado a cabo solamente sobre pruebas escritas, pues aquél es notablemente más rico y genera un acercamiento notorio a la verdad jurídica objetiva que es imposible conseguir con un procedimiento escrito, máxime, si como *“como regla general, tiene la consideración de prueba, en la que el Tribunal puede fundamentar su sentencia, la practicada en el juicio oral, única fase, en principio, donde deben respetarse las garantías de jurisdiccionalidad, oralidad, publicidad e inmediación”*⁸⁸, nuestro ordenamiento para este tipo de situaciones ha considerado a la prueba trasladada como el mecanismo de complementación probatoria, recurriendo a la prueba que ha obrado en otro proceso, obviamente simultánea o anterior con las formalidades legales.



⁸⁸ Cfr., ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid – España, página doscientos cincuenta y tres.

Así nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo doscientos sesenta y uno, regula el procedimiento que este tipo de prueba , señalando que “
En los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la Sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes: Las pruebas admitidas y practicadas ante un Juez o Sala Penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Sin necesidad de que concurran tales motivos, podrán utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial. La oposición a la prueba trasladada se resuelve en la sentencia. La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo doscientos ochenta y tres”.

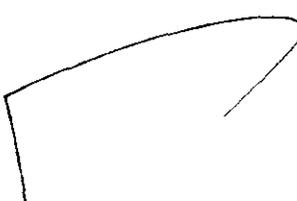
Es de precisar, que este tipo de prueba, obviamente, tiene que reunir ciertos requisitos para que cuente con valor y fuerza probatoria, así debe ser practicado válidamente en el anterior proceso penal.; del mismo modo, su traslado al segundo proceso debe ser pedido y solicitado en tiempo oportuno; la declaración o documento trasladado debe constar en copia autentica; asimismo, que en el proceso originario se haya practicado a petición de parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, incluso, las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país también pueden trasladarse a otra en copia autenticada y deben ser meritadas de conformidad con las reglas señaladas anteriormente y de ser el caso, tiene que ser vertidas al castellano por un traductor oficial.



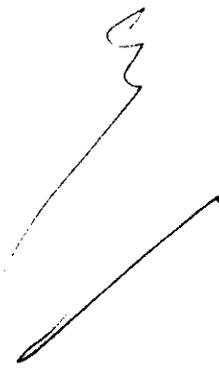
En el caso de las declaraciones ofrecidas por Vladimiro Montesinos Torres, es evidente que la Sala Penal Especial sentenciadora con el único propósito de garantizar en todo momento el derecho de defensa y del contradictorio al procesado, ordenó la comparecencia del testigo en referencia a fin de que declare acerca de los hechos, por ser la persona más allegada en la dirección ejecutiva del entonces Presidente de la República, dado su condición de Asesor – *aún cuando en materia de seguridad, es de público conocimiento que este servicio iba más allá de dichos temas-*, sin embargo, dicho testigo lejos de ceñirse al caso concreto por el que había sido citado, vulneró la buena fe procesal y posteriormente, luego de realizar apreciaciones que no guardaban relación con la razón por la que estaba declarando, de manera arbitraria y poco responsable se acogió indebidamente al derecho a guardar silencio, lo que motivó que la Sala Penal Especial que llevó a cabo el juicio contra el procesado recurrente, declarase nula y carente de valor la declaración que el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos, conforme consta en la sesión de audiencia número setenta y siete, por calificarla como "conducta lesiva al proceso", al aceptar primero declarar, y luego negarse a continuar con el interrogatorio.



Quedó así demostrado que el testigo en mención no actuó de buena fe y es en esta situación que la Sala Penal Especial sentenciadora de manera correcta recurrió a valorar las declaraciones que había brindado en anterior oportunidad el testigo en referencia fuera del juicio oral, esto, por que lo consideró como prueba trasladada, obviamente, atendiendo a que ésta no fue tachada o puesta en tela de juicio en el momento que se recabó; y por lo demás, de la misma se tuvo conocimiento con mucha anterioridad, por lo tanto, ahora no puede alegarse vulneración a su derecho de defensa, menos aún trasgresión del principio de presunción de inocencia.



En todo caso, este Tribunal Supremo considera que no existe una valoración negativa del silencio de Montesinos en contra del procesado, pues debe



entenderse no como una vulneración del derecho de defensa que cause perjuicio al acusado, sino como una infracción a la buena fe procesal, porque la defensa ofreció un testigo que podría no declarar y por lo tanto, debe considerarse esta negativa como imposibilidad material de actuar la prueba en el juicio oral, en consecuencia, la parte no puede invocar indefensión, en tanto, es la defensa que asume la consecuencia de la inacción de su testigo, lo que no excluye la posibilidad de aportar y traer a juicio oral la prueba trasladada.

1.4.11. No aplicación de las reglas de la determinación alternativa a través del procedimiento del artículo 285 A del Código de Procedimientos Penales.

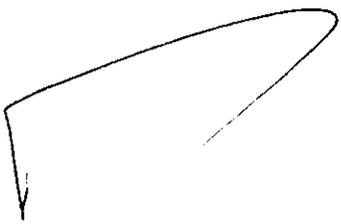


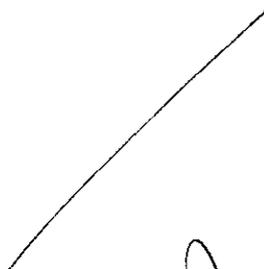
Afirma la defensa del procesado Alberto Fujimori Fujimori que en el supuesto negado de existencia de indicios contingentes suficientes, se habría demostrado la realización de otro delito, distinto al asesinato por autoría mediata por dominio de la organización, por ejemplo, el homicidio por omisión (a discutir si es a título de dolo, culpa consciente) o el encubrimiento.



La determinación alternativa y su posterior aplicación evolutiva de la desvinculación de la acusación, ha generado en muchos casos una especie de confusión en su percepción, al entenderla como dos figuras procesales diametralmente distintas, hecho que no se ajusta a la realidad, es por tal motivo que nos obliga a precisar brevemente su adopción en nuestro ordenamiento jurídico procesal.

La determinación alternativa o fijación alternativa de los hechos tiene como referente a un proceder jurisprudencial generado en Alemania desde mediados del





siglo diecinueve⁸⁹ ; sin embargo, en nuestro país su aplicación data desde mediados de los años cuarenta⁹⁰ y más recientemente, desde finales de mil novecientos setenta y siete, la Corte Suprema de la República a través de la Sala Penal Permanente inició la aplicación de dicho mecanismo procesal, por el cual se facultaba la potestad de variar la calificación legal del supuesto de hecho ilícito denunciado por el representante del Ministerio Público, esto es, del titular de la acción penal, para determinar la pena en base a dicha nueva calificación que a su criterio era la correcta y aplicable.

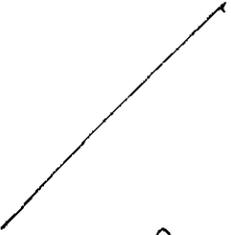


Es así como se formula y se inicia en mayor extensión la aplicación del principio de determinación alternativa, el mismo que, según sus mentores, requiere la existencia necesaria de cuatro requisitos básicos: a) Homogeneidad del bien jurídico; b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas; c) Preservación del derecho de defensa; y d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos al momento de realizar la adecuación al tipo⁹¹ ; hasta dicho momento los Vocales integrantes de la Salas Penales Supremas habían acudido al procedimiento llamado "*adecuación de fallo al tipo penal*", por el cual los Magistrados podían variar la tipificación del delito por el que se había venido procesando al justiciable, dentro de ciertos límites, como son, principalmente el hecho de que se trate de figuras penales ubicadas dentro de un mismo supuesto o hipótesis típica (*delitos contra el patrimonio, delitos contra la vida, delitos contra la administración pública, etc.*), prerrogativa que no obstante carecer de una base legal específica fue legitimada jurisprudencialmente.

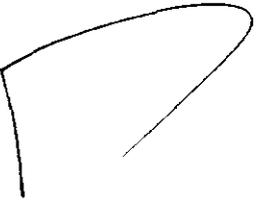
No obstante ello, se criticó esta posición aludiendo una deficiencia doctrinaria de este mecanismo regulador, por el hecho de no haber sido fundamentado

⁸⁹ Cfr., JESCHECK H. "Tratado de derecho procesal penal". Editorial Bosch. Barcelona, mil novecientos setenta y ocho, página ciento noventa y ocho.

⁹⁰ vid., en, Revista de Jurisprudencia Peruana; año mil novecientos cincuenta y cinco, página seiscientos seis.

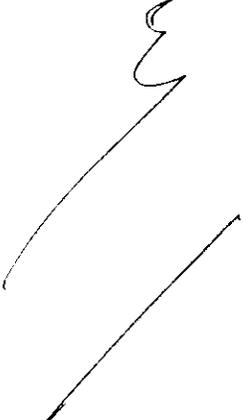


teóricamente, situación que será corregida al formularse el principio de determinación alternativa²¹, por tal motivo y con el único propósito de uniformizar los criterios para la aplicación de la determinación alternativa, se llevó dicho asunto a debate en el Pleno Jurisdiccional Penal Superior de mil novecientos noventa y ocho en la ciudad de Ica, acordándose que, si bien era factible la desvinculación de la acusación en el extremo que propone cierta calificación jurídica del hecho y optar en la condena por un tipo penal distinto, por implicar una apreciación normativa de hechos, debía efectuarse solamente si reunía los siguientes presupuestos: *a)* Homogeneidad del bien jurídico (el tipo penal de la condena debe afectar el mismo bien jurídico que el delito acusado); *b)* Inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; *c)* Preservación del derecho de defensa; y *d)* Coherencia entre los elementos fácticos y normativos; además se acordó que en la aplicación de estas reglas debían respetarse los principios de legalidad penal, de instrucción y de verdad material; del mismo modo, se acordó que la posibilidad de desvincularse de la propuesta fiscal tenía como límite el de no condenar por un delito más grave que aquel materia de acusación, por cuanto causaría indefensión, empero, se señaló que de estimarse que el delito perpetrado es más grave que el calificado por el Ministerio Público, se debía terminar por condenar por el delito acusado, donde el juzgador debía dejar constancia de los motivos que fundan la imposibilidad de reconducción de la calificación jurídica al delito más grave, esto, con el único propósito de evitar la impunidad de una conducta punible; finalmente, se estableció que dicha facultad de desvinculación era una atribución exclusiva del órgano jurisdiccional y no así del Fiscal, quien debe en todo caso solicitar al órgano jurisdiccional la ampliación del auto de procesamiento.



²¹ Cfr., ROJAS VARGAS, Fidel. *“Los principios generales del Derecho y el Principio de Determinación Alternativa”*. Diálogo con la Jurisprudencia número trece. Gaceta Jurídica Sociedad Anónima. Lima, mil novecientos noventa y nueve, página cinco.

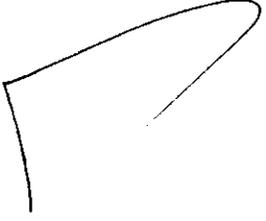
²² MIXÁN MASS, Florencio. *“Juicio Oral”*, Editora B.L.G., Lima, dos mil, passim.



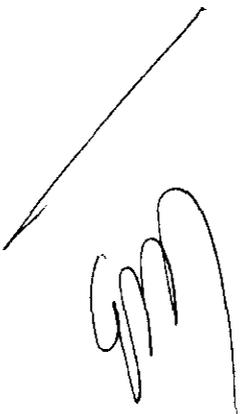
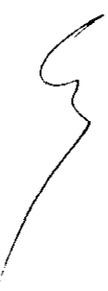
Durante los últimos años, el principio de determinación alternativa fue objeto de una avalancha de críticas, las mismas que en puridad, solamente habían estado dirigidas contra la forma cómo se aplicaba en el proceso penal peruano, un claro y muy conocido ejemplo de conocimiento público, es el referido a la posición asumida por el Tribunal Constitucional, que consideró que la variación del tipo penal afectaba el derecho fundamental de defensa debido a que no se le daba al acusado la posibilidad real y efectiva de contradecir la nueva tipificación de los hechos, restringiendo la esencia misma del principio de contradicción, garantía natural del proceso judicial. *(sentencia recaída en el expediente número mil doscientos treinta – dos mil dos – HC/TC – Caso Tineo Cabrera)*; posición que fue ratificada en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional de dos mil cuatro, realizado en la ciudad de Trujillo, en donde se acordó por mayoría que *“La desvinculación de la correlación entre acusación y sentencia constituye una modificación de la calificación jurídico penal. La posibilidad que tiene la Sala para plantear la modificación de la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación es hasta antes de la sentencia, debiendo observarse plenamente la contradicción”*.



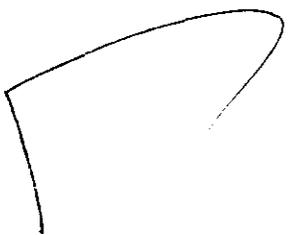
Antecedentes que posteriormente provocaron que el legislador emita el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, de fecha diecisiete de agosto de dos mil cuatro, que en su artículo dos, incorporaba el artículo doscientos ochenta y cinco “A” al Código de Procedimientos Penales, que en el inciso segundo indica *“... 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 medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo doscientos sesenta y siete.”* (nótese el objetivo implícito del legislador para garantizar el derecho del defensa del acusado)



Todo lo relativo a la modificación de la calificación jurídica del hecho delictivo, constituye un tema desarrollado principalmente por la jurisprudencia

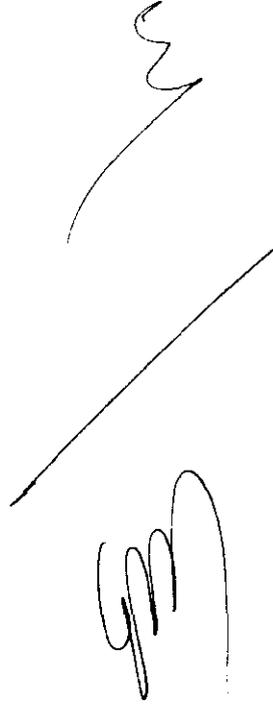


nacional, habiéndose determinado a través de esta fuente de derecho sus principales límites jurídicos, así uno de los últimos pronunciamientos sobre este, corresponde al Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil siete / CJ – ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, emitido por las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, en donde establecieron como doctrina legal que los Tribunales sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación, la misma que no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, haya sido propuesta expresa o implícitamente a la defensa, así como tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente contestable por la defensa.



También es necesario precisar, que una mala calificación jurídica del supuesto fáctico objeto del proceso penal puede generar múltiples consecuencias negativas como la impunidad del hecho ilícito cometido, la irreparabilidad del daño causado a la parte agraviada, y por ende el menoscabo del valor justicia como lineamiento general del Derecho, pues existe la posibilidad de que el Juzgador absuelva a una persona, solamente por el hecho de que tal conducta no fuese subsumida correctamente en la hipótesis penal pertinente, y más bien fue encuadrada en una figura delictiva que no ameritaba juzgamiento alguno; del mismo modo, en cuanto a este tema, el Juzgador tampoco puede excederse y elaborar calificaciones sorpresivas que perjudiquen las estrategias de defensa de la parte denunciada, pues al no tener el imputado la posibilidad de conocer clara y específicamente los cargos en su contra, no podría hacer uso efectivo de su derecho a contradecir las imputaciones, afectándose gravemente su derecho a la defensa, permitir esta última posibilidad, significaría fomentar un proceso penal caótico, en donde los ciudadanos que acudan en calidad de denunciados o acusados, no sabrían sobre qué base normativa se les está procesando, generándose un estado de inseguridad

totalmente contrario a las reglas que rigen un Estado Constitucional de Derecho, que por cierto, también afectaría el principio de seguridad jurídica.



Cabe reiterar, que el hecho punible (objeto del proceso penal)(y concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado) es delimitado y determinado por el representante del Ministerio Público, en virtud de la titularidad de la acción penal que posee⁹³; sin embargo, la determinación del hecho punible, por la Fiscalía, corresponde sólo con la descripción fáctica (proposición fáctica), pues la acusación no tiene un poder de disposición sobre la calificación jurídica de la pretensión (hecho punible), no siendo por tanto, vinculante la imputación jurídica del hecho.

La no vinculación de la calificación jurídica se fundamenta en el principio del *iura novit curia*, pues se viene admitiendo que la calificación jurídica que hagan las partes respecto de los hechos no pueden vincular al juez, el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar jurídicamente los hechos, sin estar vinculados por las calificaciones de las partes.⁹⁴



Por ello, es que, como se ha mencionado, con fecha diecisiete de agosto de dos mil cuatro, se incorporó el artículo doscientos cientos ochenta y cinco - A del Código de Procedimientos Penales, donde se plantea la tesis de la determinación alternativa o desvinculación de la calificación jurídica; el cual permite a la Sala o al Juzgador desvincularse o apartarse de la calificación jurídica dada por el representante del Ministerio Público, mientras no se altere el hecho (punible) propuesto por éste. Es importante determinar quien es el titular de la delimitación del hecho punible y de la calificación jurídica de éste; si bien, el artículo en referencia, se incorporó recién en el año dos mil cuatro, ello no ha impedido

⁹³ Vid., com mayor detalle, Expediente número dos mil cinco guión dos mil seis guión HC/TC. [Caso Umber Sandoval]

desarrollarlo con anterioridad en el ámbito dogmático y jurisprudencial. Así, pues se viene exigiendo los siguientes requisitos para la desvinculación de la calificación jurídica o determinación alternativa: a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; c) la preservación del derecho de defensa, y; d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal.^{95 96}

En aplicación del artículo referido, observamos que la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público puede ser modificada en el momento de la emisión del auto de apertura de instrucción, del auto de enjuiciamiento y en una sentencia condenatoria en virtud de la tesis de la desvinculación.⁹⁷ (siendo aplicable ello cuando no se modifique el hecho y cuando haya homogeneidad del bien jurídico).

De la valoración de los medios de prueba actuados en el Juicio Oral, observamos que 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, por los hechos sucedidos en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”; existiendo prueba indiciaria de cargo suficiente que permite llegar a dicha conclusión, desvirtuándose de esa manera el agravio –planteado como supuesto– deducido por el encausado Fujimori Fujimori.

Consecuentemente, existiendo prueba de cargo suficiente para emitir condena por los delitos de asesinato, bajo la circunstancia de alevosía, y del delito de

⁹⁴ MONTERO AROCA, Juan. “Principios del Proceso Penal”; Valencia; Editorial Tirant to Blanch; mil novecientos noventa y siete, página ceinto veinte uno.

⁹⁵ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima; Editorial Idemsa; 2004, p. 418.

⁹⁶ Acuerdo Plenario N° 4 – 2007 / CJ -116.

⁹⁷ Acuerdo Plenario N° 4 – 2007 / CJ -116.

lesiones graves, la sala sentenciadora no puede formular una nueva calificación jurídica del hecho; no pudiendo 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.

1.4.12. Desvinculación indebida de la acusación, 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 Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, en ejercicio de las potestades que obtuvo con la modificación de la legislación correspondiente a la Defensa Nacional.

La defensa por definición es una garantía procesal, que presupone la existencia del proceso ya iniciado, siendo que las vías a través de las cuales la parte puede desarrollar el contenido de este derecho, es la autodefensa y la defensa técnica. La autodefensa está constituida por la intervención personal y directa de las partes en el proceso sin la representación del defensor técnico, que puede tener lugar en cualquier clase de proceso, pero lo esencial para entenderla, es que reúne las características de irrenunciabilidad e inalienabilidad, así ésta no puede considerarse respetada donde falte la facultad del propio litigante para decidir personalmente el curso de sus alegaciones, y a su vez, el curso de las alegaciones, es decir la tutela de los intereses no puede ser confiado a un tercero, ni siquiera al defensor técnico, todo lo cual se traduce en lo que debe ser el absoluto predominio de la autodefensa sobre la defensa técnica.

La defensa técnica constituye una modalidad derivada del ejercicio de las facultades que confiere esta garantía y su fundamento esencial se encuentra en los

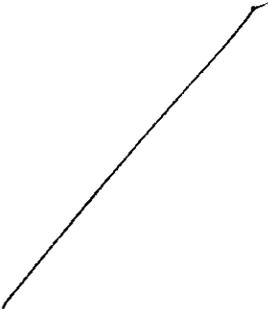
conocimientos técnicos que precisa la actuación en el proceso, que precisamente, están dentro del ámbito de la labor del abogado.

Contrariamente a lo antes sostenido, la indefensión es el resultado de la violación de la garantía de defensa, debe situarse, en cuanto el resultado conduce a una sanción, en el género de la ineficacia del proceso o de la resolución que ha sido afectada por dicha infracción. La vulneración de dicha garantía genera la ineficacia del acto procesal o del proceso, es la sanción que naturalmente procede ante esta clase de transgresiones.

Que, en principio, cabe precisar que la Sala Penal Especial no hace mención al término “guerra sucia de facto”, siendo solamente el término “guerra sucia” utilizado por el organismo acusador y si bien el principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo condenado es de vital importancia durante el acto oral, pues es el límite a la potestad de resolver del órgano jurisdiccional, imponiendo como sanción, la invalidación del acto procesal, también lo es, que en la sentencia recurrida no se efectúa ningún tipo de desvinculación de la acusación como lo alega el recurrente, que pueda generar la nulidad del proceso, pues únicamente colige que el procesado daba órdenes a través de una concreta estructura estatal o aparato de poder organizado que dominaba, esto es, en puridad no existe una variación de los hechos fácticos materia de acusación, siendo este el hecho común, materia de la extradición por parte de la Corte Suprema de Chile, de la acusación del Ministerio público, así como de la Sala Penal sentenciadora, consecuentemente, al determinarse que existió de parte del procesado responsabilidad en la ejecución de una política o estrategia antiterrorista con dichas características, en modo alguno vulnera la competencia constitucional asignada al Ministerio Público, eminentemente postulatoria; máxime, si es posible que el órgano jurisdiccional pueda apartarse de los términos estrictos de la acusación fiscal, en tanto respete los hechos objeto de acusación, sin que cambie el bien jurídico tutelado por el delito acusado y,



fundamentalmente, siempre que observe el derecho de defensa y el principio contradictorio, del cual el recurrente en ningún momento puede alegar que ha sido privado, toda vez, que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al «petitum» de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquel sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un «crimen», sino un «factum».



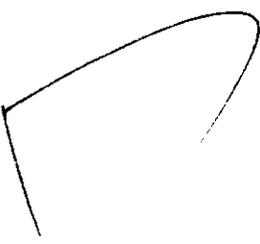
1.4.13 La alegación de causal de nulidad por la indebida desvinculación de la acusación por parte del Tribunal, con el único propósito de desvirtuar el argumento de defensa, referido, a la ausencia del indicio móvil para una política antiterrorista de guerra sucia, lo que vulneraría la garantía constitucional de la defensa procesal en los extremos que condenó a Fujimori Fujimori por los delitos de homicidio calificado por alevosía – casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”- y lesiones graves.



Como ya se ha sostenido, el indicio es un hecho o circunstancia del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro, así su fuerza probatoria o demostrativa reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar.

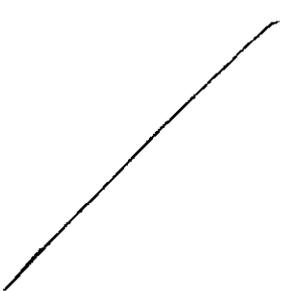


El indicio móvil o mejor dicho, el móvil del hecho constituye un indicio psicológico precedente que brinda una explicación del acto delictivo, pues no hay acto voluntario sin motivo o móvil, que no es más que una condición de toda infracción intencional. Que, normalmente no se realiza un acto delictuoso menospreciando las sanciones que trae apareadas, sin tener en vista una ventaja, directa o indirecta, positiva o negativa, material o moral, que compense el riesgo de la represión a la que verá expuesto, con excepción que simplemente se ceda a la fuerza de un impulso, de un estado pasional, emotivo, alcohólico, toxicológico





o patológico, en los que la función de la voluntad puede encontrarse muy reducida y hasta nula, ésta razón predominante es lo que se llama el móvil para delinquir; el cual, "... es una condición esencial de todo delito, es de necesaria comprobación, ya por medio de verdaderas pruebas, ya por simples presunciones. El móvil puede considerarse bajo dos aspectos: externo, y entonces es el suceso, la causa, el accidente, que impulsan el ánimo, e interno, siendo entonces el afecto mismo del ánimo que impulsa el delito."⁹⁸; es desde dicho momento que el autor "... opta por realizar su objetivo asumiendo el riesgo de las consecuencias. Estos objetivos son los motivos o móviles de los que, cuando el individuo ha obrado voluntariamente, es importante indagar para encontrarle un justificativo al acto delictivo"⁹⁹.



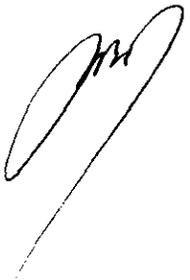
El indicio móvil solamente adquiere fuerza cuando se reconoce que el inculpado no sólo es capaz del hecho, sino que tuvo además una razón particular para cometer el delito, sucediendo que en el caso de autos, el criterio de la Sala Penal Especial que sentenció, estuvo dirigido a determinar que el Destacamento "Colina" no era un grupo criminal aislado o circunscripto a su propia estructura inmediata e interna, sino que su actuación obedecía a una concepción estratégica para enfrentar a los integrantes de los grupos terroristas en las zonas urbanas, específicamente en el departamento de Lima, de incisiva actuación en los primeros años del régimen, quienes representaban un reto constante a la seguridad y tranquilidad públicas conforme consta del apartado seiscientos setenta y uno de la sentencia recurrida, incriminación que guarda correlación con los alcances del dictamen fiscal escrito y en la requisitoria oral, prueba de ello, se puede observar en las actas de juicio oral como en el dictamen acusatorio complementario de fojas veintidós mil setecientos cincuenta (ver específicamente

⁹⁸ Cfr., ELLERO, Pietro. "De la certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal". Buenos Aires: Fabián Di Placido, mil novecientos noventa y ocho, página ciento once a ciento doce.

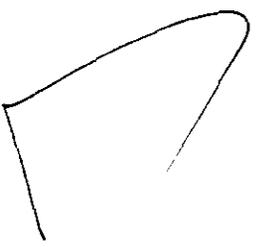
⁹⁹ Vid., JAUCHEN, Eduardo M. "Tratado de la Prueba en Materia Penal". Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, dos mil dos, página seiscientos uno y siguientes. / ROSAS YATACO, Jorge; *op. cit.*, página trescientos uno.

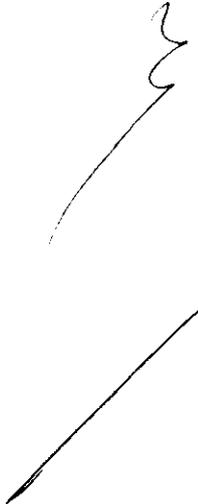


página veinticinco), en que el señor Fiscal Supremo en lo Penal textualmente atribuyó “responsabilidad del ex – presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, por los crímenes cometidos por el grupo “Colina”, que son materia de este expediente acumulado: “Barrios Altos” y “La Cantuta”- a título de autor mediato por dominio de la organización, ya que como se encuentra probado en autos, Alberto Fujimori Fujimori luego de trazar y decidir la política de Estado de combatir la subversión usando los métodos de guerra de baja intensidad y eliminación de enemigos, tuvo el dominio de la organización, ya que en esta estructura de poder organizado – su orden- sin necesidad de recurrir a la coacción o inducir a error, por la predisposición de los ejecutores- iba a irremediablemente a ser cumplida. Ahora bien en este proceso se encuentra suficientemente probado , que las órdenes impartidas por el ex – presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, siguiendo el plan trazado de lucha contra la subversión, efectivamente se materializaron, esto es, dieron lugar a los crímenes de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, orden sin las cuales, los militares que formaban el Grupo “Colina”, jamás pudieron haber actuado...”.

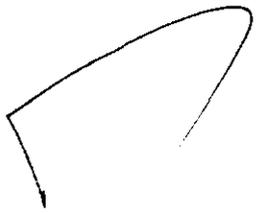


En este orden de ideas, no puede alegarse vulneración a la garantía constitucional de la defensa procesal, por una pretendida indebida desvinculación de la acusación por parte del Tribunal con el propósito de desvirtuar el argumento de defensa, referido, a la ausencia del indicio móvil para una política antiterrorista de guerra sucia, puesto que, como se acotó precedentemente el indicio móvil propuesto por la Fiscalía, como el móvil al que arribó la Sala Penal sentenciadora, para asumir que el objetivo y voluntad del procesado está dirigida a una concepción estratégica para enfrentar a los integrantes de los grupos terroristas en las zonas urbanas, en el fondo guardan estrecha relación.





Cabe precisar, que el agravio en referencia expuesto por la defensa, se formula en atención a que a su criterio no habría razón alguna para suponer que se llevó a cabo una política antsubversiva de “guerra sucia” cuando los resultados de la misma demostraron una eficiente lucha contra dicho fenómeno, exponiendo como ejemplo la captura del máximo líder de la agrupación terrorista sin haberse realizado disparos de armas de fuego; sin embargo, conforme lo ha sostenido el órgano acusador y jurisdiccional - con cuyas apreciaciones este Supremo Tribunal coincide - la política de pacificación dirigida por el ahora procesado; se llevó en varios ámbitos, una legal y dentro de los mecanismos que garantizaba elementales derechos y otra oculta, clandestina y selectiva, ejecutada por un minúsculo grupo integrado por miembros de las Fuerzas Armadas, pero que respondían a dicha política general de pacificación, situación última, que precisamente es la cuestionable, puesto que, dentro de dicho accionar se llevaron a cabo las ejecuciones de nueve estudiantes y un catedrático de la Universidad “La Cantuta” y el crimen ocurrido en ““Barrios Altos””, donde murieron 15 ciudadanos y lesionados de gravedad otros.



CAPÍTULO V
CASO SECUESTRO EN “SÓTANOS DEL SIE”

1. Secuestro de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen.

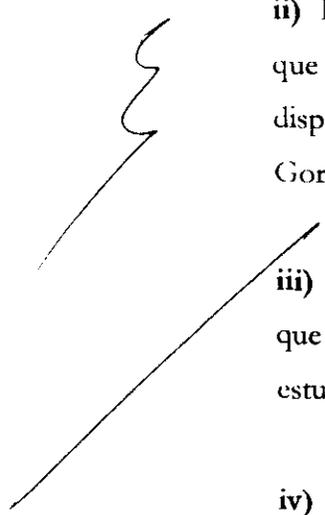
1.1 Incriminación

Se atribuye al ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, el haber planificado y ordenado, conjuntamente con su ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, que personal del Ejército Peruano prive ilegalmente la libertad del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen.

1.2 De la materialidad del delito de secuestro

El juicio de valor que realiza la Sala Penal Especial es acertado, toda vez, que la materialidad del delito contra la Libertad, en la modalidad de secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante trato cruel, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen se encuentra acreditada por el mérito de los siguientes medios probatorios:

i) La declaración del agraviado **Gustavo Gorriti Ellenbogem** brindada en el Juicio Oral, en la sesión de audiencia número nueve, de fecha cuatro de enero de dos mil ocho –que resulta uniforme respecto de sus anteriores declaraciones, incluso, la depuesta en el Congreso de la República- en la que de forma coherente, detallada y circunstanciada, relata el modo en que ilegalmente fue privado de su libertad en la madrugada del día seis de abril de mil novecientos noventa y dos y trasladado a los calabozos del Servicio de Inteligencia del Ejército.



ii) Las declaraciones del coronel EP Pinto Cárdenas, jefe del SIE, quien admitió que recibió órdenes escritas del general EP Hermoza Ríos para que cumplan las disposiciones sobre detenciones, además testifica que efectivamente el agraviado Gorriti Ellenbogen ingresó a sus instalaciones como detenido.

iii) Lo depuesto por el general PNP Antonio Ketín Vidal Herrera, quien sostuvo que visitó al agraviado en las instalaciones policiales de la DIRSEG, cuando aún estuvo privado de su libertad –pocas horas después fue liberado .

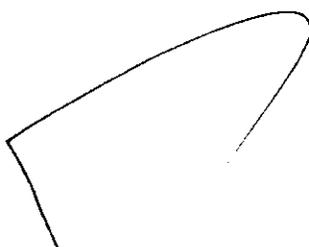
iv) La testifical del periodista Iván Umberto Jara Flores, quien narró que la esposa del agraviado lo puso en conocimiento de la detención de Gorriti Ellenbogen por medio de una llamada telefónica en la que le pidió difundir el ilícito a través de los medios de comunicación de alcance masivo.



v) La declaración de Merino Bartet corrobora de forma indiciaria las apreciaciones del agraviado Gorriti Ellenbogen respecto a la calidad de los integrantes de uno de los grupos que lo detuvieron: miembros del Servicio de Inteligencia del Estado. Pues acotó que el día de los hechos pudo advertir la formación de efectivos militares de inteligencia –con uniformes de campaña– para la ejecución de diversas tareas a propósito del golpe de Estado, dirigidos por Montesinos.



vi) Siete artículos periodísticos que informan de la detención del agraviado y otros ciudadanos con motivo de la instauración del “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, el día cinco de abril de mil novecientos noventa y dos.

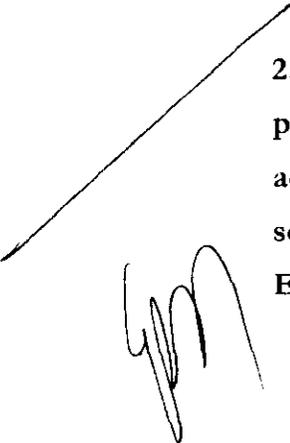


En suma, no se abriga duda alguna de la real sucesión de los hechos, esto es, que dentro de un marco de violencia estatal por vulneración del Orden Constitucional - autogolpe de Estado del cinco de abril de mil novecientos



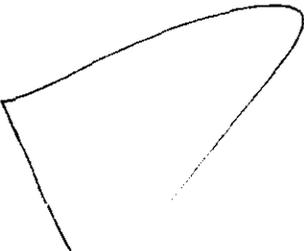
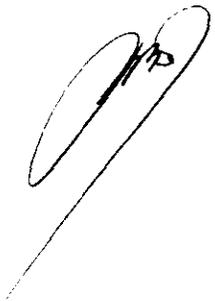
noventa y dos- funcionarios públicos del Estado – hombres de armas y miembros de inteligencia-, a través de una operación militar, ubicaron el paradero del agraviado, lo vigilaron, allanaron su domicilio por la madrugada, lo capturaron contra su voluntad, le sustrajeron su computadora y documentos, y lo trasladaron a los calabozos del SIE donde lo mantuvieron por más de veinticuatro horas, todo sin orden judicial o mandato legal alguno.

2. Los agravios de causa de nulidad en la condena por delito de secuestro en el caso de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen.

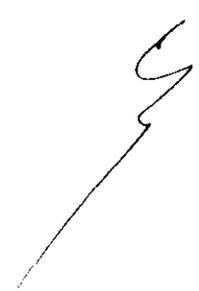


2.1 Violación de la garantía de legalidad procesal, al condenar al imputado por secuestro agravado a pesar de haberse producido la prescripción de la acción penal, fundamento que expone tanto en el caso del delito de secuestro calificado por trato cruel en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, como en el caso del agraviado, Samuel Dyer Ampudia.

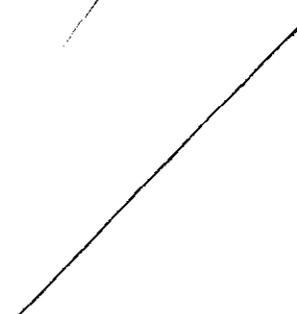
i) Acerca de la Acción Penal



La acción penal es el poder jurídico cuyo ejercicio, a través de una puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, por el cual se solicita la apertura y la aprobación formal del proceso penal, hace surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante una resolución motivada, encontrándose así consagrado como un derecho de carácter procesal en la Constitución Política del Estado, en su artículo ciento treinta y nueve, inciso tres, al prever el “*derecho a la tutela jurisdiccional*”. Podemos señalar también que este mecanismo por el cual se pone en actividad el órgano jurisdiccional nace de la necesidad de garantizar la imparcialidad del Juzgador, que por lo demás, impide a éste que actúe de oficio, sino contrariamente a ello, a instancia o a iniciativa de las partes procesales, no obstante ello, el orden jurisdiccional penal nacional, dispone que es el Ministerio Público quien tiene reservado el monopolio del ejercicio de la



acción penal en los delitos públicos a través de la denuncia formalizada al ponerla en conocimiento del Juez Penal, mientras que en los delitos privados se ejerce a través de la querrela o de la denuncia formulada directamente por el agraviado o su representante legal.



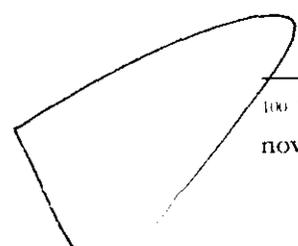
Sin embargo, este poder jurídico no es ilimitado en el tiempo, sino que está restringido también por la propia norma procesal penal, puesto que "... la ley reconoce varias razones que permiten extinguir la acción penal, en cuya virtud el Estado autolimita su potestad punitiva. Pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tiene como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones de carácter socio político o de Estado (amnistía)"¹⁰⁰; así el artículo setenta y ocho del Código Penal, reconoce cuatro supuestos de extinción de la acción penal, sin interesar la naturaleza pública o privada o si es o no renunciable, entre estos se encuentran: **i)** la muerte del imputado; **ii)** la prescripción, **iii)** la amnistía; y **iv)** la cosa juzgada.



ii) Acerca de los alcances de la prescripción de la acción penal



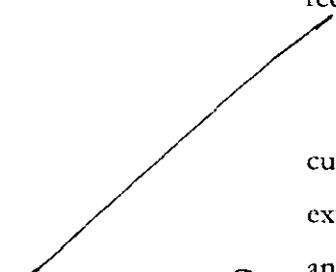
La prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en que la acción del tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ésta, esto es, mediante este recurso técnico de defensa se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal, y con el, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado, sustentado sobre todo, en que pasado cierto tiempo, se elimine la incertidumbre jurídica, y siempre y cuando se cumpla con las reglas establecidas para tal efecto por la norma penal sustantiva.



¹⁰⁰ Vid., VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". Editorial San Marcos; Lima mil novecientos noventa y ocho, página cuatrocientos noventa y siete.



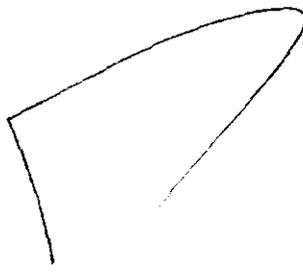
El artículo ochenta y tres del Código Penal dispone las circunstancias en que se interrumpe la prescripción de la acción penal, entre ellas las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, obviamente, realizando una interpretación extensiva de dicho mandato judicial, lo constituirían también la inmunidad presidencial, el antejuicio constitucional, la extradición y la declaración de contumacia conforme lo dispone el artículo primero de la Ley número veintiséis mil seiscientos cuarenta y uno, cuya constitucionalidad ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.



Cabe precisar, que la suspensión de la prescripción de la acción penal, por el cual, la iniciación o continuación del plazo legal para perseguir el delito, experimenta un detenimiento; esto es, 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 ley. Por ello, podemos sostener que tres son los supuestos en los que podría darse esta institución procesal: *a).*- que sólo suspende un intervalo del tiempo que es el coincidente al impedimento o asunto procesal, el mismo que no se computa para los plazos de prescripción; *b).*- 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; y *c).*- el impedimento, debe estar previsto en el derecho positivo.



iii) Sobre la Inmunidad Presidencial

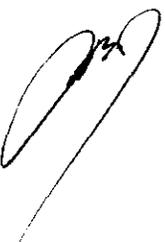


La Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, artículo ciento diecisiete, prevé –como también lo hacía la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, artículo doscientos diez – una condición de procedibilidad “...que no es sino aquella causa que condiciona el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla, es un requisito de

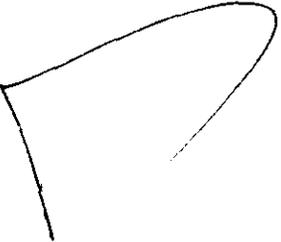
admisibilidad o perseguibilidad, que no tiene ninguna relación con la verdad o falsedad de la imputación, ni con los elementos de tipicidad.



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 como medio de defensa que puede concretarse como una cuestión previa, destinada a neutralizar la acción penal e impedir la continuación del proceso iniciado...¹⁰¹, 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 temporal, en tanto no alcanza a todos los delitos y su duración y vigencia coinciden con el período presidencial, luego del cual podrá ser perseguido y juzgado, así tanto la doctrina constitucional como la doctrina penal coinciden en señalar que esta constituye una obstrucción temporal contra la persecución penal de la criminalidad gubernamental, pues terminado el mandato presidencial, queda expedita la acción para perseguir al ex-Presidente por los delitos que hubiera cometido durante su período, sin que el tiempo transcurrido pueda computarse para los efectos de la prescripción, consecuentemente, el argumento fáctico del Tribunal Juzgador resulta correcto, pues no se puede computar 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 número cero cero nueve –dos mil - CR, del veintiuno de



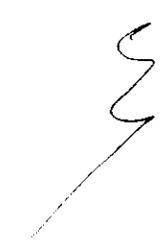
¹⁰¹ Vid., CATAFORA GONZÁLES, Manuel. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Rodhas. Lima, mil novecientos noventa y seis, página doscientos diez.

noviembre de dos mil, publicada en el diario oficial El Peruano, el veintidós del mismo mes y año.

iv) Los efectos de la Ley número veintiséis mil seiscientos cuarenta y uno o Ley de Ausencia y Contumacia

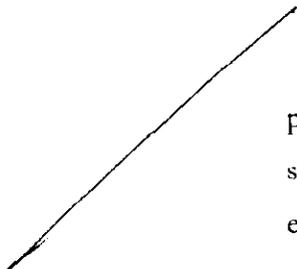
La Ley número veintiséis mil seiscientos cuarenta y uno, de fecha veintiséis de junio de mil novecientos noventa y seis, dispone que la situación jurídica de contumacia y ausencia es una causal de interrupción de los términos de prescripción, es así que del examen de los actuados se observa que por auto de fecha veintiséis de julio de dos mil seis, de fojas veintiún mil novecientos ochenta y tres, confirmado por Ejecutoria Suprema de fecha catorce de noviembre del mismo año, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de fojas ciento diez del cuadernillo de nulidad, se declaró suspendido el plazo de prescripción de la acción penal incoada contra Alberto Fujimori Fujimori, desde el quince de abril de dos mil cuatro, fecha que se le declaró como contumaz, hasta su puesta a disposición ante las autoridades peruanas, el veintidós de septiembre de dos mil siete, mediante acta de entrega de fojas veintidós mil ciento setenta.

Sobre este último extremo, la Corte Suprema de Justicia de la República, ha dejado establecido en Acuerdo Plenario número cinco – dos mil seis / CJ – ciento dieciséis, de fecha trece de octubre de dos mil seis – Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, que la declaración de contumacia requiere de una resolución judicial motivada que declare dicho estado procesal del imputado, pues *“... lo relevante de ambas instituciones: contumacia y ausencia, de configuración legal a las que se anudan variados efectos procesales que incluso entrañan una intensificación de las medidas de coerción personal, es que se requiere de una resolución judicial motivada que declare el estado de ausencia o contumacia del imputado, la cual importa una verdadera obligación judicial que habrá de dictarse cuando se*



cumplan escrupulosamente los presupuestos materiales estipulados por la ley procesal, y que a su vez se erige en condición necesaria para dictar las medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado” (segundo párrafo del considerando octavo del Acuerdo Plenario número cinco – dos mil seis / CJ ciento dieciséis), por ende, una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado del ausente, en cualquier etapa del proceso, instrucción, intermedia o juicio oral.

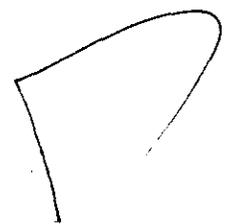
v) El Antejudio Político como causal de suspensión del plazo prescriptorio.



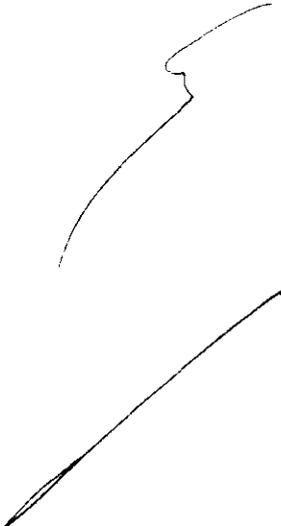
En el presente caso, se ha producido otra causal de suspensión de la prescripción de la acción penal, correspondiente al antejudio político, que no es sino una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, evitando así ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos 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 Poder Legislativo, por ende, debe considerarse el procedimiento del antejudio 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 veinticuatro de junio de dos mil dos, interpuesta por los congresistas Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros, razón por el que el período de duración de este procedimiento no es computable para los plazos prescriptivos de la acción penal.



vi) El Procedimiento de Extradición como causal de suspensión del plazo de prescripción



El procedimiento de extradición por su propia naturaleza impide el inicio o la continuación de un proceso penal y debe ser resuelto en otro, distinto a aquél en el que se pretende la aplicación de *ius puniendi* del Estado; que del examen de los actuados se advierte claramente que el Tribunal Juzgador, en virtud de la solicitud



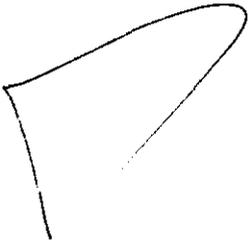
formulada por la Procuraduría Pública de Estado de fojas veinte mil cuatrocientos cuarenta y cuatro a folio veinte mil cuatrocientos cincuenta y tres, con fecha veintidós de noviembre de dos mil cinco, emitió el auto de requerimiento de extradición de fojas veinte mil quinientos cincuenta y cuatro a folio veinte mil quinientos cincuenta y nueve, que fue aceptado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en su Ejecutoria de fecha dieciséis de diciembre de dos mil cinco, y luego, por el Poder Ejecutivo –*Ministerio de Justicia*– en la Resolución Suprema número doscientos setenta – dos mil cinco - JUS, publicada en el diario oficial El Peruano, el veinticuatro de diciembre de dos mil cinco. El procedimiento de extradición culminó con la sentencia en sede de apelación y última instancia de la Corte Suprema de Chile, de fecha veintiuno de septiembre de dos mil siete, 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 materia del recurso de nulidad. Este lapso comprendido entre el inicio y el término del procedimiento de extradición tampoco puede ser computable para los efectos de los plazos de prescripción de la acción penal.

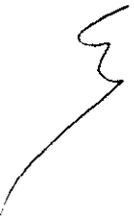


vii) Efectos del delito de secuestro para el cómputo del plazo de prescripción.

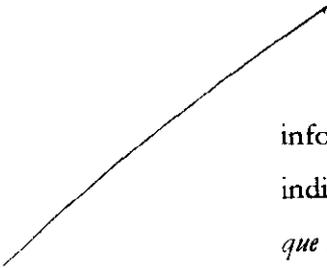


El secuestro es un delito permanente, cuyo plazo de prescripción, a tenor de lo dispuesto en el inciso cuatro del artículo ochenta y dos del Código Penal, empieza desde el momento que cesó la permanencia, en el caso de autos, desde el seis de abril de mil novecientos noventa y dos (*secuestro de Gorriti Ellenbogen*) y cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos (*secuestro de Dyer Ampudia*); que a ello debe adicionarse, que el plazo de prescripción aplicable es el extraordinario cuyo cómputo, deducible de la pena conminada en el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal –*norma original*–, exige veinte años desde la comisión de los hechos.

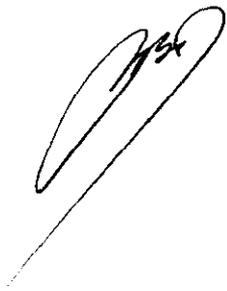




Las consideraciones antes anotadas sobre las causales de interrupción del cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal, aplicables todas ellas al caso en concreto nos llevan a colegir, que a criterio de este Supremo Tribunal la acción penal no ha prescrito y que por tanto, no existe violación de la garantía de la legalidad procesal como lo plantea el abogado recurrente, en el caso del delito de secuestro agravado en perjuicio de Gustavo Gorriti Ellenbogen, así como en el caso del agraviado Samuel Dyer Ampudia.

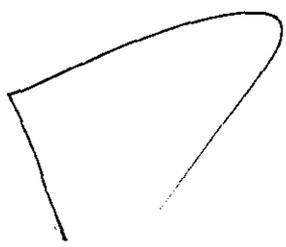


No podemos dejar de merituar que el abogado de la defensa al dar inicio a su informe oral de fecha veinticuatro de noviembre del presente año, textualmente indicó “... *debo comenzar por hacer una reorganización de mi defensa, en clara demostración que no busco que nadie se pierda, por ejemplo, debo señalarle al Tribunal, que retiramos nuestra pretensión de prescripción de la acción penal, por que analizado el caso y luego de las reflexiones que han generado mis contrapartes, ni siquiera aún en los supuestos de secuestro básico o abuso de autoridad donde entiende debería configurarse el hecho imputado, ni siquiera con esos supuestos típicos se alcanzaría la prescripción por las distintas causas de suspensión del plazo de prescripción, por tal razón, retiramos este extremo de nuestra pretensión anulatoria*”.



Que, en dicho contexto, y toda vez, que la idea del agravio o perjuicio que alega el impugnante ha de entenderse como base objetiva del recurso, a la vez que obra como presupuesto del mismo, habiendo mencionado el abogado defensor del procesado que retira este extremo de su pretensión, es de inferirse que ahora no existe *thema decidendum* sobre el cual este Colegiado Supremo resolutivamente pueda emitir pronunciamiento, relevándolo de realizar mayores comentarios al respecto.

2.2. Violación de la garantía de legalidad procesal por falta de tipicidad.



2.2.1. Atipicidad por imposibilidad de lesión al bien jurídico por suspensión de las garantías a la libertad personal, como causal de

nulidad, tanto, en el caso del delito de secuestro calificado por trato cruel en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen como en agravio del empresario Samuel Dyer Ampudia.

El régimen de excepción consiste en la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos constitucionales, otorgando poderes extraordinarios al Poder Ejecutivo para que pueda tener un mejor y enérgico control de la paz y del orden interno, ya que estos regímenes se aplican en circunstancias graves de intranquilidad, conflicto interno o de catástrofes naturales que puedan conducir a la alteración del desenvolvimiento normal de la sociedad.

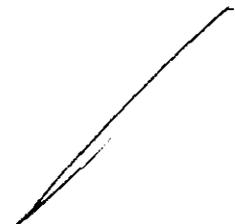
Al presentarse estas situaciones el Poder Legislativo debe ser informado de manera inmediata, para que éste en ejercicio de la representación popular, tome las medidas pertinentes, en realidad, podríamos afirmar que se trata de una constitucionalización de una forma de dictadura temporal para hacer frente a situaciones sociales, naturales y políticas realmente graves. Cabe precisar, que el ejercicio de los procesos constitucionales de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a los que se refiere el artículo ciento treinta y siete de la Constitución Política del Estado.

Dentro del régimen de excepción podemos encontrar dos clases, estas son: el Estado de Emergencia y el Estado de Sitio.

El Estado de Emergencia se da en el caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, solamente en estas eventualidades pueden restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y a la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, y la libertad de reunión y tránsito en el territorio comprendidos en los incisos nueve, once y



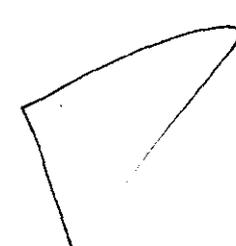
doce del artículo segundo y en el inciso vigésimo cuarto, apartado “F” del mismo artículo, el plazo de dicho estado excepcional no puede exceder a sesenta días conforme lo dispone el inciso primero del artículo ciento treinta y siete de la Constitución Política del Estado, lo cual quiere decir que las personas pueden ser detenidas, prohibidas de viajar, impedidas de reunirse en lugares públicos o privados y que las autoridades puedan allanar los domicilios sin presentar una orden judicial como se debería hacer normalmente.



Contrariamente a ello, el Estado de Sitio se da en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende, dándose este en un plazo que no puede exceder los cuarenta y cinco días según lo dispone el inciso segundo del artículo ciento treinta y siete de la Constitución Política del Estado. Aquí se suprimen todos los derechos constitucionales, salvo los que se dicen expresamente que no serán suprimidos.



Los Estados de Excepción, son una medida extrema y entran en conflicto con el propio sustento del Estado de Derecho, por lo cual la normatividad de una situación tal exige características especiales, es por tal motivo, que tanto la Constitución vigente desde mil novecientos noventa y tres como la de mil novecientos setenta y nueve, vigente en la fecha en que acontecieron los hechos materia de acusación, prescribe una normatividad extraordinaria que obviamente regula las posibilidades, límites y alcances a los Estados de Excepción por una parte, y por otra, regula la protección a los derechos fundamentales, incluso en estas eventuales circunstancias.



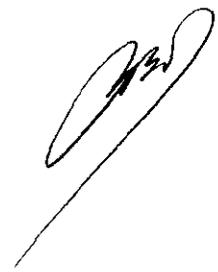
Al referirnos a los regímenes o Estados de Excepción, es necesario precisar y diferenciar dos sentidos, uno en sentido amplio, que se refiere a la



contravención, total y absoluta, del Estado de Derecho utilizado usualmente por los gobiernos de facto y que por cierto, resulta ilegal, pues necesariamente vulnera la Constitución Política; y el otro sentido, restringido, correspondiente a la modificación y restricción de determinados derechos fundamentales, empero mediante el uso de determinados mecanismos cuya naturaleza corresponden a un Estado Constitucional de Derecho, que no corresponde, ni se adecúa al caso concreto; asimismo, en el denominado sentido restringido, también existen dos posiciones en la doctrina para definir los Estados de Excepción: una primera, que totaliza en estos términos todas las situaciones en las cuales se modifican algunos mecanismos del Estado de Derecho; y la segunda, que restringe la definición a lo que se conoce como la suspensión de derechos o suspensión de garantías, que no es sino la desprotección de derechos ante una emergencia que afecta el orden político o social.



La primera posición es exclusiva del Derecho Constitucional y nos permite entender la dinámica de los Estados de Excepción. La segunda posición es común del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual la protección y respeto a la persona adquiere mayor rigor, sin embargo, ninguna de estas resulta de aplicación para el caso del procesado recurrente, toda vez, que desde el momento en que decidió encabezar un golpe de Estado, tomando el control de todas las instituciones y organismos del Estado, estableciendo lo que denominó Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, no podemos considerar una suspensión normal de la garantía de la libertad personal dentro del marco constitucional, puesto que, la misma había sido vulnerada.



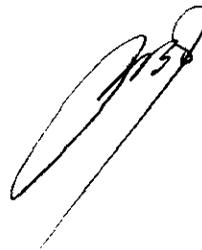
Por lo demás, aún en estas situaciones estos regímenes se rigen bajo el principio de necesidad, esto es, los Estados de Excepción solamente pueden establecerse ante una situación objetiva de suma gravedad, circunstancia que



no se había dado en el caso de autos, ni en el caso del agraviado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, ni en el caso del Samuel Dyer Ampudia, puesto que, la interrupción del régimen democrático tuvo evidentemente fines políticos, de perpetuación en el cargo, por lo que, no puede invocar el recurrente la valoración de los hechos dentro de un Estado de Emergencia, pues como es de conocimiento público, este se llevó a cabo dentro de un golpe de Estado, manifiestamente cuestionable al ser contrario al Estado Constitucional de Derecho.

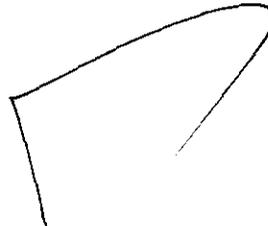


Aún cuando sucede una circunstancia distinta respecto al agraviado Samuel Dyer Ampudia, empero, referido a que los hechos en su perjuicio ocurrieron el veintisiete de julio de mil novecientos noventa y dos, data distinta a la privación ilegal de la libertad del agraviado Gorriti Ellenbogen, no podemos dejar de hacer mención que en el caso de Dyer Ampudia su privación de la libertad fue injustificada y tampoco estuvo sustentada en alteración del orden público o conmoción interna, ni mucho menos estuvo ajustada a los principios que regulan este tipo de restricciones a la garantía de libertad personal, esto es, de proporcionalidad, razonabilidad y temporalidad.

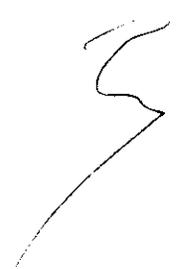


2.2.2 Violación de la garantía de legalidad penal por atipicidad, por no verificación de la circunstancia agravante, trato cruel a la víctima, tanto, en el extremo del agraviado Gustavo Andrés Gorriti Ellebogen como en el caso del agraviado Samuel Dyer Ampudia.

Sobre los alcances del delito de secuestro



El tipo penal protege la libertad de movimiento, entendida esta como la privación de la facultad de poder dirigirse al lugar que quiera o compelido a encaminarse a donde no desea ir o en su defecto como el confinamiento en un lugar cerrado, por ello, la consumación del delito de secuestro se produce

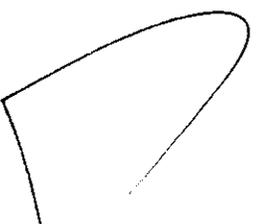


cuando el sujeto queda privado de su libertad para movilizarse, ya sea mediante violencia, amenaza o engaño, requiriendo necesariamente el dolo o conocimiento y voluntad de impedir el ejercicio de la libertad ambulatoria, sin que mediara para ello motivo de justificación o propósito. El fundamento de la punibilidad del delito de secuestro está en el menoscabo de la libertad corporal, siendo esencial la concurrencia del elemento subjetivo, esto es, que el agente se haya conducido con la intención específica de tomar a la víctima y afectar su libertad personal.

Trato Cruel



De otro lado, se define 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 ambulatoria, 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, 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 sufrimiento, esto quiere decir, que es un agregado que debe verificarse adicionalmente a la privación de la libertad y que, al igual como se manifiesta en otros delitos, justifica un mayor injusto penal o una mayor culpabilidad o ambos; 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.



En puridad, el asunto materia de controversia a dilucidar en el caso *subjudice*, corresponde a la circunstancia agravante de trato cruel, que a criterio del abogado recurrente no se habría verificado en autos.

El delito de secuestro tutela, como **bien jurídico** o **interés protegido**, el derecho subjetivo de la libertad ambulatoria o libertad de movimiento, es decir, la facultad de obrar concedida a las personas de manera normativa (*facultas agendi*)¹⁰²; que puede ser ejercido por aquellas para poder fijar libremente su situación en el espacio^{103 104}. La determinación de aquél permitirá delimitar – junto al rol impuesto a una persona en alguna posición – la tipicidad y la materialidad típica del delito, así pues, desde el **aspecto objetivamente típico**, exige que el sujeto activo prive, sin motivo alguno, ni facultad justificada para ello, la libertad de la víctima, interrumpiendo de esa manera su derecho subjetivo a movilizarse, debiendo entenderse a esta – fundamento de la **materialidad típica** – como la facultad de decidir el lugar donde quiere estar o no estar, aún cuando se le deje cierto ámbito de desplazamiento que la víctima no puede físicamente traspasar, configurándose el delito precisamente por la existencia de los límites

¹⁰² El derecho subjetivo es una facultad de obrar normativamente concedida a los sujetos, es una *facultas agendi*, constituye la principal y más conocida de las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja (...) es en realidad un esquema conductual abstractamente diseñado y jurídicamente garantizado; es decir, una posibilidad o más exactamente, una facultad de obrar normativamente concedida a los sujetos. CASTRO TRIGOSO, Nelwin. *¿El Contrato sólo crea Obligaciones? A propósito de los Trabajos de Reforma del Código Civil*. En: Revista CÁTEDRA DISCERE; Año V; número ocho y nueve, años dos mil cuatro, página doscientos trece. Para una mayor precisión y evolución del derecho subjetivo. ESCOBAR Rozas, Freddy. "El Derecho Subjetivo". En: Revista IUS ET VERITAS; Año IX; número dieciséis.

¹⁰³ Vid., PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal – Parte Especial, Tomo I, Ediciones jurídicas, Lima, mil novecientos noventa y dos, página cuatrocientos setenta y nueve. / VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal – Parte Especial, Tomo IB, Editorial San Marcos, Lima, mil novecientos noventa y ocho, página ciento doce.

¹⁰⁴ Vid., SERGIO POLITOFF, L.; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2da edición. Editorial Jurídica de Chile, Chile, dos mil cuatro, página doscientos uno.

impeditivos¹⁰⁵. Se busca entonces, contrarrestar aquellas conductas que de manera ilegal interrumpen o violan el derecho subjetivo de la libertad de una persona, suponiendo una imposición no justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación.

Conforme al dictamen acusatorio, formulado por el Fiscal Superior, y de acuerdo a lo que es materia de impugnación, observamos que se imputa al encausado Fujimori Fujimori el delito de secuestro con la agravante comprendida en el inciso 1 del artículo 152 del Código Penal, esto es, secuestro con trato cruel. El trato cruel o la expresión crueldad se individualiza en el Código Penal de 1991 hasta en tres tipos penales diferentes, así pues, lo ubicamos en los artículos 108 – asesinato -, 177 – violación sexual – y 152 – secuestro -; sin embargo, no se puede efectuar un análisis del trato cruel del mismo modo respecto a los delitos referidos, es decir, si bien el trato cruel tiene el mismo contenido material para esos delitos, no obstante, su intensidad o forma de presentación no es similar, puesto que las conductas realizadas en cada una de ellas difieren una de la otra.

En ese sentido, el trato cruel es uno solo, no existe trato cruel del delito de secuestro, trato cruel del delito de homicidio calificado y trato cruel del delito de violación sexual, sino el trato cruel se presenta en cada uno con mayor intensidad o menor intensidad dependiendo de la acción realizada en cada uno de los delitos.

Desde esa perspectiva, por la forma (acción) como se realiza el delito de secuestro – privar de la libertad ambulatoria – el trato cruel se presenta con

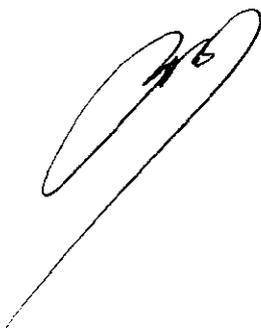
¹⁰⁵ Vid., ROY FREYRE, Luis Eduardo. Derecho Penal Peruano – Parte Especial, Tomo II, Editorial EDDILI, Lima, mil novecientos ochenta y seis, página doscientos sesenta y seis. /



menor intensidad que el delito de homicidio calificado – pues la producción de una muerte de manera dolosa, de por sí ya constituye un trato cruel -. De otro lado, podemos llegar a esa conclusión, también, porque la gran crueldad referida en los delitos de asesinato y violación sexual se corresponden directamente con actos destinados a producir lesiones físicas, las cuales, en el caso del tipo penal de secuestro, se subsumen en el tipo penal simple y también en el agravado, dando cabida por tanto al trato cruel por medio de conductas que afecten psicológicamente a la víctima, de ahí la diferencia, puesto que el derecho subjetivo de la libertad – ambulatoria – puede ser vulnerado de manera distinta y por medios disímiles respecto al derecho a la vida, el cuerpo, la salud y el derecho a la libertad sexual.



Definimos a la cualificante de “trato cruel”, como la circunstancia física, psíquica o moral que debe ser apreciada normativamente, debiendo tomarse como referencia, entre otros, al comportamiento del agente, en sus aspectos objetivos y subjetivos: incorporando otras conductas innecesarias contra la víctima, fuera de aquellos que configuran el secuestro; es decir, además de la pura restricción de la libertad ambulatoria se necesita la asunción del agente de la innecesariedad de su acción plus y el carácter deliberado del exceso de ocasionar padecimientos innecesarios a la víctima.

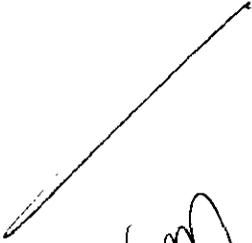


El trato cruel es una circunstancia agravante que requiere un plus frente a toda conducta que entrañe privación ilegal de la libertad de una persona y que puede ser definida como aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento pero que por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se pueda calificar de tortura ni lesiones.

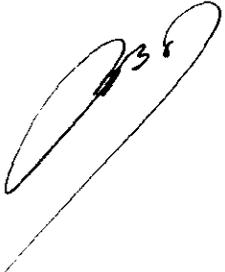
MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, 12º edición, Tirant to blanch, Valencia, mil novecientos noventa y nueve, página ciento sesenta y ocho..



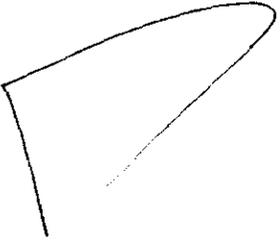
En ese sentido, la crueldad, requiere siempre de dos elementos: uno objetivo, que se manifiesta en la innecesariedad de padecimiento y otro subjetivo, que es el propósito o ánimo del agente de querer causar dolores innecesarios a la víctima. Ambos deben concurrir y ser debidamente valorados para determinar la configuración de la crueldad o cualquiera de sus formas, como lo es la agravante del secuestro, trato cruel¹⁰⁶.



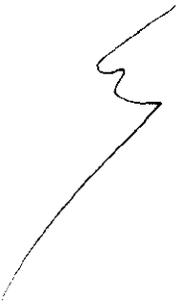
Sintetizando, el trato cruel debe ser concebido como aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento pero que por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se pueda calificar de tortura ni de lesiones. La gravedad y dañosidad, siguiendo la jurisprudencia internacional, se matizan a partir de factores endógenos y exógenos del caso concreto. Sin embargo, la confluencia de esos factores endógenos y exógenos no deben ser analizados únicamente desde la óptica de la víctima, como lo ha realizado el Fiscal Supremo, sino, a través de un estándar objetivo, estableciendo qué tipos de conducta constituirían trato cruel para una víctima estándar; de esa manera, a pesar de no haber causado daño psicológico a la víctima, si se presentaron circunstancias concretas que son innecesarias para realizar el secuestro – las cuales ya fueron delimitadas por tribunales internacionales – entonces se configurará la agravante del trato cruel.



Este razonamiento implica realizar un análisis ex ante al resultado de la agravante, es decir, observar si la conducta plus de por sí – para una víctima estándar – constituye trato cruel, generándose así una línea única de sanción, estandarizando las acciones y creando por tanto criterios jurisprudenciales más lineales e igualitarios. Además, trato cruel lo es no por lo que la víctima en concreto sienta – física o psicológicamente – sino por el **trato en sí**, por el plus, el extra comportamiento que ya ha sido catalogado como tal por



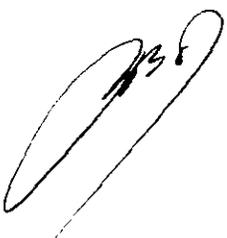
¹⁰⁶ ROY FREYRE, op., cit., pp. 125-153.



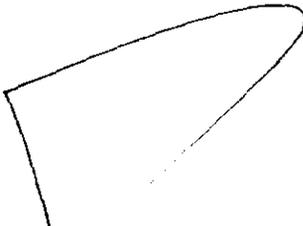
referencia de un estándar establecido en la ley y en la jurisprudencia nacional e internacional, lo que permitirá delimitar mejor el rol de persona para no cometer el tipo penal de secuestro agravado e imputarlo objetivamente; de esa manera, se evita la no punibilidad en situaciones donde tengamos a un agraviado fuerte -que por diversas experiencias suyas le parezcan normal la situación que está viviendo- así como la excesiva punibilidad cuando el agraviado sea débil, de tal forma que la conducta básica del secuestro de por sí le produzca un grave daño psicológico, catalogándola como trato cruel por dicha producción.



Lo afirmado líneas arriba surge de los testimonios recibidos y glosados a continuación. En efecto, emerge que los agentes armados - secuestradores actuaban bajo los designios de un gobierno de facto, ejecutaron la privación de libertad de manera clandestina, permaneciendo los detenidos bajo el control y disposición del grupo que los secuestró, conforme queda evidenciado de las siguientes declaraciones:



Respecto al agraviado Gustavo Gorriti Ellenbogen, conforme a su declaración brindada en el Juicio Oral, en la sesión de audiencia número nueve, de fecha cuatro de enero de dos mil ocho, señaló que *"(...) después de haber llamado al diario "El País" indicando que era muy probable que no pudiera terminar la crónica sobre el golpe de estado, que estaba escribiendo en ese momento, porque temía ser arrestado, se puso a escribir la nota en la computadora alrededor de las tres la madrugada, hora en la que escucho que tocaban la puerta, se acercó a ella y del otro lado pudo sentir la presencia de mucha gente por el movimiento de zapatos en el suelo, mucha tensión y una persona con la voz tensa le dijo que eran de "Seguridad del Estado" y que venían a hablar con él, trató de cambiar la voz y le dijo que iba a despertar, se fue rápidamente a su oficina de estudio para llamar por teléfono y observó desde allí a un hombre parado en su pared externa con un AK cuarenta y siete, una AKM; asimismo, dentro del jardín a dos personas avanzando agachados, agazapados por los arbustos con*





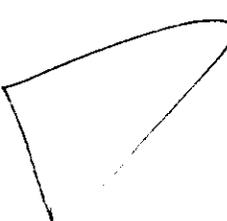
pistolas en la mano, decidió salir al jardín y uno se acercó a manifestarle que eran de "Seguridad del Estado" y que tenía que acompañarlos, en el momento le pidió que se identificara y que le diera la orden para ser llevado a Seguridad del Estado, a lo que le respondió que no tenía que enseñarle nada, que no tenía ningún papel y que lo acompañara, puesto que tenían otros métodos (...) en tanto hubo golpes fuertes de puño sobre la puerta y uno de los que había ingresado agazapado por los arbustos – que tenía el porte de los agentes de inteligencia - abrió la puerta del garaje y entraron como once o trece personas con un tipo diferente que hasta el momento habían ingresado, el típico porte de oficiales del Ejército, casi todos armados con las metralletas HK, recortadas o cortas, que entonces estaban de moda contra la gente dedicada a seguridad y que había sido el arma que se utilizó en la masacre "Barrios Altos", perpetrado por el grupo conocido – después – como "Colina" (fojas 28935 y 28936)".



De igual manera, refirió que "el líder del grupo de personas que ingresaron después le dijo que lo acompañasen de una vez porque **tenían otros métodos**, en ese momento, otros de los que había ingresando pasó por su lado buscando ingresar a la casa y meterse a su estudio, apartándola a su esposa con su mano, no obstante ella reaccionó empujándolo, **retrocedió el hombre y hubo una fuerte reacción**, el declarante retrocedió y se interpuso entre los dos diciéndoles, **si han venido a asesinar háganlo de una vez** y para que tanta cosa, en tanto los otros se habían puesto como en guardia y **pensó en ese momento que era muy probable de que ahí terminaba todo** (fojas 28936)."

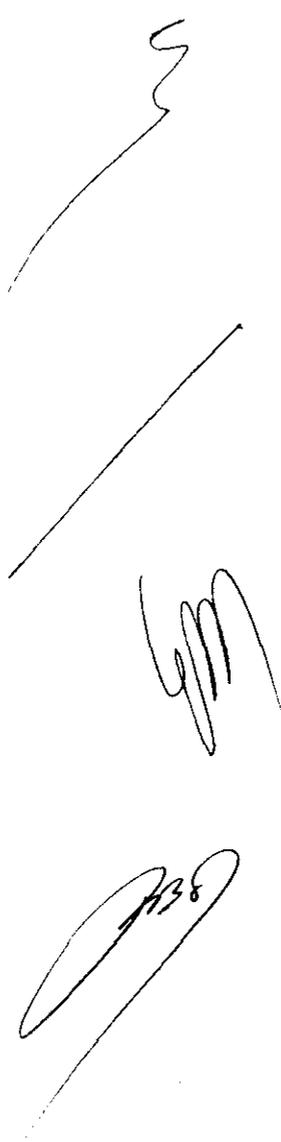


Señaló que "cuando salieron de su casa pudo ver dos cosas, primero en la puerta estaba estacionada una camioneta Jeep Cherokee de las que habían sido donadas recientemente por la CIA al SIN para la supuesta lucha antidrogas y además vio que **varios soldados uniformados** estaban subiendo en transporte de tropa para retirarse, enterándose después que ellos habían hecho un perímetro para facilitar la labor de las personas que entraron a su casa (...) ya cuando había subido a la camioneta se percató que los presuntos agentes de inteligencia que lo acompañaban **tenían la manía de jugar con el cerrojo de sus armas** (fojas 2893)".

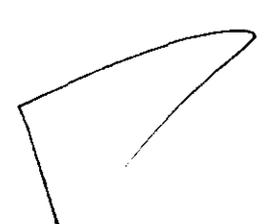


También, señaló que "cuando lo condujeron a los sótanos del SIE, **un oficial le dijo, bueno esto no es un hotel pero es lo que tengo, acá se va a quedar usted, y voy a rezar por usted**, entonces le dijo

que en vez de rezar porque no llama usted a la Agencia EFE y solamente diga donde estoy bágalo de un teléfono público, el oficial lo miró y le dijo otra vez, voy a rezar por usted (fojas 28939)”.



Observamos, en el caso concreto, **desde la perspectiva objetiva**, que debemos destacar el comportamiento de los que ordenaron y ejecutaron el secuestro y de los custodios y autoridades que lo mantuvieron (oficiales y personal militar vinculados al aparato organizado de poder dirigido por Fujimori Fujimori), lo que constituye un plus del comportamiento agresivo conocido por los agentes activos y asumidos por los sujetos pasivos, puesto que la utilización de un gobierno inconstitucional de por sí genera desproporcionalidad en los actos ilícitos a ejecutar, a diferencia de una banda u organización criminal no gubernamental; estando premunidos de una vasta logística militar, también se expresó en la forma de la detención, en el caso de Gorriti Ellenbogen, con la presencia de un contingente militar, más de veinte personas, fuertemente armados y de ánimos alterados – incidente con la esposa de éste agraviado; en tanto, en el caso de Dyer Ampudia con la presencia de oficiales, funcionarios del Estado que no proporcionaron las razones específicas de su detención, lo que genera inseguridad e inestabilidad por falta de explicación razonable; en las características del traslado de los agraviados (en el de Gorriti Ellenbogen con rastillaje de armas, la no identificación de los ejecutores; esto último también en el caso de Dyer Ampudia, aunado al hecho de haber sido sedado), por el inicial aislamiento y los calificativos utilizados y en los anuncios de la severidad de las consecuencias (dirigirse por las buenas a efectos de no emplear “otros métodos”, “todo irá bien si colabora”, “rezaré por usted”), y en la ausencia de definición de sus situaciones jurídicas.



No cabe duda que el uso de frases provenientes de los secuestradores en el sentido de utilizar “otros métodos” genera en la víctima una implícita amenaza contra su integridad física, lo que origina un elevado sentimiento de

miedo e inseguridad; del mismo modo, la frase “rezaré por usted” puede ser perfectamente tomada como un mensaje subliminal de muerte, pues, por regla de la experiencia, se sabe que se reza por otra persona cuando generalmente está en peligro su vida, salud, o ha fallecido.

Cabe resaltar respecto a éste mismo agraviado que, cuando fue objeto de una aparatosa y desproporcionada intervención para su detención, éste se percató que las armas exhibidas eran metralletas HK recortadas, lo que le permitió darse cuenta que eran precisamente las armas que se utilizaron en la masacre de “Barrios Altos”, por lo que conforme a su dicho reflexionó para sus adentros **“acá está el escuadrón pollada”**, ya que todavía no se conocía la denominación del “Grupo Colina”, circunstancia que podía acrecentar su temor a la pérdida de su vida y de su familia, ya que justamente el antecedente de éste grupo de aniquilamiento no era precisamente el de simples policías dedicados a detener personas, sino más bien a exterminarlas.

Asimismo, respecto al agraviado Dyer Ampudia, cuando sus captores le ofrecieron a ayudarlo a escapar, pensó que era una trampa para asesinarlo o desaparecerlo, promesa equiparable a la muy conocida aplicación de la llamada **“Ley de la Fuga”**, donde a un prisionero se le ofrece la libertad no precisamente para que la obtenga, sino para justificar su muerte bajo el pretexto de que se trató de evitar su huída, y como éste agraviado conocía de esta costumbre, en el momento que se lo propusieron debe haberse incrementado innecesariamente su temor.

Específicamente, se resalta la calidad de los ejecutores materiales del secuestro: agentes públicos, así como los centros ilegales de privación de la libertad, en un contexto de alteración del orden constitucional y de un gobierno no democrático. No era pues la privación de libertad por parte de un particular, donde la expectativa de la intervención policial reside en la

víctima; sino que inversamente los agentes eran miembros de un ente estatal, que precisamente se agenciaron de los medios de esta, para ejecutar su acción ilícita, con lo que la expectativa natural de rescate de la víctima se retrae y contrariamente se justifica su aflicción.

Estos elementos eran innecesarios para realizar el secuestro y de por sí tienen entidad suficiente para causar daño psicológico a una víctima medio dentro del estándar, el cual viene justamente delimitado por las conductas expresadas por los tribunales nacionales e internacionales¹⁰⁷.

Y desde la perspectiva subjetiva los agentes –ejecutores materiales y autores mediatos– 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, conforme se representa con las acciones antes descritas.

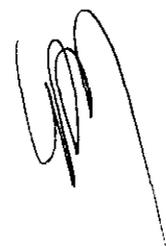
En ese sentido, debe reputarse que la Sala Penal Especial ha efectuado un correcto análisis dogmático – jurisprudencial al afirmar que las víctimas fueron objeto de “trato cruel”, en particular, tratándose de civiles en estado de indefensión.

La defensa técnica del encausado, en su informe oral, señaló que la sentencia recurrida tenía para el mismo “dos candados”, uno referido a la

¹⁰⁷ Los tribunales internacionales para calificar una conducta de cruel exigen una serie de características probadas como: el aislamiento prolongado - la incomunicación coactiva (CIDH - Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras), el internamiento en centros de detención y celdas reducidas e insalubres (CIDH - Caso Bámaca Velásquez), la intimidación por amenazas (CIDH - Caso “Niños de la Calle”), 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 (CIDH . Casos Loayza Tamayo vs Perú, y Castillo Petrucci vs Perú) 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.



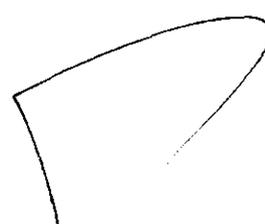
calificación de los hechos como delito contra la humanidad; y el otro como secuestro agravado, en alusión –en este último caso- a la imposibilidad de obtener eventuales beneficios penitenciarios, obviando que nuestro ordenamiento jurídico interno con la reciente promulgación de la Ley veintinueve mil cuatrocientos veintitrés, del catorce de octubre del año en curso, restablece beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo o la educación y liberación condicional a los condenados a pena temporal por el delito de secuestro y/ o extorsión sin que incluya prohibición alguna respecto a su modalidad, simple o agravada; en tanto se cumplan los supuestos previsto en el Código de Ejecución Penal.



2.2.3. Atipicidad por exceso en la participación de Vladimiro Montesinos Torres como causal de nulidad en el extremo de la condena del delito de secuestro calificado por trato cruel en el caso del agraviado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen.



La defensa pretende demostrar: una proposición negativa: “que Alberto Fujimori Fujimori no conocía y, por lo tanto, no planificó ni ordenó el secuestro del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen”, a través de la proposición positiva: “Vladimiro Montesinos Torres ordenó unilateralmente, y sin conocimiento de su patrocinado, la detención del mencionado agraviado. Precisamente, que se excedió en el encargo de la adopción de las medidas de seguridad de inmovilización e hizo detener por un móvil personal al periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen, cometiendo así un exceso cualitativo por la afectación de bienes jurídicos distintos por decisión unilateral.



Dicha alegación no es una novedad. Ésta fue válidamente ingresada por la defensa en la discusión plenarial, y mereció el rechazo por la Sala Penal Especial en la impugnada, cuya justificación es el objeto principal -de orden

probatorio- del agravio del recurrente (expuesto así en el numeral 1.3 de las conclusiones de su informe oral), proponiendo la defensa una diferente apreciación de la prueba indiciaria evaluada.

Para ello, el recurrente sostiene que la Sala Juzgadora construyó de forma incompleta la prueba indiciaria que le permitió concluir que el procesado Alberto Fujimori Fujimori planificó y ordenó el secuestro de Gustavo Gorriti Ellenbogen; al respecto, puntualiza:

- i) “que no se señaló la “regla de la experiencia” o “inferencia” que permite establecer el hecho presumido”;
- ii) “efectúa una interpretación de indicios contingentes distinta a la efectuada por la defensa, que demuestra la falta de univocidad de la prueba indiciaria”
- iii) el Colegiado Juzgador no explica como su interpretación del indicio rebate la testimonial del agraviado y el reportaje que señalan a Montesinos como autor de la detención y el móvil de venganza.

En tal virtud, la labor de este Supremo Tribunal en este extremo de los agravios reside en: **a)** Determinar la corrección o incorrección de la construcción de la prueba indiciaria desarrollada por la Sala Penal Especial. **b)** Reevaluar el contenido de los indicios que a este respecto expone el Tribunal de Instancia, para establecer la validez o invalidez de la interpretación arribada por la Sala, y en consecuencia la validez o invalidez de la expuesta por el recurrente.

Corresponde aclarar que la concreción de este agravio convierte en innecesario el desarrollo dogmático efectuado por el recurrente respecto al reconocimiento de la atipicidad penal por exceso en la participación criminal, tanto más si la Sala Penal Especial –y éste-, admite dicha tesis –no obstante no la considera verificada en el caso en concreto-, más allá que permite ubicar con claridad

la clase de exceso en la participación criminal que considera se verificó en autos.

i) **“que no se señaló la “regla de la experiencia” o “inferencia” que permite establecer el hecho presumido”;**

Para evaluar la validez formal del silogismo probatorio construido a partir de indicios por el Tribunal Penal Especial, y que conforman la premisa fáctica del delito imputado al procesado Alberto Fujimori Fujimori, atendemos en primer término a la supuesta incorrección formal advertida por el recurrente. Al respecto, consideramos que dicha alegación responde a una sesgada e incompleta evaluación de la valoración probatoria suficientemente expuesta por la Sala Penal Especial. En efecto, la defensa técnica sostiene su agravio únicamente en lo expuesto por el Tribunal de Instancia en el “Capítulo I de la Parte Tercera de la sentencia”, donde se desarrollan los Fundamentos Jurídicos; apartado en que, efectivamente, se plasman cinco datos relevantes sin las inferencias correspondientes, para contestar a la alegación de la defensa por exceso en la participación; sin embargo, ello es absolutamente justificado en la misma sentencia, en tanto, dicho acápite es de carácter remisivo a la evaluación de la prueba efectuada en el capítulo IX, (comienza afirmando “la prueba ya glosada da cuenta de ...”).

En dicho apartado se hallan los mismos datos indiciarios que junto a otros se encuentran adecuadamente ubicados y desarrollados de modo tal que las inferencias surgen de la propia lógica de la argumentación, cuyo nivel resulta válido para demostrar de manera ineluctable que Alberto Fujimori Fujimori planificó y ordenó –dentro de un marco de políticas consideradas necesarias para consolidar el golpe de estado del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos- conjuntamente con su ex asesor Vladimiro

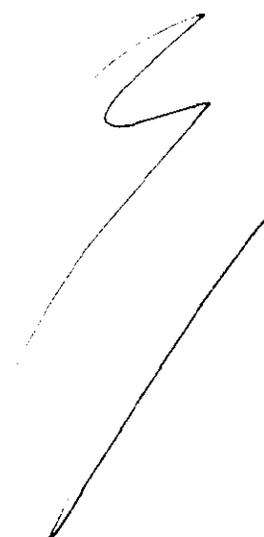
Montesinos Torres, que personal del Ejército prive ilegalmente de su libertad al periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen.

Importa indicar que el recurrente no cuestionó la veracidad de los indicios plasmados por la Sala Penal Especial -desde un aspecto probatorio-, relegándose sólo a cuestionar lo indicado.

Al respecto debe considerarse, como señala María Gascón Abellán que *“Un enunciado fáctico justificado (una prueba) puede ser una de las razones para justificar otro enunciado fáctico; es decir, puede ser usado después como enunciado probatorio para probar (justificar) otro enunciado. Desde otra perspectiva: en la justificación de un enunciado intervienen otros enunciados (ya) justificados. En el contexto judicial, la justificación que interesa es la del enunciado fáctico sobre el hecho principal; o sea, el que pone fin al procedimiento probatorio. Pero como en la justificación de ese enunciado pueden intervenir numerosos enunciados que deben, a su vez, ser justificados, la justificación de tales enunciados puede entenderse como una parte integrante de la justificación completa del enunciado fáctico final. La justificación de la premisa fáctica de una decisión judicial es, en suma, una cadena de justificaciones”*¹⁰⁸.

No cabe duda que la complejidad es una característica de la prueba ofrecida, actuada y valorada en el presente proceso; la escasez de prueba directa en este tipo de crímenes -de Estado-, es una constante; sin embargo, la comisión de graves delitos, comúnmente deja rastros —no necesariamente físicos— que permiten derivar o colegir su real origen y responsable, pero antes habrá que pasar por un escrupuloso y concienzudo estudio de la prueba ofrecida, todo aquello que apunte hacia el mismo responsable, o por el contrario, que su multidireccionalidad, aleje a los imputados de un juicio de culpabilidad.

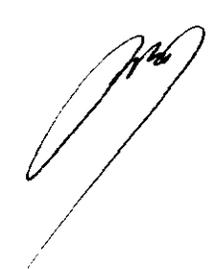
¹⁰⁸ Vid., GASCÓN ABELLÁN, MARINA. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons, dos mil cuatro, pág. doscientos dieciséis.



Muchas veces, como en este caso, la propia construcción del indicio comprende una compleja sucesión de hechos –necesariamente acreditados–, que determinan que por prueba compuesta se construyan los indicios que más tarde permitirán efectuar las inferencias que nos derivarán al hecho desconocido. En buena cuenta, la justificación de la “premisa fáctica en el presente caso es, en suma, una cadena de justificaciones”, que en virtud de los agravios planteados corresponde resaltar, pues éstas se encuentra claramente incluidas al razonamiento jurídico probatorio efectuado por la Sala Penal Superior, revelado a través de una refinada técnica argumentativa de cuya lectura los indicios, inferencias y conclusiones se descubren con total armonía.



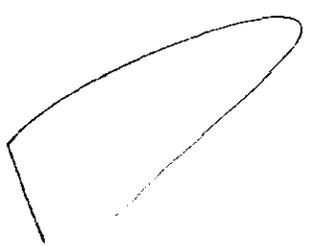
Así, apreciamos que los indicios esbozados, evaluados y concatenados en dicho acápite, –concretamente, en el apartado “valoración integral de la prueba aportada”– debidamente acreditados, además de no cuestionados desde su acreditación individual por el recurrente, son los siguientes:



Indicio antecedente - concomitante.

a) Alberto Fujimori Fujimori dirigió y, en general, estuvo al mando de las acciones tomadas para infringir el orden constitucional el día cinco de abril de mil novecientos noventa y dos. Contó con la imprescindible colaboración de Vladimiro Montesinos Torres y, el necesario apoyo de Hermoza Ríos.

Esta proposición, recurrente en la valoración de la sentencia del Tribunal juzgador, se acredita a su vez con:



a.1 La propia declaración plenaria de Fujimori Fujimori, donde admitió que con Montesinos Torres y el general EP Hermoza Ríos decidió el golpe de Estado.

a.2 Dirigió el mensaje a la Nación para instaurar su propia política al margen de la Constitución –“autogolpe de Estado”.

a.3 Dirigió y depuso en reuniones previas al golpe de Estado, y según lo declaró el general EP Carmona Acha, “... el presidente realizó una exposición acerca de la situación política y económica del país y anunció la necesidad de tomar medidas drásticas en las reuniones –dos- en las que participó Alberto Fujimori Fujimori, en su calidad de Presidente de la República.

b) Indicio de la oportunidad y preparación para controlar, de modo más directo, las estructuras medias y menores de los Institutos Armados y servicios secretos del Estado –dominio organizado de poder-; posicionamiento estratégico de los gestores del Golpe de Estado y su estrecha vinculación.

Con notable precisión anota la Sala Penal Especial al respecto: “Montesinos tenía a su cargo el control absoluto del SIN y de todos los organismos de inteligencia militar y policial y Hermoza Ríos controlaba el Ejército y todo el funcionamiento operativo de las Fuerzas Armadas a través del CCFFAA. Ambos se hallaban especialmente vinculados al procesado Fujimori Fujimori, a quien se le reconocía su calidad de Jefe de Estado y director del golpe de Estado”.

Además destaca que dicho involucramiento “(...) fue realizado luego de todo un proceso de reordenamiento de las estructuras castrenses y de inteligencia a su propósito autoritario(...) –al respecto es pertinente remitirnos al Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional, tomo II, sección II, capítulo I, apartado I, punto tres- ; en buena cuenta, el posicionamiento en las altas estructuras militares de personal de confianza del procesado Fujimori Fujimori que incluía a Vladimiro Montesinos Torres, como su asesor

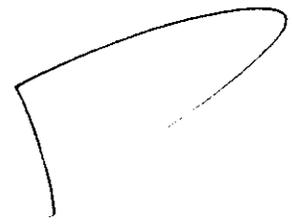
principal y real conductor de los organismos secretos del Estado y con quien despachaba diariamente asuntos de Estado.



Se subraya que el procesado Fujimori Fujimori controló de modo particularmente intenso las Fuerzas Armadas y el SINA –refuerza esta proposición lo declarado por el propio encausado el veinte de mayo de dos mil, contenido en el audio rotulado “Entrevista RPP- Raúl Vargas- Alberto Fujimori Fujimori donde indicó: “(...) 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. Que 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 mil novecientos noventa, hay un mando del Presidente de la República sobre las Fuerzas Armadas (...) entonces la relación es esa, las Fuerzas Armadas subordinadas (...) El Presidente es el que manda (...)”.



c) Organismos de Inteligencia como planificadores y ejecutores de las detenciones durante la instauración del nuevo régimen y otras acciones del golpe de Estado.



Base probatoria: general FAP Velarde Ramírez quien da cuenta del concurso de los oficiales de inteligencia en las detenciones, corroborado por lo manifestado por Merino Bartet, quien advirtió a miembros del Servicio de Inteligencia dirigidos por Montesinos Torres, para la ejecución de diversas tareas a propósito del golpe de Estado. Merino Bartet reconoció haber elaborado, por indicación de Montesinos Torres, un primer borrador del discurso del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos del acusado Fujimori Fujimori; Huertas Caballero- asesor del SIN- elaboró el Anteproyecto de Decreto Ley número 25418, entre otras acciones que

acreditan la indiscutible participación de los organismos de inteligencia del Estado en las concretas acciones tomadas para la interrupción del orden constitucional.

d) Vladimiro Montesinos Torres, real conductor del Servicio Nacional de Inteligencia –amplios poderes de dirección y mando-.

Este punto se halla ampliamente desarrollado en la sentencia impugnada y admitido en los pertinentes argumentos desarrollados para responder a los agravios para los casos “Barrios Altos” y “Cantuta”.

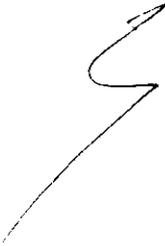
e) Indicio de Móvil: afianzamiento de golpe de Estado, entre otros métodos, con las detenciones e inmovilizaciones.

La vulneración del orden constitucional, por las previsibles consecuencias negativas, tuvo como plan de resistencia: privar de la libertad a diversos ciudadanos opositores al Régimen; refiere el juzgador en el secuestro en concreto, “que el mismo se verificó en aplicación de políticas previamente diseñadas para el afianzamiento de un golpe de estado”.

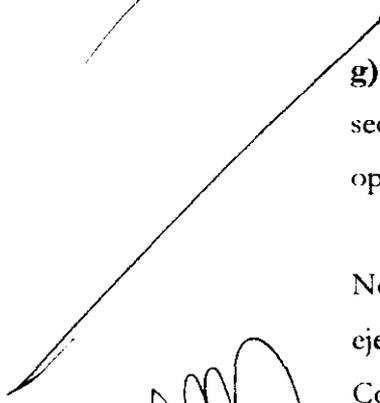
e.1 Ello se encuentra absolutamente acreditado a partir de la propia declaración del procesado Fujimori Fujimori, quien admitió que la inmovilización de personas en sus moradas era necesario para la ejecución del golpe de estado, y por otro lado, reconoció la detención de personas.

e.2 En la misma línea, el entonces general EP Hermoza Ríos.

f) Indicio de correspondencia entre la víctima y el móvil de las detenciones: Gorriti Ellenbogen era opositor al gobierno.



La Sala Penal Especial resalta que el agraviado, cuestionando abiertamente a Montesinos a través de sus crónicas, criticaba directamente a un modelo de organización de las Fuerzas de Seguridad y una forma o estilo de ejercer el poder en su conjunto.



g) Indicio: Magnitud e impacto social –nacional e internacional- de un secuestro ejecutado por hombres de guerra e inteligencia a un periodista de oposición.



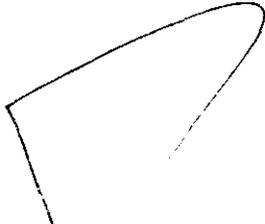
No admite discusión los alcances desfavorables para cualquier gobierno que ejecute un acto de esta trascendencia, aún en el marco de un golpe de Estado. Como que así ocurrió –de ahí la necesidad de efectuar explicaciones a la prensa extranjera y la intervención de canales diplomáticos para interceder por el agraviado-.

h) Indicios de manifestaciones anteriores al delito.



En la reunión llevada a cabo el tres de abril de mil novecientos noventa y dos, en la que participó el encausado Fujimori Fujimori, el propio general EP Hermoza Ríos señaló que con motivo del golpe de Estado podían haber detenciones y que ellas las realizaría la Policía Nacional. (Base Probatoria: general EP Carmona Acha).

i) La forma en que se ejecutaron las detenciones, incluida la del agraviado Gorriti Ellenbogen.

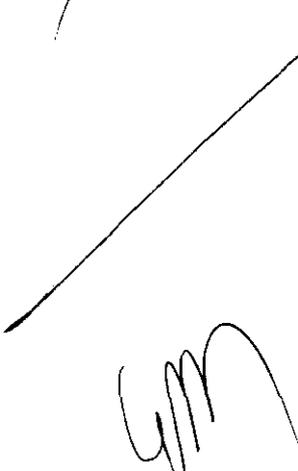


Este hecho mereció una inferencia de carácter necesaria que permite arribar al siguiente hecho: el despliegue organizado de miembros de inteligencia y de las fuerzas armadas para ejecutar las detenciones, tuvo que obedecer a un unificado plan previamente diseñado –a estos efectos la impugnada detalla cuatro decisiones previas de carácter necesario-. De ello a su vez se infiere como indicio

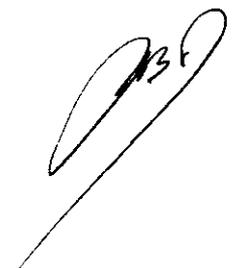


contingente: que ello debió merecer la aprobación del más alto director de la operación, quien no es otro que el inculpado Alberto Fujimori Fujimori. Se aplica como clara regla de experiencia que un plan con tamañas exigencias y decisiones de carácter político no puede ser ejecutado únicamente por un subordinado, sino que necesariamente debe contar con la aprobación de quien está al mando, resaltamos para ello la identificación de las personas afectadas con la detención y el tiempo de su reclusión.

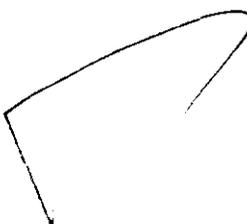
j) Indicio: preparación de las operaciones de detenciones.



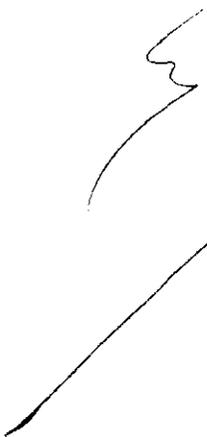
Destaca la impugnada que estas “no obedecieron a una decisión repentina”, “fue muy meditada”, “entrañaba una concepción autoritaria del ejercicio del poder público”. De lo que se infiere que la ausencia de improvisación en la ejecución de esta operación exigió su adecuada elaboración y aprobación por todas las instancias que las determinaron.



k) Un indicio subsecuente o de manifestación posterior al delito: inacción del procesado luego de verificado los hechos, no se realizó investigación alguna por los mismos, y menos se castigó al que planificó y dio la orden de secuestrar e incomunicar a los afectados.



Con el ingreso de la proposición en la impugnada: “realizados supuestamente al margen y contra la voluntad del Jefe de Estado”, aparece con absoluta claridad la regla que rigió una inferencia incriminatoria, esta es: “Cualquier máxima autoridad en la estructura estatal que se ve sorprendida por un hecho de trascendencia política realizado contra su voluntad y sin su conocimiento, promovería la investigación y sanción de los involucrados; dicho de otro modo: “quien ordena un acto ilegal –detención de Gorriti Ellenbogen-, no efectúa actos de investigación y sanción contra quienes cumplieron a cabalidad su mandato”.



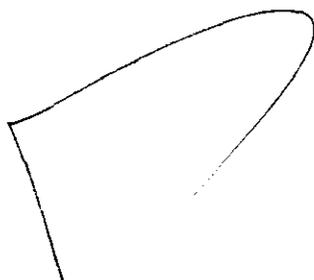
En suma los indicios detallados aplicaron la siguiente estructura, inferencias y reglas de la experiencia: el procesado Alberto Fujimori Fujimori estuvo al mando y dirigió vivamente las acciones que implicaban la vulneración del orden constitucional e implementación de un nuevo régimen, para lo cual contó principalmente con la colaboración de su asesor personal Vladimiro Montesinos Torres -con quien despachaba frecuentemente-, quien además dirigía el SIN, de otro lado, el general EP Hermoza Ríos a quien designó como Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, ejercía el control directo de los comandos a su cargo. Ambos colaboradores eran de su más alta confianza, y lo reconocían como gestor de las operaciones. Además, las detenciones fueron verificadas por personal a cargo de los estrechos colaboradores del encausado, con el derrotero de detener o inmovilizar en sus domicilios a los opositores del gobierno que por sus alcances e influencia pudieren generar un avivamiento, lo que mereció una planificación antelada y suficiente de ellas.



A partir de dicho marco se desarrollan las siguientes inferencias para acreditar que la orden de detener al agraviado Gorriti Ellenbogen provino del inculpado Fujimori Fujimori lo que se contrapone a la tesis defensiva que el secuestro de Gorriti Ellenbogen fue un exceso de Vladimiro Montesinos.



a) Alberto Fujimori Fujimori quien tenía dominio del SINA y FFAA “no sólo encargó –en atención al máximo nivel que ostentaba dentro de la estructura del Estado- el diseño operativo de las medidas de intervención, también, como es indudable las tuvo que aprobar”, dentro de ellas las listas de afectados con las intervenciones.



Regla aplicada: quien está al mando del diseño operativo de las medidas de intervención y tiene dominio sobre la estructura de poder que ejecutara

dichas acciones, (que obedecen necesariamente a planes que exigen de decisiones de carácter político –identificación de personas y tiempo de detención-), genera que las conclusiones arribadas por el personal subalterno, le sean puestas a su conocimiento para su aprobación; impensable que respondan a la ejecución unilateral de un subalterno.

Conclusión: La aprobación de la lista de afectados donde se incluía al agraviado, constituyó una orden para que se ejecute su detención.

b) Los ejecutores no fueron otros que los que contaba el director del golpe de Estado, como los que efectuarían las detenciones.

Evidenciándose el cumplimiento de los planes previamente acordados por el imputado

c) Lo que se confirma si ingresamos el indicio de magnitud e impacto social –nacional e internacional- de un secuestro ejecutado por hombres de guerra e inteligencia del Estado contra un periodista de oposición. De lo que se infiere: resulta inadmisibles que dada la trascendencia en la política nacional e internacional de la medida, ésta se tome a espaldas del Jefe Supremo del Estado, con el riesgo que la desaprobe y así quebrantar la confianza alcanzada, que tanto poder le generó. Además, la decisión de ejecutar detenciones provino del propio Jefe de Estado, así lo admitió, por lo que la magnitud de tal decisión no podía implicar dejar en manos de sus subalternos la escogencia final de los afectados.

Regla: Un Jefe de Estado al mando de operaciones destinadas a la vulneración del orden constitucional, que implica acciones de resistencia de detenciones de personalidades, no deja la decisión de ellas al libre albedrío de sus subordinados, exige, por lo menos, se le ponga en conocimiento para su aprobación.

d) Existe correspondencia entre la víctima y el móvil de las detenciones: Gorriti Ellenbogen era opositor al gobierno con alcance, desde su profesión, sobre un gran número de personas.

De lo que se infiere su inclusión en la lista de los detenidos. Expresamente la Sala Penal Especial refiere: “no pudo existir desconocimiento de la detención y, más bien, que ella se produjo porque era parte necesaria de los planes para atentar contra el ordenamiento constitucional”.

e) En la misma dirección de confirmar el conocimiento del inculpado respecto de la detención del agraviado Gorriti Ellenbogen, el hecho de haber conocido de las detenciones de otros agraviados, incluso otros hombres de prensa, no se explica entonces, por qué el particular desconocimiento de esta detención.

Regla aplicada: quien está al mando de una operación meditada y detenidamente planificada que implicó la privación ilegal de la libertad de determinadas personas, y muestra su conocimiento de la identificación de algunos ha de conocer la totalidad de ellos.

f) El involucramiento de tantas instituciones castrenses estatales en la ejecución de las detenciones, incluida la de Gorriti Ellenbogen, no pudo serle ajeno en su calidad de director de la operación.

g) Vladimiro Montesinos Torres efectuó la lista de detenidos, la que en virtud del estrecho vínculo existente entre el procesado Fujimori Fujimori y aquél, se infiere razonablemente que la sometió para su aprobación.



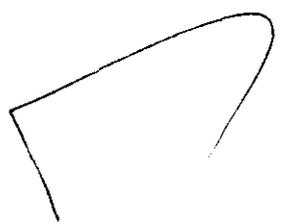
h) Un indicio subsecuente o de manifestación posterior al delito, de especial fuerza acreditativa viene constituido por la inacción del procesado luego de verificado los hechos, pues no se realizó investigación alguna por los mismos, y menos se castigó al que planificó y dio la orden de secuestrar e incomunicar a los afectados. (con el ingreso de la proposición: realizados supuestamente al margen y contra la voluntad del Jefe de Estado, aparece con absoluta claridad la inferencia del hecho base: Cualquier máxima autoridad en la estructura estatal que se ve sorprendida por un hecho de trascendencia política realizado contra su voluntad y sin su conocimiento, promovería la investigación y sanción de los involucrados, dicho de otro modo: “quien ordena un acto ilegal –detención de Gorriti Ellenbogen-, no efectúa actos de investigación y sanción contra quienes cumplieron a cabalidad su mandato).

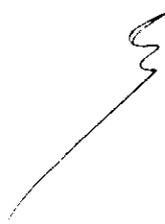


A partir de dichos hechos indicadores y de las inferencias de ellas glosadas suficientemente expuestas en la recurrida -y pedagógicamente desmembrada en la descripción antecedente-, se arribó con certeza al hecho desconocido o indicado: Alberto Fujimori Fujimori en virtud del control del sector militar y de inteligencia, que ostentaba; decidió o autorizó la privación de libertad del agraviado Gorriti Ellenbogen, y de otros ciudadanos, que fueron secuestrados, trasladados a centros de detención ilegales, integrantes de los establecimientos castrenses, donde permanecieron privados de libertad por un tiempo variable.

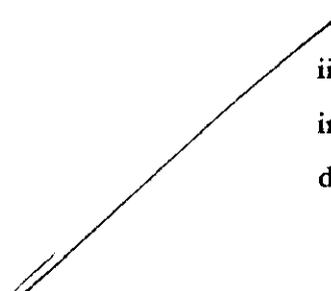


Se aprecia entonces que los indicios expuestos son plurales, antecedentes, concomitantes y subsecuentes, que partiendo de diferentes puntos convergen a una misma dirección: la decisión del procesado Alberto Fujimori Fujimori de privar de la libertad al agraviado. Los mismos que excluyen el mayor número de diferentes explicaciones de cada uno de los indicadores, estableciéndose de forma absoluta así que la verdad no puede ser





otra, lograda a través de la intervención del principio de confirmación, y respecto de los cuales se han efectuado inferencias relevantes para destruir la presunción de inocencia que amparaba al encausado. En tal virtud, al verificarse las inferencias en la construcción de la prueba indiciaria, no se aprecia la causal de nulidad invocada por el recurrente y corresponde rechazar tal pretensión.



ii) En cuanto sostiene la defensa que se “efectúa una interpretación de indicios contingentes distinta a la efectuada por la defensa, que demuestra la falta de univocidad de la prueba indiciaria”.



Es de puntualizar que la naturaleza de contingentes –ausencia de univocidad- de los indicios no releva que al ser plurales, concordantes y convergentes, se refuerce su eficacia acreditativa, elevando la probabilidad hasta convertirla en certeza¹⁰⁹. En el presente caso, una diversidad de indicios reunidos –de diferente origen- se hayan vinculados con el hecho ilícito atribuido al procesado a través de una común dirección, lo que descarta cualquier posibilidad de duda, respecto a la conclusión arribada, resultando tal concurso, como un indicio necesario¹¹⁰



En tal virtud, el referido agravio no tiene entidad para motivar nulidad alguna del acto procesal, menos aún para modificar la decisión de la Sala Penal Especial.

iii) En cuanto aduce: “El Colegiado Juzgador no explica como su interpretación del indicio rebate la testimonial del agraviado y el

¹⁰⁹ En este mismo sentido, Vid., DEVIS ECHIANDÍA, HERNANDO. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, mil novecientos noventa y tres, pág. seiscientos cuarenta.

¹¹⁰ Éste se caracteriza porque rechazan todas las hipótesis posibles, excepto una sola.

reportaje que señalan a Montesinos como autor de la detención y el móvil de venganza”.

Se aprecia que la sentencia recurrida también evaluó tal alegación y con corrección estableció la posibilidad de subsistencia de motivaciones distintas entre el inculpado Fujimori Fujimori y Montesinos Torres, y que estas hayan fluido paralelamente para llevar a cabo la detención de Gustavo Gorritti Ellenbogen, lo que desde luego no enerva la responsabilidad del inculpado al aprobar la privación de libertad del agraviado, como parte de la lista de afectados elaborada por Vladimiro Montesinos Torres.

Por otro lado, considera la defensa que “(...) la prueba actuada confirma su tesis respecto a que el ciudadano Vladimiro Montesinos Torres, de forma inconsulta planificó y ordenó el secuestro contra el referido hombre de prensa (...)”, para ello añade una valoración de la prueba con una conclusión diferente a la arribada por la Sala Penal Especial y considera las siguientes conclusiones probatorias parciales:

a) Alberto Fujimori Fujimori encargó a Vladimiro Montesinos Torres la adopción de medidas de seguridad de inmovilización sobre políticos con ocasión de una decisión de instaurar el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, que pudieran promover el orden público como protesta.

Vladimiro Montesinos dispuso en el Servicio de Inteligencia Nacional la confección del documento “Orden” y se encargó de su tramitación para la firma por el Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas general Nicolás de Bari Hermoza Ríos y posterior ejecución al estar a cargo de la inmovilización de políticos.

b) Vladimiro Montesinos Torres tuvo la responsabilidad de confeccionar la lista de políticos que serían objeto de inmovilización.

c) Vladimiro Montesinos se excedió en el encargo de la adopción de las medidas de seguridad de inmovilización e hizo detener por un móvil personal al periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen, sin que se le aplique el criterio de político y posible opositor mediante el desorden público a la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

d) El procesado Alberto Fujimori Fujimori conoció de la detención del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen el día de la conferencia de prensa internacional, que se llevó a cabo en Palacio de Gobierno, a la cual el referido agraviado ingresó libremente identificándose, donde además el Presidente Fujimori Fujimori le concedió la palabra para que participe en la rueda de prensa, frente a lo cual se mostró tranquilo con su presencia.

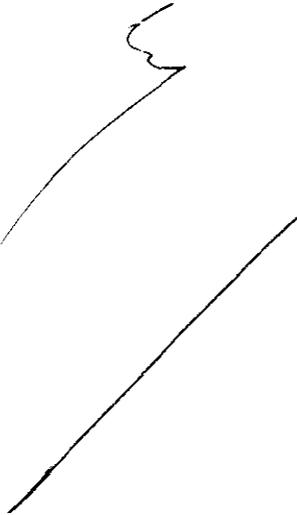
Las cuatro primeras conclusiones sirvieron igualmente a la Sala Penal Especial para sustentar indiciariamente –junto a otros– una conclusión contraria –conocimiento e intervención del procesado en la privación de libertad de Gorriti Ellenbogen–, sin embargo, a diferencia de la construcción probatoria que efectúa la defensa técnica, en la impugnada se contextualiza adecuadamente dichos indicios. Es el caso, que entre estas conclusiones parciales –de a) hasta d)– y la proposición de que el procesado Fujimori Fujimori planificó y ordenó el secuestro del agraviado, existe un trecho que la Sala Penal Especial colma con inferencias lógicas, extraídas de un suficientemente razonable número mayor de indicios, a través del cual justifica sensatamente la premisa fáctica propuesta en la hipótesis incriminatoria; frente al cual la defensa no formula cuestionamientos directos sobre la integralidad del razonamiento –con base en indicios– de la Sala Penal Especial, menos aún justifica jurídicamente su rechazo al mismo, limitándose a considerar acreditada determinadas premisas

que certifican la activa participación de Vladimiro Montesinos Torres —como mando medio— en la detención ilegal del agraviado, lo cual no sólo no es desconocido por la Sala Penal Especial, sino que constituye parte de los hechos indicadores, que sumado a otros tantos —ya glosados— sirven de base a las inferencias y a la conclusión de la impugnada.

Mención aparte constituye la última conclusión probatoria parcial del recurrente, esto es, que el procesado Alberto Fujimori Fujimori, ante la presencia de Gorriti Ellenbogen en la conferencia de prensa internacional se comportó como si desconociera la noticia de la detención, pues le cedió el uso de la palabra y se mostró tranquilo con su presencia. Este hecho probado constituye un contraindicio contingente muy débil en razón a los múltiples y heterogéneos hechos desconocidos que indica: a) el considerado por el recurrente, esto es, desconoció de la decisión de secuestrarlo; b) por el contrario, al haber ordenado la privación de la libertad del agraviado, conoció del momento de su liberación, por lo que no le resultaba extraña su presencia; y, c) al encontrarse frente a una nutrida prensa extranjera, debía mostrarse sereno, pues de lo contrario pondría en evidencia su decisión ilícita frente a homólogos al agraviado, lo que, evidentemente, le habría generado consecuencias negativas para el propio acto de entrevista que se desarrollaba.

La prueba indiciaria de autos, se encargó de desechar, de los propuestos, el primer hecho desconocido y por el contrario confirmar los restantes. Así, la declaración testifical de Carmona Acha se contrapone directamente a ello, pues indica que escuchó al presidente de la República admitir que por lo menos Gorriti Ellenbogen estaba detenido y que iba a ser puesto en libertad.

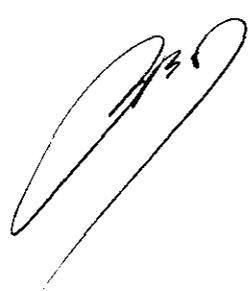
Además, como se anotó, la razón informa que el más alto mandatario de un país en una de una operación de quiebre constitucional del Estado de Derecho, de haberse enterado que sin su conocimiento y de forma unilateral



se ordenó -en trasgresión de sus disposiciones- la privación de la libertad personal de un hombre de prensa, habría dispuesto una investigación y sanción de los responsables –conforme así lo expresó la Sala Penal Especial-, entre éstos a su asesor Vladimiro Montesinos Torres, o por lo menos, no ratificarle su confianza, y dado el acto público en que habría tomado conocimiento por primera vez, dicha voluntad de sancionar a los responsables habría sido pronunciada en la misma conferencia de prensa internacional, lo cual, pese a que habría beneficiado a su imagen internacional –de pronto cuestionada con su decisión de vulnerar el orden constitucional-, no ocurrió. De modo tal, que lo alegado por el recurrente no permite sostener que el ex primer mandatario no ordenó, menos que desconoció, el secuestro del agraviado Gorriti Ellenbogen. En virtud de lo expuesto, el juicio de valor probatorio efectuado por el inferior es acertado y corresponde confirmar la decisión adoptada por el Tribunal de Instancia.



3. Secuestro de Samuel Edward Dyer Ampudia.



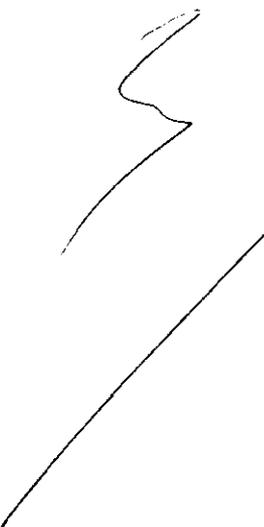
3.1. Incriminación

Se atribuye al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori haber dispuesto u aprobado la privación ilegal de libertad del empresario Samuel Edward Dyer Ampudia.

3.2. De la materialidad del delito de secuestro

La materialidad del delito contra la Libertad, en la modalidad de secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante trato cruel, en agravio de Samuel Edward Dyer Ampudia, se encuentra acreditada por el mérito de los siguientes medios probatorios:



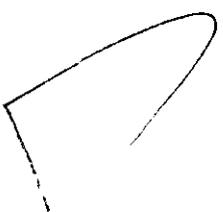


a) La declaración brindada en el Juicio Oral, en la sesión de audiencia número diez, de fecha once de enero de dos mil ocho —que resulta uniforme respecto de sus anteriores versiones— en la que de modo coherente, detallada y circunstanciada, relata la forma en que ilegalmente fue privado de su libertad. Así señaló que “cuando los oficiales lo detuvieron en el aeropuerto y se dirigían a la carceleta del Poder Judicial, observó que cuando estaban por el Hotel Sheraton en vez de dirigirse al lugar mencionado ingresaron al Paseo de la República, en ese momento hizo hincapié y al oficial que estaba delante le dijo que no le estaban conduciendo al Poder Judicial, se estaban desviando, lo cual le preocupó, recibiendo la explicación de que como eran fiestas patrias, para su comodidad le iban a llevar a otra dependencia (fojas 29004) (...) cuando iban a ese otro lugar, pararon a comer en una sanguchería llamada “Cuatro Estaciones”, consumieron sándwiches y gaseosas y después se quedó semidormido, por lo que piensa que le dieron un sedante, pues se encontraba exaltado, preocupado, clamando constantemente que eso era un acto ilícito y que estaban violentando su derecho ciudadano (fojas 29055)”.



De igual manera, expresó que “cuando le dijeron que lo iban a ayudar a escapar, pensó que era una trampa para asesinarlo o desaparecerlo y tomó la opción de tomar el riesgo (...) cuando lo subieron a una camioneta, lo echaron en la parte posterior, lo único que hacía era suplicar que no lo maten, ellos le decían que no le iban a matar (...) (fojas 29009).”

Asimismo, refirió que “le dijo al General Pinto, dígame a los que han ordenado esto, que el secuestro es un crimen penado con más de veinticinco años de cárcel, y que si lo matan es cadena perpetua, y su familia que era tranquila y honorable pero no se iban a quedar tranquilos si lo matan; le suplicaba que lo dejara libre, incluso le dijo que si se quedaba libre ese día no los denunciaría (fojas 29019)”.



b) De la detención dan cuenta múltiples funcionarios que intervinieron en la perpetración y mantenimiento del mismo; así, el coronel PNP Domínguez Solís, quien



actuando por disposición de Vladimiro Montesinos Torres, recogió al agraviado Dyer Ampudia del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” y lo trasladó a las instalaciones del SIE; el coronel EP Pinto Cárdenas, reconoció que el agraviado fue internado en uno de los calabozos de la institución que entonces dirigía, SIE, y mantenido hasta el día cuatro de agosto; el general EP Rivero Lazo, quien afirma que Pinto Cárdenas le informó del secuestro del agraviado.

c) De igual modo, la prueba documental que acredita el acto de secuestro, reside en:

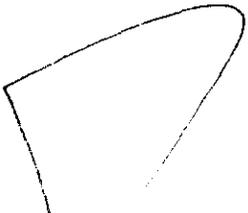


- El Oficio número dos mil ciento cuarenta y cinco- SIE-dos, del treinta de julio de mil novecientos noventa y dos, firmado por el jefe del SIE coronel EP Pinto Cárdenas, por que el SIE pone a disposición de la DINCOTE al agraviado, aunque con un nombre distinto.

- Parte Policial número dos mil ochocientos noventa y tres- Dos-DINCOTE, del tres de agosto de mil novecientos noventa y dos, que concluye sobre la verdadera identidad del agraviado, no determinándose responsabilidad en él, poniéndose al agraviado a disposición del superior para los fines que considere.



- Atestado policial número diecisiete- dos mil dos-DIRPOCC-PNP-DIVAPJ-LNV, del treinta y uno de octubre de dos mil dos –donde consta la intervención de los oficiales PNP Arcila Dupp y Torres Aliaga, en la detención del agraviado y su entrega al coronel PNP Domínguez Solís, su traslado a los calabozos del SIE y la fuga del agraviado de las instalaciones del SIE el cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos, entre otros.



Esta prueba determina con absoluta certeza la captura del agraviado Dyer Ampudia, en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, instantes antes de que abordara un vuelo con destino a los Estados Unidos, su intervención por personal del SIN y su traslado a los calabozos del sótano del SIE, durante cuatro días, pero sin ser

cambiado del lugar de reclusión -el treinta de julio al tres de agosto del mismo año-, se le abre investigación formal por el delito de terrorismo; y pese a no haberse establecido vinculación terrorista y recomendar la DINCOTE, su libertad, continuó recluido dos días más en que ayudado por un agente militar huyó del lugar de reclusión.

3.3. De los agravios de causa de nulidad en la condena por delito de secuestro en el caso de Samuel Edward Dyer Ampudia.

Fundamenta la defensa que existe:

3.3.1. Violación de la garantía de la legalidad procesal al condenarlo por este delito a pesar de la prescripción de la acción penal;

3.3.2. Violación de la garantía de la legalidad penal al haberlo condenado, pese a existir dos razones de falta de tipicidad:

a) atipicidad por imposibilidad de lesión al bien jurídico por suspensión de las garantías a la libertad personal;

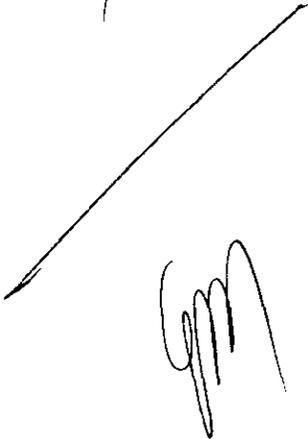
b) atipicidad por no verificación de la circunstancia agravante trato cruel a la víctima.

3.3.3. Violación de la garantía de la presunción de inocencia por falta de absolución, al condenarlo por este delito a pesar de la insuficiencia de prueba indiciaria;

Sostiene que la prueba aportada por la Fiscalía no acredita los hechos atribuidos, valorando los testimonios de Carlos Domínguez Solís -Director de Contra inteligencia del SIN-, Alberto Pinto Cárdenas -Jefe del SIE-, y la del agraviado Samuel Dyer Ampudia; además, del documento con el extracto de entrevista hecha al procesado Fujimori Fujimori en un reportaje del programa "Reporte Semanal". Argumenta que:



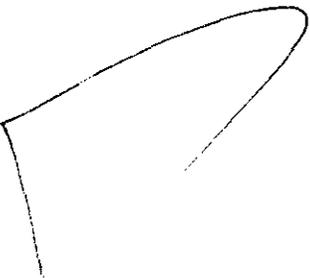
a) La testimonial de Carlos Domínguez Solís constituye un testimonio de referencia, sin la corroboración del testigo fuente por haberse determinado ausencia de eficacia probatoria pues desplegó una conducta de mala fe procesal al efectuar un uso abusivo de su derecho al silencio;



b) Que el testimonio de Alberto Pinto Cárdenas constituye uno de referencia de segundo grado, ya que no precisó cómo el sub jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, Santiago Zegarra Guevara, conoció el hecho que el Presidente haya ordenado la detención de Dyer Ampudia, además que no es admisible el testimonio referencial al no haber concurrido el testigo fuente Zegarra Guevara ofrecido por la parte acusadora, esto es, no declaró en el juicio por negligencia del Ministerio Público.



c) Que el testigo agraviado no atribuye conocimiento de su detención al procesado Fujimori Fujimori, menos que haya sido autor de la orden. Y respecto al documento audiovisual: Reportaje del programa “Reporte Semanal”, indica que presenta dos problemas probatorios: a) no cumple con el requisito de haber sido creado con anterioridad al proceso y no en función del mismo; y b) no cumple con los requisitos materiales legitimadores de la prueba indiciaria, pues resulta un indicio único sin fuerza demostrativa para inferir que como el procesado Fujimori Fujimori señaló que el agraviado estaba vinculado al narcotráfico, entonces ordenó su detención; en tanto, perfectamente podría responder a una errada información que se le hubiese proporcionado sobre la situación legal del agraviado Dyer o a un problema legal distinto al que motivó la detención.



d) Cuestiona finalmente la valoración y estructuración de la prueba indiciaria expuesta por la Sala Penal Especial, señalando que no se establecen las reglas de la experiencia ni el enlace con el hecho presumido: la orden del procesado Alberto Fujimori Fujimori, y que el significado probatorio que

pretende asignar el Tribunal a la participación de Montesinos Torres colisiona con la intervención de la DINCOTE y del General Antonio Ketín Vidal.

Conviene comenzar por este último, esto es analizando el silogismo probatorio de base en indicios efectuado por la Sala Penal Especial. Al respecto se aprecia un considerable número de hechos indicadores con un nivel de inferencias que permite determinar con certeza que el procesado Fujimori Fujimori autorizó a través de Vladimiro Montesinos Torres la privación ilegal de la libertad del empresario Dyer Ampudia.

Se aprecia con notable claridad cómo la Sala de juzgamiento destaca los indicios y las inferencias derivadas para arribar al hecho desconocido, atribuido al procesado. No se explica de otro lado la insistencia de la defensa en que dichas inferencias no se hayan presentes; lo que constriñe a efectuar una enumeración detallada de los indicios y la inferencias de ellas desprendidas, cuya dirección converge en la responsabilidad penal del procesado.

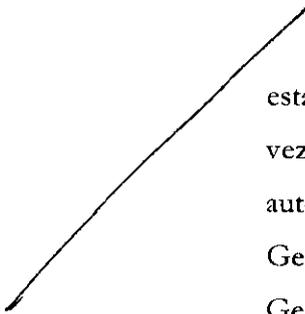
De los ejecutores del secuestro: SIN

La detención del empresario Dyer Ampudia fue ejecutada por miembros de organismos del Estado, que carecían de atribuciones para detener. De ahí se infiere la existencia de un mecanismo institucional, contrario al Derecho, que se guiaba por disposiciones ajenas a las que legalmente le correspondían.

- a) El lugar de reclusión fue un centro militar.
- b) Se hizo intervenir a la DINCOTE, sin embargo, no se le entregó al detenido para que lo interne en sus propias instalaciones. De estos tres indicios la Sala Penal Especial expone como inferencia que las



órdenes y ejecución del secuestro de Samuel Dyer Ampudia, se originaron en los organismos secretos del Estado, entre ellos el SIN y SIE, los cuales se hallaban ampliamente dominados por el procesado Alberto Fujimori Fujimori e, inmediatamente por debajo de éste, Vladimiro Montesinos Torres.



De la dimensión de la persecución, en función al número de instituciones estatales involucradas, se infiere la imposibilidad de desconocimiento; toda vez que estableció que “fue un hecho no sólo conocido por las altas autoridades del SINA, sino también de la DINCOTE, de la Dirección General de la Policía Nacional, del Ministerio del Interior, de la Comandancia General del Ejército, entre otras. En fin estaban involucradas o supieron de ella la plana mayor del SINA, de las FFOO y de los ministros al que estaban adscritos: Defensa e Interior, es decir los canales de seguridad y políticos del Estado.”

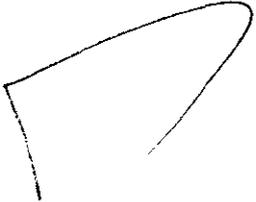


c) Los organismos de inteligencia del Estado, se hallaban bajo la conducción del SIN y “está probado el papel directivo de Vladimiro Montesinos Torres en el SIN (...), organismo que en esa época ya tenía, de facto, el control efectivo del conjunto de los aparatos de inteligencia militar del Estado y de las instituciones castrenses”;

d) Montesinos Torres fue quien estuvo al frente de la privación de libertad del agraviado Dyer Ampudia.

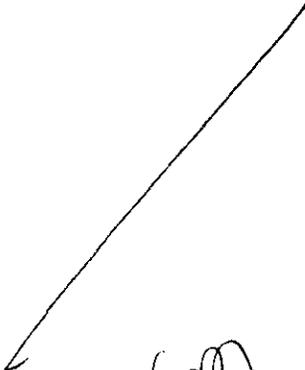
e) La estrecha relación entre Vladimiro Montesinos Torres y Alberto Fujimori Fujimori en la medida que dicha cercanía hacía imposible que el uno no estuviera al tanto de lo que le sucedía al otro.

En ese sentido, la Sala Penal Especial señaló que “Montesinos Torres alcanzó una posición de preeminencia en la estructura del poder no sólo por





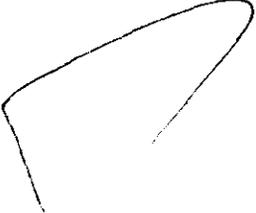
sus habilidades y conocimiento de las instituciones concernidas y de sus integrantes, sino fundamentalmente por la delegación y apoyo constante del acusado Fujimori Fujimori como presidente de la República y jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”. La Sala Penal Especial refuerza su razonamiento señalando que fue Alberto Fujimori Fujimori “quien le concedió un espacio de poder, delegado, que ejerció pero dando cuenta constante de sus actividades.”; eso es, delegó poder, mas no el mando de las acciones.



f) Aparejado a ello la Sala Penal Especial recoge como indicio vinculado el alto nivel de intercambio de información entre Vladimiro Montesinos y Alberto Fujimori Fujimori, afirmando que **“Montesinos Torres despachaba casi diariamente con el acusado Fujimori Fujimori y le daba cuenta de todas las novedades en los campos de la pacificación, castrense, político y de seguridad en general”**.



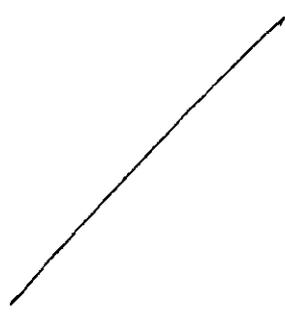
g) En consecuencia, la Sala Penal Especial infiere con corrección lógica que “ese vínculo y nivel de comunicación entre ambos se mantuvo inalterable y muy dinámico en la fecha de los hechos”, entonces “no era viable que hechos de notoriedad o con entidad para dificultar la acción de gobierno pudieran ser ocultados al jefe de Estado o que éste no pudiera advertirlo sin adoptar las medidas correctivas correspondientes”. En buena cuenta, que la planificación y orden de privar de la libertad ambulatoria a Samuel Dyer Ampudia contó sino con la directa voluntad del procesado Fujimori Fujimori, con su necesaria aprobación.



h) Se consigna como indicio de posibilidad física o indicio de proximidad, que el procesado en la fecha de los hechos, por medidas de seguridad, residía en las instalaciones donde fue recluso el agraviado Dyer Ampudia, infiriéndose que dada su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas



Armadas, debía conocer las personas que cohabitaban con él en el mismo recinto de seguridad, y por ello, la clara deducción presuntiva de que conociendo el estado de reclusión del empresario Dyer Ampudia, en instalaciones impropias para una detención preventiva de un procesado común, sin disponer contra ello medidas correctivas a efectos de liberarlo, se impone razonablemente considerar que efectuó la orden para que se encuentre en dicho recinto, Sótanos del SIE.



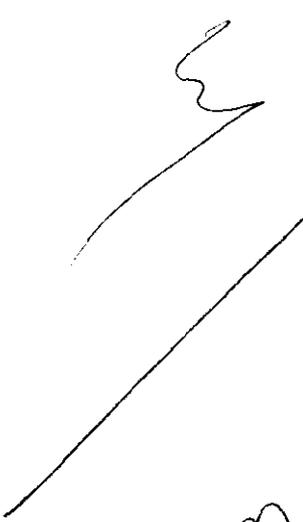
i) violación de la garantía de la presunción de inocencia por falta de absolución, al condenarlo por este delito a pesar de la insuficiencia de prueba indiciaria. La Sala Penal Especial literalmente señaló: “(...) llama poderosamente la atención la no realización de una investigación disciplinaria frente a un modelo de conducta funcional, de ejercicio del poder, claramente lesiva al ordenamiento institucional interno del SINA y del Ejército”. Desprendiéndose con suma claridad que la máxima de la experiencia de la que se deduce el hecho desconocido parte por afirmar que, “quien ordena un acto ilegal –detención de Dyer Ampudia – no efectúa actos de investigación y sanción contra quienes cumplieron a cabalidad su mandato”



Y por el contrario, no sólo no se investigaron los hechos que ahora se alegan desconocidos y ajenos al procesado Fujimori Fujimori, sino que aceptó los actos de persecución adicionales, al punto de sindicarlo públicamente de narcotraficante y descartar de raíz sus denuncias, defendiendo el rol de Montesinos Torres en el SIN.

Por lo que válidamente la Sala Penal Especial deduce que “(...) se trata de un conjunto de sucesos enlazados o cadena de hechos para anular a un individuo en su relación social, por lo que no es posible analizarlos aisladamente (...).” Razona pues que se trató de un comportamiento sistemático y agresivo de otros órganos del Estado, esto es, que cada uno de





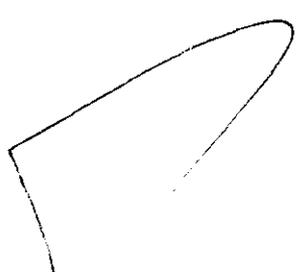
los actos hostiles en contra del agraviado respondió a la misma lógica: anularlo en su relación social. La misma que se infiere asumida por el Jefe de Estado, pues al acreditarse su posterior conocimiento de los hechos –por medios de prensa y misivas del agraviado-, no detuvo dicha política ilegal, por el contrario la justificó y así rechazó los reclamos del agraviado, desacreditándolo frente a la opinión pública; en buena cuenta, se mostró alineado con la misma política persecutora que motivó su secuestro.

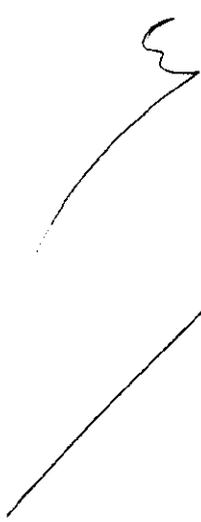
ii) A esta suma de indicios, debe ingresar con función confirmatoria “las testimoniales de referencia de Pinto Cárdenas y Domínguez Solís, quienes dan cuenta que Montesinos Torres afirmó que se trataba de una decisión del acusado Fujimori Fujimori.



En tal virtud, la firmeza de las conexiones entre los indicios y la conclusión incriminatoria descartan objetivamente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el indicado sea aparente o casual. Se advierte pues una secuencia lógica en la exposición de los indicios, de las que se desprende con absoluta claridad las inferencias realizadas por la Sala Penal Especial que el recurrente, indica, no advierte, y que con razonable suficiencia y a través de un considerable nivel de inferencias correctas, este Supremo Tribunal alcanza íntima convicción respecto de la responsabilidad penal del procesado Alberto Fujimori Fujimori, como autor mediato, en el secuestro del agraviado Samuel Edward Dyer Ampudia.

De otro lado, el recurrente cuestiona la valoración que la Sala Penal Especial realiza de las “*testificales referenciales del coronel PNP Domínguez Solís y del coronel EP Pinto Cárdenas; y con ello, las reglas probatorias que sustentan el análisis indiciario en este extremo*”.

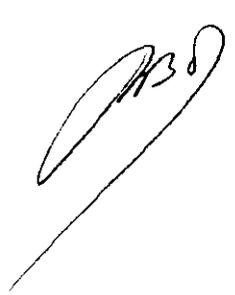




Lo cuestionable para la defensa es que la Sala Penal Especial haya ingresado en la valoración que sustenta la condena de su patrocinado, las declaraciones del coronel PNP Domínguez Solís y del coronel EP Pinto Cárdenas, quienes manifestaron que fue Vladimiro Montesinos Torres quien les dijo que Alberto Fujimori Fujimori había ordenado la detención del agraviado Dyer Ampudia, cuando: i) el testimonio de referencia o de oídas tiene carácter subsidiario, ii) el testigo directo, Vladimiro Montesinos Torres, pudiendo declarar no lo hizo (además, su declaración en juicio fue declarada sin eficacia probatoria), y, iii) no existen datos, adicionales, debidamente probados, que corroboren la versión de tales testigos.



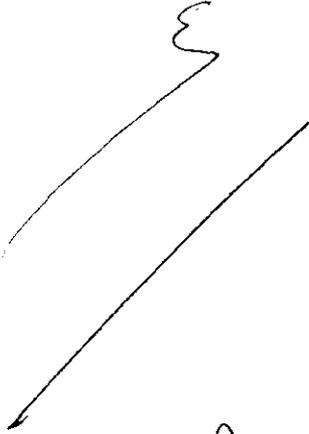
La defensa expuso en sus finales alegaciones en el juicio oral este agravio y pese haber merecido directa y completa respuesta por el Tribunal de Instancia en la resolución final, la defensa insiste sin variación o modificación en su planteamiento, en la misma refutación probatoria.



Previamente, es menester puntualizar que el recurrente yerra al considerar el testimonio del coronel EP Pinto Cárdenas como uno de referencia **de segundo grado**, puesto que en realidad constituye uno de primer grado, pues refiere que fue Vladimiro Montesinos Torres quien le señaló directamente que se trataba de una orden del Presidente Alberto Fujimori Fujimori, esto es, entre el hecho directo y su testimonio solo media una fuente de prueba.



Ahora bien, en cuanto al fondo del cuestionamiento, es de recordar a la defensa que la Sala Penal Especial con rigor jurídico, consideró las declaraciones de Pinto Cárdenas y Domínguez Solís, como testimoniales de referencia, y por ello les reconoció carácter subsidiario frente a las testimoniales directas, por lo que privilegió la declaración del testigo directo o –como indica la defensa– testigo fuente, sin embargo atendiendo a la conducta procesal del testigo en el desarrollo de su examen en el juicio oral



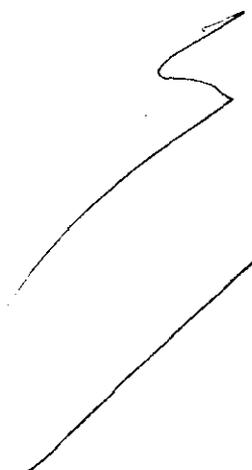
de la presente causa, la actuación de la testimonial de Vladimiro Montesinos Torres fue asumida como una de imposibilidad real de concurrencia al juicio –remitiéndonos para estos efectos a lo evaluado en la resolución–. Además, extraña la insistencia de la defensa de no valorar otras declaraciones del referido testigo, cuando éste censuró su participación en los hechos; rechazando de este modo las afirmaciones de los testigos de referencia, lo que tampoco invalida la valoración de las referidas testimoniales, pues además de no existir prohibición expresa para su admisión, actuación y valoración en juicio, la Sala Penal Especial estableció con corrección la ausencia de impedimentos para su valoración positiva –*“imposibilidad de obtener el testimonio directo, y la concurrencia de supuestos de persecución de delincuencia grave y organizada, que dificulta la consecución de testigos directos”*–.



Además, resalta la Sala Penal Especial la necesidad de acudir a otros datos indiciarios, pues la prueba indiciaria construida por la Sala Penal Especial, no cuestionada directamente en su razonamiento, confirma lo declarado por los testigos de referencia, quienes han sido coherentes y persistentes en sus aportes. Por lo que la valoración efectuada por la Sala de instancia y repetida por este Supremo Tribunal, se ajusta a derecho. En tal virtud, es del caso rechazar la pretensión nulificante del recurrente.



Finalmente, respecto **al documento audiovisual: Reportaje del programa “Reporte Semanal”**, indica que presenta dos problemas probatorios: a) no cumple con el requisito de haber sido creado con anterioridad al proceso y no en función del mismo; y b) no cumple con los requisitos materiales legitimadores de la prueba indiciaria, pues resulta un indicio único sin fuerza demostrativa como para inferir que como el procesado Fujimori Fujimori señaló que el agraviado estaba vinculado al narcotráfico, entonces ordenó su detención, en tanto, perfectamente podría responder a una errada información que se le hubiese proporcionado.

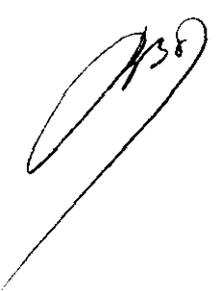


Se aprecia que a fojas sesenta y seis mil trescientos sesenta y cinco, obra el Acta de la sesión del día lunes quince de diciembre de dos mil ocho, en la que se ofrece como décimo tercer documento el extracto de la declaración que dio el acusado Alberto Fujimori el cinco de noviembre de mil novecientos noventa y dos, declaración que fue emitida en el programa “Reporte Semanal” de Frecuencia Latina del trece de enero de dos mil ocho.

Dicha visualización obra a fojas treinta siete mil doscientos treinta y nueve y siguientes, y se encuentra en el tomo ochenta y cinco.

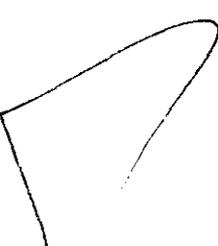


La Sala Penal Especial cita las frases pertinentes, las cuales son: “...*el intento de Dyer es un caso patético. El público lo debe conocer... el señor era un narcotraficante. Todos los medios se van en contra del SIN y de un funcionario del SIN. Pero ningún medio de comunicación hizo campaña para denunciar al señor Dyer como narcotraficante [...] tiene que ser claro, aquí hay que perderle miedo a los corruptos. El corrupto tiene mucho dinero, maneja millones, millones, hasta son capaces de comprar conciencias...*”.



Contra estas declaraciones el recurrente cuestiona que:

El documento audiovisual no cumple con el requisito denominado *estraneita* en la medida que no fue un documento creado antes del proceso sino creado para el proceso, es decir, con un claro móvil de desacreditar a Alberto Fujimori Fujimori y corroborar la posición de la Fiscalía. En ese sentido, el documento audiovisual reproduce extractos de una entrevista realizada a Alberto Fujimori Fujimori sin explicar el contexto en que se dio dicha entrevista.



El documento audiovisual sólo probaría el hecho de que Alberto Fujimori Fujimori afirmó que Dyer estuvo vinculado al narcotráfico y no se podría

inferir de ello que Alberto Fujimori Fujimori ordenó el secuestro de Samuel Dyer Ampudia.

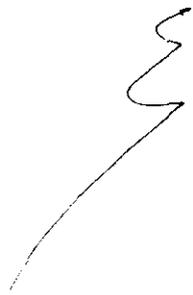
La imposibilidad de inferir la orden de Alberto Fujimori Fujimori del contenido del documento audiovisual radica en la inexistencia de pluralidad de indicios. En ese sentido, el mencionado documento audiovisual es un indicio único que carece de fuerza demostrativa.

Asimismo, se trata de un indicio débil en tanto no es unívoco ya que lo afirmado por Alberto Fujimori Fujimori podría ser consecuencia de i) una errada información que se le hubiera proporcionado sobre la situación legal de Samuel Dyer Ampudia o ii) a un problema legal que tuvo destino distinto al que motivó la detención.

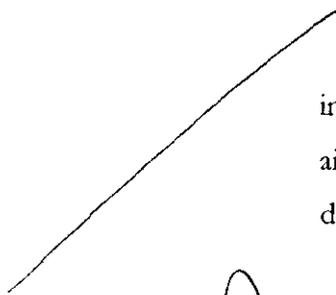
Como la misma defensa de Alberto Fujimori Fujimori argumenta, la estraneza importa que un documento para ser considerado fuente de prueba debe haber sido hecha antes del proceso y no debe haber sido en función al proceso.

El documento audiovisual es un medio de prueba que contienen declaraciones que prestó Alberto Fujimori Fujimori en el año mil novecientos noventa y dos, y aún cuando se haya incluido estas en un reportaje del 2008, las primeras no han sido creadas en función al proceso, sino han pre-existido a él, y son las únicas que han sido valoradas de tal soporte audiovisual.

Pues, las declaraciones constituyen fuente de prueba y el soporte en el que están contenidas, es el medio en que se han incorporado a través de la forma prevista por el Código de Procedimientos Penales.



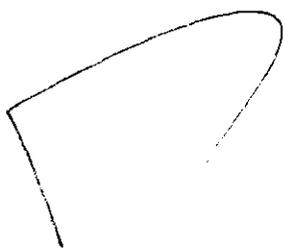
En consecuencia, tales afirmaciones de Fujimori soportadas en el documento audiovisual ingresaron correctamente al proceso y actuada que fue no mereció alegación alguna por la defensa, menos cuestionó la nulidad de la prueba o se opuso a ella, por lo que, no corresponde admitir dicho agravio de nulidad en este acto.



Respecto al segundo y tercer agravios, ya se han mencionado los otros indicios que obran en el expediente, por lo que no se trata de un hecho aislado sino que existe una cadena de justificación indiciaria que hace unidad de prueba respecto de la responsabilidad penal de Alberto Fujimori Fujimori.



En cuanto al cuarto agravio, se advierte que la posibilidad indicativa de que la declaración del inculpado Fujimori Fujimori se halle asociada a una errada información previamente alcanzada se contrapone a la orientación de la integralidad de los demás indicios evaluados, así, se desprende que contra esta interpretación de la defensa, se opone el indicio de inacción del encausado frente a la sucesión de pedidos de justicia del agraviado, jamás respondidos por parte del encausado –solo una declaración pública en la que el Jefe de Estado lo sindicó de narcotraficante-, además de la acreditada intervención de instituciones militares y del servicios de inteligencia en la detención del agraviado –impropio desde sus funciones, y así lo reconocen las autoridades castrenses que declararon, Hermoza Ríos y Salazar Monroe-, los cuales determinan la correcta dirección e interpretación del indicio contingente cuestionado, esto es, que el procesado Fujimori Fujimori haya declarado pública e irrazonablemente que el mencionado agraviado, era un narcotraficante, y con ello se evidenció su absoluto alineamiento con la misma política ilegal que rigió el secuestro del referido empresario, sumado a que el mismo fue directamente dirigido por el más cercano asesor del procesado –con quien despachaba diariamente y quien no abrigaba rencor o enemistad alguna contra el agraviado-, por lo que tal vinculación sostenida en



la confianza, y la magnitud del acto ilegal, así como su sistematicidad, permiten inferir que se contó con la autorización del citado procesado.

4. De la condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori

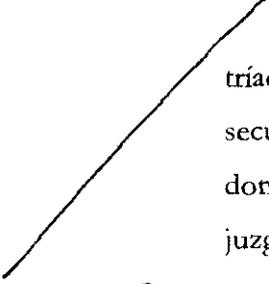
A partir de lo señalado este Tribunal Supremo llega a la conclusión que los elementos fácticos y jurídicos antes expuestos, posibilitan, en el caso concreto, atribuir objetivamente al acusado Fujimori Fujimori la condición de autor mediato [por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados] de los delitos asesinato, secuestro y lesiones, por los siguientes criterios:

Se ha establecido que el acusado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori como presidente de la República en la época de los hechos comandaba las Fuerzas Armadas y Policiales, en virtud de ello ejercía sobre éstas facultades y poder de mando discrecional; poder de mando que no necesariamente debe darse por acreditado de manera escrita sino que ésta en el ámbito fáctico se traducía en forma oral, como se desprende del audio rotulado “Entrevista RPP- Raúl Vargas-Alberto Fujimori Fujimori” y cuyo contenido se detalla en la presente sentencia; y como aparece de la publicación en el diario “El Comercio” del quince de diciembre de mil novecientos noventa y uno, cuando anunció en Ayacucho la entrega de armas a ronderos del río Apurímac, precisando: “por eso he ordenado al general Martínez que el los próximos cuatro meses se distribuyan doscientos escopetas para las rondas campesinas”, y como emerge de otros documentos que la sentencia recurrida a remarcado.

El acusado Fujimori Fujimori, aprovechando que se encontraba en la cúspide del poder estatal, para contrarrestar a las organizaciones subversivas terroristas que operaban desde la década de los años ochenta en el territorio peruano, ejerció poder de mando para la conducción de las estrategias cuyo objetivo era la eliminación física de presuntos terroristas, para lo cual utilizó un aparato organizado estatal-Grupo Colina- para responder al terrorismo subversivo, al delito con el delito. Aparato que se



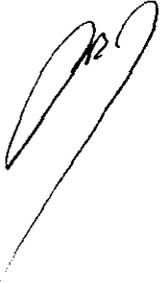
articulaba jerárquicamente con su entonces asesor Vladimiro Montesinos Torres y la intervención del general EP Hermoza Ríos, quien ocupaba el cargo más alto en la jerarquía castrense, en base a las unidades centrales y derivadas del Sistema de Inteligencia Nacional -SINA-.



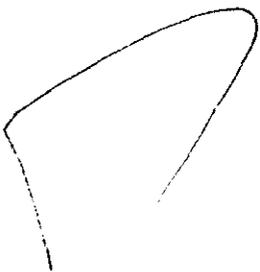
Resulta evidente y la historia lo ha de registrar así, que funcionó una suerte de tríada o triángulo de poder conformada por Fujimori Fujimori, en el vértice, y secundándolo, Montesinos Torres con Hermoza Ríos, quienes desde la más alta esfera dominaron el curso de los acontecimientos delictivos que han sido materia de juzgamiento.



Así, específicamente existía una correlación de poder entre Alberto Fujimori Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres, acentuándose básicamente en la estructura militar, toda vez que, éste último era quien disponía la permanencia y los ascensos de los oficiales de las más altas jerarquías.



Es en este entramado que Alberto Fujimori Fujimori, posibilitó el uso de recursos económicos estatales a fin de que sean administrados por su entonces asesor Vladimiro Montesinos Torres, en el Sistema de Inteligencia Nacional, mediante la transferencia de fondos de las instituciones militares y policiales “desvío de fondos” al SIN, los que fueron posteriormente habilitados a los integrantes de este Destacamento.



Dada la trascendencia de los recursos del Estado, su utilización no podía estar fuera del marco del conocimiento de los Jefes Superiores (tanto militar como civil), ya que en la línea de los actos ejecutados no era posible que los integrantes del grupo “Colina” respondieran a la decisión voluntaria de cada uno de los ejecutores materiales, menos aún que fuera de conocimiento aislado de sus superiores, en tanto, el destacamento “Colina”, para el planeamiento de sus actividades no solo utilizaba las instalaciones del Ejército Peruano, sino también los bienes de esta entidad; así constituye hecho probado y no cuestionado que fueron integrantes de menor

graduación militar los ejecutores materiales en los asesinatos de “Barrios Altos y La Cantuta” utilizando no solo vehículos y armas sino también, agenciándoseles sumas de dinero para su funcionamiento como grupo especial.

No resulta verosímil la hipótesis de defensa o como versión periodística, deslizada indirectamente, de que Martín Rivas, jefe del Grupo Colina, en un arrebató personal, creyéndose un héroe, a su libre albedrío, ordenó los crímenes de “Barrios Altos” y “La Cantuta”, pues en una estructura organizada de poder donde priman las relaciones verticales, como dicen los argentinos “nadie se manda solo” o “por su cuenta”, sino que la decisión criminal provino del más alto nivel jerárquico de la organización.

Desde la cúspide del poder el procesado Fujimori Fujimori, valiéndose de la libre y voluntaria disposición de los ejecutores, los instrumentalizó para obedecer y cumplir órdenes ilícitas, entre ellas, la intervención y eliminación física de presuntos terroristas, así como los secuestros de Gorriti y Dyer. El denominado “Grupo Colina” se encargó de ejecutar la política adoptada por Fujimori Fujimori, o “guerra de baja intensidad”, que ya había sido diseñada muchos años atrás en el contexto político de la llamada “guerra fría” entre Estados Unidos de Norteamérica y la ex - Unión Soviética, siendo de trágico recuerdo la “Escuela de las Américas” que funcionó desde 1946 a 1984 en Panamá, donde se graduaron más de 60,000 mil militares y policías de 23 países de América Latina los que luego pasarían a la historia como torturadores y violadores de derechos humanos encabezando sangrientas dictaduras militares con el común denominador de ser autores de crímenes contra la humanidad. Entre sus destacados graduados más conocidos se mencionan precisamente a Montesinos Torres y Martín Rivas¹¹¹.

En este contexto, el acusado Fujimori Fujimori, teniendo pleno dominio de un aparato organizado utilizó métodos y medios ilegales para asegurar los logros del poder

¹¹¹ Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Escuela_de_las_Am%C3%A9ricas].

que detentaba y desde ese momento empezó a apartarse de sus deberes de Presidente y del ordenamiento jurídico.

Por la forma como ocurrieron los crímenes de “Barrios Altos” y “La Cantuta” y “los secuestros de Gorriti y Dyer”, queda claro que los agentes estatales ejecutores no fueron los mismos en cada operativo, lo que pone en evidencia que podían ser intercambiados por otros, dándose así el presupuesto de fungibilidad, expresándose alta disponibilidad al hecho criminal porque los integrantes del “Grupo Colina” estaban capacitados.

La sentencia recurrida y lo desarrollado en la presente Ejecutoria, dan cuenta de la prueba indiciaria que lleva a determinar que Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, es autor mediato en los delitos de asesinato, lesiones y secuestro, mediante el dominio de la voluntad de un aparato organizado de poder.

CAPÍTULO VI DE LOS AGRAVIOS DE LA PARTE CIVIL

1. El Actor Civil

Se define como parte civil a quien es sujeto pasivo del delito, es decir, quien ha sufrido directamente el daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado; esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito. Así, pueden constituirse en parte civil el agraviado, sus ascendientes o descendientes (incluso siendo adoptivos), su cónyuge, sus parientes colaterales y afines dentro del segundo grado, el tutor o curador.

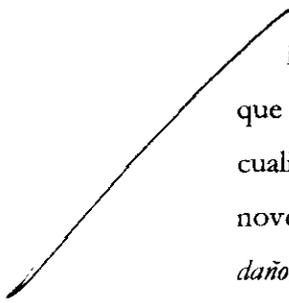
2. Algunos alcances del denominado Actor Civil en el proceso penal

El proceso penal que se genera en relación a la imputación de un delito tiene como objetivo principal la determinación de la comisión del hecho imputado, la responsabilidad de los imputados, y en su caso, la determinación de la pena que corresponda, pero además de esto, el artículo noventa y dos del Código Penal establece que conjuntamente con la pena deberá determinarse la reparación civil.

No obstante, que la reparación civil es una pretensión privada, la norma penal obliga al Juzgador a determinar la reparación civil conjuntamente con la pena, aún cuando la parte agraviada no haya hecho valer tal pretensión, por esto, conforme a la estructura actual del proceso penal, regulado por el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta y normas modificatorias, la función de persecución conjunta del delito y la reparación civil corresponde al Ministerio Público y será ejercida aún en los casos que el agraviado intervenga en el proceso planteando la pretensión de la reparación civil, generándose una labor conjunta del Ministerio público y la Parte



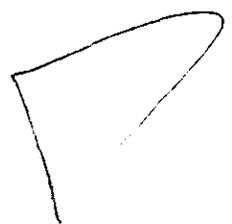
Civil en este extremo; sin embargo, para pretender el pago de la reparación civil por el agraviado, y en su caso, para hacer valer las medidas cautelares para garantizar el pago, como la anotación preventiva de la nulidad de transferencias y las medidas de embargo, no basta tener la condición de agraviado o afectado por el delito, resulta necesario que tal condición sea formalmente reconocida en el proceso mediante la constitución de parte civil o actor civil.



El Código Penal de mil novecientos noventa y uno, carece de normas específicas que orienten al Juzgador sobre los criterios de determinación de las dimensiones cualitativas y cuantitativas de la reparación civil a diferencia del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, que sí establecía que *“la reparación se hará valorando, la entidad del daño, por medio de peritos si fuere practicable, o por el prudente arbitrio del juez”*, por lo que, ante tales circunstancias es criterio uniforme y consensuado que su aplicación se rige supletoriamente con el artículo ciento uno del Código Penal, el cual dispone, que *“la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”*, esto es, por las normas que regulan la *“Responsabilidad Extracontractual”* en los artículos mil novecientos sesenta y nueve a mil novecientos ochenta y ocho y dos mil uno del Código Civil, consecuentemente, además de la restitución del bien objeto del delito, la reparación civil también está constituida por la indemnización por los daños y perjuicios, que a su vez es integrado por el *“daño emergente”*, caracterizado como la disminución de la esfera patrimonial del afectado y por el *“lucro cesante”*, que se define como el no incremento en el patrimonio del afectado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir.



Cabe precisar, que en cuanto al monto de una potencial sanción resarcitoria correspondiente al concepto del lucro cesante, deben valorarse, todos los beneficios de utilidad económica, que las víctimas de los delitos puedan haber dejado de percibir como consecuencia del delito y que se habría obtenido si el evento dañoso no se hubiera verificado, concepto resarcitorio cuya determinación no puede ser fijada al libre albedrío por el Juzgador, sino que está sujeta a principios rectores, como el de ser cierta y sobre todo probada, junto con su relación directa con el daño causado, pues *“para*



*conseguir la efectiva reparación del daño económico es fundamental que el actor civil demuestre no sólo la existencia de este daño sino sobre todo su cuantía*¹¹²; del mismo modo, una cuantificación en el mismo sentido debe ser realizada por el concepto del daño emergente; y aún cuando no sucede lo mismo en relación a las consecuencias no patrimoniales, "circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales -no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas - se afectan como acota Alastuey Dobón, bienes inmateriales del perjudicado, que no tiene reflejo patrimonial alguno"¹¹³, este Supremo Tribunal considera que no es necesario ingresar a evaluar las consideraciones que tuvo la Sala Penal juzgadora sobre estos temas, debido a la inexistencia de agravios sobre los cuales efectuar el análisis.

3. Límites de la intervención del Actor Civil en el proceso penal.

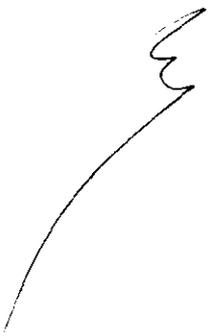
La ley procesal penal reconoce a la parte civil un conjunto de derechos tales como deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los medios impugnatorios que la ley prevé, formular peticiones en salvaguarda de sus derechos e intereses, solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación, ampliación o cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos, en tanto ello afecte, de uno u otro modo, la reparación civil, sus intereses, así como en los resultados y efectividad del proceso respecto a su ámbito de intervención.

El ámbito de intervención del actor civil una vez dictada la sentencia en la que se establece la responsabilidad penal del imputado y es fijado el monto del resarcimiento económico, es reducido; resultando comprensible el grado de intervención del actor civil como sujeto procesal cuando aún no se ha logrado determinar al causante de su perjuicio; empero, establecida su intervención así como la responsabilidad civil que le recae, ¿cuál es la participación que le compete en el proceso penal?, obvias razones nos

¹¹² Vid., así lo establece el jurista peruano, GARCÍA CAVERO, Percy. "Lecciones de Derecho Penal – Parte General". Editorial Grijley, Lima, dos mil nueve, página setecientos ochenta y ocho.

¹¹³ Vid., El Acuerdo Plenario número seis / CJ guión ciento dieciséis, de fecha trece de octubre de dos mil seis. [sobre la reparación civil y los delitos de peligro].

señalan que su intervención se rige en el ámbito de declararse conforme o disconforme del monto económico establecido por dicho concepto.



El artículo doscientos noventa del Código de Procedimientos Penales una vez determinada la responsabilidad penal del agente, limita el ámbito de intervención de la Parte Civil, pues su interés se ha desvanecido al ser condenado el causante del perjuicio, así dispone que *“La parte civil puede interponer recurso de nulidad sólo por escrito, en el mismo término señalado en el artículo anterior, y únicamente en cuanto al monto de la reparación civil, salvo el caso de sentencia absolutoria”*, tal precisión del legislador es consecuente con la razón de ser de dicho sujeto procesal, en tanto, que no es de su competencia el *quántum* de la pena, sino del representante del Ministerio Público como titular de la acción penal, en tal sentido, es indispensable que el actor civil al interponer su recurso de nulidad exponga las razones por las cuales no se encuentra conforme con el monto del resarcimiento económico fijado por la Sala Penal Especial que sentencia. *“El actor civil tiene en el proceso penal el derecho de intervenir sólo para acreditar los hechos y los daños y perjuicios que le hayan ocasionado. Este es el límite que tiene”*¹¹⁴. Fundamentalmente sus derechos consisten en facultades probatorias y en facultades para reclamar. Las primeras consisten en facultades probatorias y en facultades para reclamar, las primeras se refieren a la existencia del hecho causante del daño cuya reparación reclama y a la existencia de ese daño, comprendidos el daño material y moral y la privación de la cosa mediante el delito. La segunda se refieren a la restitución de la cosa obtenida por el delito y a la indemnización”¹¹⁵

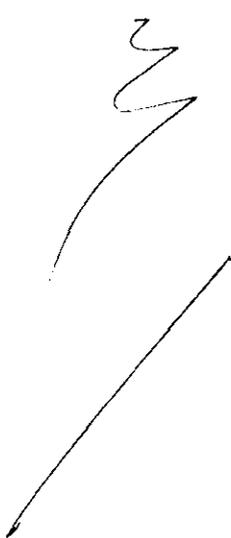


4. Respecto al monto de la reparación civil fijada en favor a **Gustavo Gorriti Ellenbogen**

El abogado de la Parte Civil al sustentar el incremento del monto resarcitorio de carácter civil en favor de **Gustavo Gorriti Ellenbogen**, alegó que en la recurrida se

¹¹⁴ Vid. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *“El Nuevo Proceso Penal Peruano – Teoría y Práctica de su Implementación”*. Palestra Editores. Lima dos mil nueve, página doscientos treinta y siete.

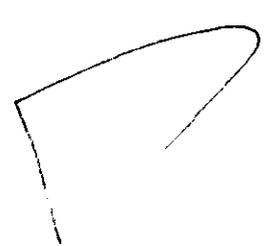
¹¹⁵ Núñez Ricardo. *La Acción Civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, mil novecientos cuarenta y ocho, página ciento cuarenta y dos.



impuso al sentenciado una suma de cuarenta y seis mil ochocientos nuevos soles, por debajo del solicitado por el representante del Ministerio Público de aproximadamente trescientos mil nuevos soles, y que en su opinión se debe a que no se valoró el daño causado, de carácter extrapatrimonial y que responde a la situación de angustia y terror propiciada por una privación arbitraria de libertad, realizada por efectivos militares y con fines eminentemente políticos, tampoco el quebrantamiento del orden constitucional, lapso de tiempo en el que no se garantizaba el respeto de los derechos de las personas, además, del hecho que su detención respondía a un crimen de Estado y el grado de crueldad con el que se perpetró el secuestro.



Estas pretendidas alegaciones de la Parte Civil no son amparables, en principio, porque todos los argumentos que esbozó constituyen factores o circunstancias objetivas y subjetivas propias de la naturaleza del delito materia de imputación; en segundo lugar, estos elementos de valoración sí fueron analizados por la Sala Penal juzgadora, no resultando cierta la afirmación que hace el recurrente, en este extremo a que no se habrían valorado tales circunstancias; y esto, se acredita de la simple lectura de los acápites setecientos ochenta y nueve al setecientos noventa y seis; y en tercer lugar, aún cuando el abogado de la Parte Civil tuvo la oportunidad de sustentar sus agravios limitándose a establecer las razones objetivas por las cuales debía elevarse el monto de la reparación civil, únicamente dirigió su defensa a tratar de generar convicción sobre la consumación de los delitos que se le imputaron a Fujimori Fujimori y su responsabilidad en la comisión de los mismos, ámbitos de competencia del representante del Ministerio Público y en sí entendibles sólo si el imputado hubiese sido absuelto de los cargos, hecho que no ha sucedido, es más, el Fiscal Supremo en lo Penal al iniciar su exposición oral el día veinticinco de noviembre del presente año - oportunidad en la que se realizaron las réplicas de las argumentaciones orales que tuvieron todas las partes procesales- realizó tal atingencia, invocando a los abogados de la Parte Civil para que amplíen sus alegaciones respecto a la sanción resarcitoria, puesto que, como órgano persecutor del delito y defensor de la legalidad, centró sus argumentos en la



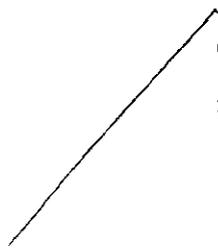
determinación de la responsabilidad penal del procesado, en tal sentido, en puridad podemos inferir que no existen nuevos elementos de juicio o agravios que permitan a este Supremo Tribunal realizar un análisis valorativo, por lo que, no resulta atendible la pretensión de la Parte Civil en cuanto al agraviado Gorriti Ellenbogen.

5. Respecto al monto de la reparación civil fijada a favor de Rosa Elvira León Lunazco

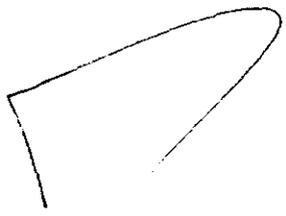
Que, en relación a la suma asignada en calidad de reparación civil a Rosa Elvira León Lunazco, si bien durante los informes orales correspondientes a la vista de la causa del día veintitrés y veinticinco de noviembre del presente año (fecha en que las partes realizaron las replicas de las argumentaciones esbozadas por el abogado de la defensa), igualmente, sustentaron su posición de hecho y de derecho de manera errónea, pues toda su exposición se basó en argumentos de exclusiva competencia del titular de la acción penal; sin embargo, en este caso sí existe una diferencia sustancial a la del agraviado Gorriti Ellenbogen, pues en su escrito de fundamentación de agravios de fojas sesenta y nueve mil seiscientos cuatro, la Parte Civil es clara en su posición de argumentar que las indemnizaciones ordenadas por la Corte Interamericana solamente incumbe a los órganos e instituciones del Estado, empero, los autores del delito también asumen su obligación de reparar civilmente a las víctimas de sus actos; del mismo modo, refirió que los hechos constituyen crímenes de lesa humanidad; sin embargo, sobre similares argumentos el Tribunal Juzgador efectuó una evaluación de las consecuencias ex-delicto derivadas del actuar criminal cometido en el denominado caso “Barrios Altos”, teniendo en cuenta que no era posible una doble indemnización económica por los daños sufridos, que a su criterio resultaba indebido, toda vez, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había identificado a los sujetos pasivos de los daños que recibirían una reparación específica; igualmente, la Sala Penal juzgadora valoró los hechos delictuosos, como el denominado caso “Barrios Altos”, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos calificándolos de lesa humanidad, cabe precisar también, que analizó el interés de Rosa



Elvira León Lunazco, para que también fuera incluida como beneficiaria del agraviado Máximo León León, indicando sobre dicho extremo que 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 pertinentes, esto es, que previamente prueben tal derecho.



No está por demás señalar que el monto de la reparación civil dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de fecha treinta de noviembre de dos mil uno, específicamente sobre las reparaciones económicas, fue emitida en atención a un acuerdo con las víctimas de los hechos, representados por sus familiares y representante y en algunos casos por los propios agraviados, es más, se establecieron reparaciones no pecuniarias; asimismo, se tuvieron en cuenta otras sentencias dictadas tanto en el fuero civil como en el militar, relacionados con los sucesos de “Barrios Altos” y “La Cantuta” y en donde se fijaron reparaciones civiles a favor de algunos agraviados que también fueron beneficiados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; que por lo demás, no se adjunta ningún 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 penal; consecuentemente, la pretensión de Rosa Elvira León Lunazco también debe ser desestimada.



CAPÍTULO VII

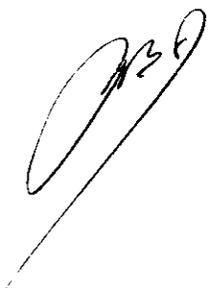
DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA



Que, aún cuando el cuántum de la pena no es materia de grado, pues no fue impugnada por la defensa técnica del imputado Alberto Fujimori Fujimori, ni por el representante del Ministerio Público, es preciso evaluar los criterios que sirvieron de sustento a la pena impuesta por el Tribunal de Instancia, es decir, analizaremos si la determinación judicial de la pena que efectuó la Sala Penal Especial se ajustó al principio de legalidad de la pena y a las circunstancias que estatuyen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal.



La determinación o la individualización judicial de la pena no es más que una concreción de la teoría de los fines de la pena. De acuerdo con esta idea, las normas relativas a la determinación judicial de la pena deben interpretarse en la línea de una teoría normativa y comunicativa de la prevención general positiva.¹¹⁶



De ahí que, los datos relevantes del hecho delictivo para modular la pena hacia arriba o hacia abajo es una cuestión que sólo puede ser resuelta de acuerdo con un concepto material de delito. De esa manera se elimina la arbitrariedad al vincularse los criterios de determinación de la penal a los mismos criterios que sirven para decidir si

¹¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Retribución y Prevención General: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Montevideo – Uruguay – Marzo dos mil siete, página seiscientos setenta y seis.

se impone pena o no. Sólo si sabemos por qué definimos una conducta como delito es posible graduar la pena adecuada a un hecho concreto.¹¹⁷

En nuestro ordenamiento jurídico penal para efectos de determinar e individualizar la pena a imponer se toman en cuenta las circunstancias descritas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; que, en efecto, el primero prevé las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen; por otro lado, el segundo de los artículos mencionados contempla los factores para la medición o graduación de la pena a los que se recurre atendiendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del mismo o modificatorias de la responsabilidad.

Por ello, para la determinación de la pena se debe tener en consideración, de conformidad con lo estatuido por el artículo cuarenta y seis del Código Penal, los límites punitivos (mínimo y máximo) fijados para los delitos consumados (homicidio calificado – asesinato, lesiones graves y secuestro agravado), debiendo además tomarse en consideración, como en el presente caso, que el encausado tiene la calidad de autor mediato, el que de conformidad con lo estipulado por el artículo veintitrés del Código Penal será reprimido con la pena establecida para los hechos punibles que perpetró; por ello, el órgano jurisdiccional está facultado para recorrer todo el ámbito de la pena conminada enmarcada siempre en el principio de legalidad de la pena y con fiel respeto a los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal) como así lo señala el sétimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número uno – dos mil ocho – ciento dieciséis de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho; El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho número Uno. Barcelona, Enero dos mil siete, página nueve.



No obstante ello, la determinación judicial no sólo tiene que ver con cuestiones de legalidad ordinaria, sino con el respeto de garantías y principios constitucionales de la administración de justicia, siendo uno de ellos la motivación de las resoluciones judiciales (inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política y artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial); en consecuencia, para graduar la pena a imponer, el juez debe tener en cuenta el tipo del ilícito como la culpabilidad, pues el análisis de los factores que los agravan o atenúan debe ser realizado en forma amplia; en efecto, el ilícito culpable es la base de la determinación de la pena, pues la sanción penal debe ser proporcional al ilícito cometido, de lo que se infiere que la medida de la pena se gradúa fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad y, en este sentido, los factores generales y los individuales son decisivos para la determinación del grado de culpabilidad y la gravedad de la pena.



Por tal razón, en primera instancia, luego de haber individualizado la figura legal aplicable al caso, el juez debe valorar qué alcance tuvo la lesión jurídica, analizando la magnitud y cualidad del daño causado; por ello, el órgano jurisdiccional debe definir de modo cualitativo y cuantitativo, cuál es la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible, pero no solamente se trata de llegar a una determinación formal, sino que debe responder a un razonamiento lógico, que a partir de silogismos principales y complementarios permita justificar de manera interna, pero también de manera externa la decisión adoptada¹¹⁸



La individualización de la pena concreta consiste en llegar a la pena judicial. Si el primer momento de la determinación de la pena, lo fija el legislador con ese mínimo y ese máximo, el Juez lo reconoce a través de la pena básica; el segundo paso que corresponde a la pena concreta, es un ejercicio estrictamente judicial, que no puede ser el resultado de una actividad empírica rutinaria, sino de un proceso técnico, que

¹¹⁸ Seminario Taller: Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena, por Víctor Roberto Prado Saldarriaga; abril – 2008.

justamente permita justificar los resultados obtenidos; vale decir, la pena concreta, la pena judicial, la pena que va aparecer en la sentencia condenatoria¹¹⁹.

En este orden de ideas, siguiendo la línea argumentativa de la Sala Penal Especial, y partiendo del hecho que se acreditó la materialidad de los delitos acusados, esto es, homicidio calificado – asesinato (inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal; lesiones graves (incisos uno, dos y tres del artículo ciento veintiuno del Código Penal) y secuestro agravado (inciso uno del segundo párrafo del artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal), así como la responsabilidad penal del imputado Alberto Fujimori Fujimori, resulta conveniente analizar la pena conminada y la pena básica prevista para cada uno de los indicados delitos.

En efecto, la pena abstracta debe ser determinada conforme a los marcos penales establecidos en los delitos incriminados: asesinato (conforme al inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal), lesiones graves (conforme a los incisos uno, dos y tres del artículo ciento veintiuno del Código Penal), y secuestro agravado (conforme al artículo ciento cincuenta y dos, inciso 1, del segundo párrafo del Código Penal). Las normas penales aplicables en el tiempo se determinan conforme al principio *tempus comissi delicti* (siendo viable solo su retroactividad o ultractividad benigna, más no desfavorablemente), y en este orden de ideas tenemos:

1. Pena conminada y básica para el delito de homicidio calificado (Art. 108° inciso 3 del C.P.)

Resultó acertado establecer por parte del Tribunal de Instancia que la pena básica para los delitos de asesinato en el caso “Barrios Altos”, tiene como límite mínimo quince años y como límite máximo veinticinco años de pena privativa de libertad, en tanto los hechos imputados ocurrieron el tres de noviembre de mil novecientos

¹¹⁹ Seminario Taller: Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena, por Víctor Prado Saldarriaga; abril – 2008.

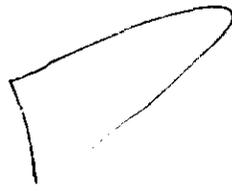


noventa y uno, estando vigente el texto original del artículo ciento ocho del Código Penal que establecía como pena conminada pena privativa de libertad no menor de quince años, pero como dicho artículo no definía el extremo máximo de la sanción a imponerse, la pena básica debía configurarse tomando en cuenta el límite general previsto en el Libro Primero del Código Penal, específicamente en su artículo veintinueve, esto es, veinticinco años, en tanto las modificaciones posteriores que sufrió dicho artículo resultan desfavorables al imputado.



Que, en relación al caso “La Cantuta”, el Tribunal de Instancia apropiadamente tuvo en cuenta que: **i)** los hechos punibles ocurrieron el dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos, por consiguiente; **ii)** que el artículo veintinueve del Código Penal, modificado por el Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, del seis de mayo de mil novecientos noventa y dos, preveía una pena máxima de cadena perpetua; y, **ii)** que el citado artículo fue modificado posteriormente por la Ley número veintiséis mil trescientos sesenta, del veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro; posteriormente mediante el Decreto Legislativo número ochocientos noventa y cinco, del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y ocho, y por el Decreto Legislativo número novecientos ochenta y dos, del veintidós de julio de dos mil siete; consecuentemente, la pena básica se debe definir en base al principio de retroactividad de la ley penal más favorable conforme a lo previsto por el artículo seis del Código Penal; que, de este modo, en atención a las modificatorias que sufrió el artículo veintinueve del Código Penal y la fecha en que acontecieron los hechos, la pena básica tiene como límite mínimo quince años y como límite máximo veinticinco años de pena privativa de libertad.

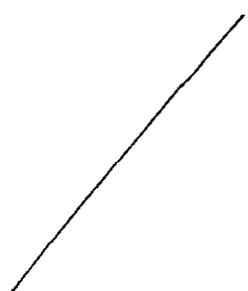
2. Pena conminada y básica para el delito de lesiones graves (Art. 121º incisos 1, 2 y 3 del C.P.)



Para estos efectos el Tribunal de Instancia tomó en consideración la fecha en que se perpetraron las lesiones graves de algunos agraviados en relación al



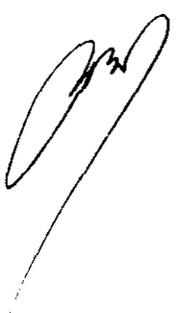
caso “Barrios Altos”, es decir, el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, a cuyo efecto estuvo vigente el texto original de los incisos uno, dos y tres del primer párrafo, del artículo ciento veintiuno del Código Penal, que establecía como pena conminada pena privativa de libertad no menor tres ni mayor de ocho años; y no obstante que con posterioridad el citado artículo fue modificado por la Ley número veintiocho mil ochocientos setenta y ocho, del diecisiete de agosto de dos mil seis, que incrementó el mínimo legal a cuatro años, en aplicación del principio de legalidad y de ultractividad de la ley penal más favorable la pena básica muy acertadamente se consideró para este delito un mínimo de tres años y un límite máximo de ocho años de pena privativa de libertad.



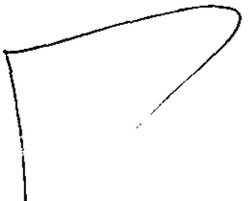
3. Pena conminada y básica para el delito de secuestro agravado (Art. 152 inciso 1 del segundo párrafo del C.P.)



El Tribunal de Mérito tuvo en cuenta para establecer la pena básica la aplicación del principio de legalidad de las penas y de irretroactividad de las leyes penales desfavorables, en tanto dicho delito se consumó en dos momentos: **i)** el seis de abril de mil novecientos noventa y dos –que se prolongó hasta el día siete de ese mes y año– para el agraviado Gorriti Ellenbogen; y, **ii)** y el veintisiete de julio de mil novecientos noventa y dos –que se prolongó hasta el cinco de agosto del mismo año– para el agraviado Dyer Ampudia, esto es, se cometieron cuando estaba vigente el texto original del inciso uno del artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal, que sancionaba con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años, y si bien dicha penalidad fue reformada en diversas épocas, estas no resultaron favorables al imputado.



Desde tal punto de vista, el Tribunal de Instancia determinó correctamente los marcos penales aplicables al presente caso: **i)** la pena abstracta para los delitos de asesinato tiene como límite mínimo quince años y como límite máximo veinticinco años de pena privativa de libertad; **ii)** la pena abstracta para los delitos de lesiones graves tiene como límite mínimo tres años y como límite máximo ocho años de pena



privativa de libertad; y, **iii)** la pena abstracta para los delitos de secuestro tiene como límite mínimo diez años y como límite máximo veinte años de pena privativa de libertad.

4. Límite punitivo fijado por el Tribunal de Instancia

Que, el Tribunal Especial antes de establecer la pena concreta estimó no justificable la pretensión punitiva que pretendía el representante del Ministerio Público, en tanto en mérito al principio de legalidad penal el límite máximo de la pena privativa de libertad a imponer para los delitos acusados es de veinticinco años, lo que evidentemente tiene sustento al evaluar cómo llegó a determinar la pena básica para cada uno de ellos.

5. Pena concreta a la que arribó el Tribunal de Instancia por 25 asesinatos y otros delitos graves.

Que, para dichos efectos, el Tribunal de Instancia señaló la necesaria aplicación del artículo cincuenta del Código Penal, que regula el concurso real de delitos, en tanto se habían perpetrado dolosamente varios resultados materiales mediante diversas acciones típicas independientes –pluralidad de actos de voluntad–, explicando con puntualidad que sólo es aplicable al presente caso el texto original de dicho artículo en atención a que su posterior modificación por la Ley número veintiocho mil setecientos treinta, del trece de mayo de dos mil seis, fue regulada con posterioridad a la comisión de todos los delitos objeto del proceso y por ser además desfavorable al imputado (aplicación del principio de legalidad y de irretroactividad de una ley penal posterior cuando es desfavorable); por lo que, en este orden de ideas, el Sala Penal Especial estableció que la pena básica del concurso real de delitos era la prevista para el hecho punible más grave, que es el delito de asesinato, y de este modo el marco punitivo para concluir en la pena concreta para el imputado Fujimori Fujimori quedó fijado en no menor de quince años ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad.

También se estimó como circunstancia agravante el concurso real de delitos, en tanto advirtió la extensión del daño causado que registra una pluralidad de víctimas de asesinato (veinte y cinco muertes, incluido un niño); lesiones graves (cuatro agraviados) y secuestro agravado (dos agraviados), lo que eleva el grado de antijuricidad y, por ende, la relevancia punitiva de los delitos que generó el imputado Fujimori Fujimori desde su posición de autor mediato, y que tal circunstancia unida a la condición funcional y de poder que aquél ostentaba y de la cual abusó para realizar los hechos punibles, imponen al órgano jurisdiccional la más grave y severa desvaloración de su actuación ilícita, lo que debe reflejarse en la extensión de la pena concreta, la que debe ser el máximo autorizado por la ley; que a ello se suman las características de ejecución del hecho, su lógica planificada y la oposición radical a su deber de respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, derivados de su posición de máximo dignatario de la Nación –relación de garante de los bienes jurídicos lesionados– que, asimismo, destacó la intervención organizada de una pluralidad de personas en los hechos típicos, lo cual representaba una antijuricidad más pronunciada al importar un poder ofensivo más intenso y un estado de indefensión más relevante de las víctimas; los ejecutores materiales actuaron sigilosamente –también todos los que intervinieron en la cadena de mando y transmisión de órdenes–, situación que les permitió obrar sobre seguro y sabiendo que las víctimas se hallaban impedidas de cualquier clase de oposición; que, sin embargo, esta circunstancia no podía superar el marco penal propio del delito de asesinato, que se fijó como límite insuperable.

Por otro lado, la Sala Penal Especial señaló que no resultó posible imponer una pena privativa de libertad de menor intensidad, pues no concurría al caso de autos ninguna circunstancia atenuante genérica ni específica; que, por tanto la pena concreta debe ser la de veinticinco años de pena privativa de libertad.

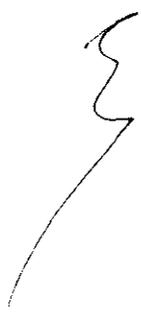
Además de ello, son factores que este Supremo Tribunal toma en cuenta para determinar que la pena concreta impuesta por el Tribunal Penal Especial es la correcta:

i) La importancia e intensidad de los deberes infringidos por el encausado vinculada al injusto *ex ante* en razón del quebrantamiento de sus deberes constitucionales específicos, derivados de su condición de Presidente de la República, cuya observancia, en el caso concreto, le era perfectamente exigible; ii) La relación de superioridad del agente respecto a los autores directos de los delitos y el prevalimiento del poder público de los que se valió para realizar los hechos punibles incriminados, criterios vinculados también al injusto *ex ante*; iii) La extensión del daño causado vinculada al grado de injusto *ex post* por la afectación material del bien jurídico tutelado: que se revela en el hecho que el encausado haya realizado sus delitos con pluralidad de víctimas de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado; iv) La forma de ejecución de los crímenes, su lógica planificada y la intervención en ellos de una pluralidad de personas, que hacen más disvaliosa la conducta por la forma o modo de comisión del delito, pues aseguran la ejecución del hecho y permiten actuar sin riesgo, incrementando el poder ofensivo y aprovechándose del estado de indefensión de las víctimas (o de su escasa posibilidad de defenderse); y, v) Más allá de estos factores que encarecen la pena concreta, no se advierte la concurrencia de ninguna circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, que contrarresten o compensen su efecto agravatorio.

En consecuencia, estamos ante un supuesto en que se presentan un número plural de circunstancias agravantes y ninguna circunstancia atenuante, al que corresponde, razonada y proporcionalmente, el extremo máximo de la pena conminada. Por ende, cabe concluir que la pena concreta impuesta por el Tribunal de Instancia (veinticinco años de pena privativa de libertad) se encuentra arreglada a ley.

Por lo demás, conforme a los hechos probados, estos se adecuan a los elementos de tipicidad objetiva de los delitos imputados. También resulta claro que en cuanto a la tipicidad subjetiva su comportamiento fue doloso, con conocimiento y voluntad, sin que aparezca la presencia de error en el nivel de la tipicidad, tampoco causa de justificación en la antijuricidad ni algún supuesto de exclusión de culpabilidad.

6. Inaplicabilidad de la pena de inhabilitación



Que, en efecto, el Tribunal de Instancia consideró de modo acertado que como los delitos por los que se le condenó al imputado Fujimori Fujimori se cometieron en base al abuso del poder funcional que ejercía el imputado, es que conforme a lo dispuesto en el artículo treinta y ocho del Código Penal, sería del caso imponerle una inhabilitación accesoria adecuada; no obstante, como el representante del Ministerio Público no solicitó la aplicación de dicha pena limitativa de derechos en su acusación escrita ni en su requisitoria oral, lo cual como consecuencia estricta de la garantía de defensa procesal, limita las facultades del Tribunal para imponer de oficio dicha sanción, obstáculo insuperable fijado en el Fundamento Jurídico doce, del Acuerdo Plenario número dos – dos mil ocho/CJ – ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho.

7. Cómputo de la pena privativa de libertad



Que para estos efectos el Tribunal Especial tuvo en cuenta lo previsto por el artículo cuarenta y siete del Código Penal, que señala que son abonables a la pena privativa de libertad impuesta –a su cómputo–, el tiempo de detención que haya sufrido el procesado a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención; por lo que, en el presente caso, no sólo computará la detención sufrida por el imputado desde que llegó al país procedente de Chile [siete de enero de dos mil cinco], pues como consecuencia de la solicitud nacional en los marcos del procedimiento auxiliar de extradición se le sometió a privación de libertad cautelar en ese país.

Por otro lado, las informaciones periodísticas, en tanto consolidan un hecho público y notorio, dieron cuenta que el imputado Fujimori Fujimori no estuvo privado de su libertad en un centro oficial de detención todo el tiempo que duró el procedimiento de extradición. Desde el dieciocho de junio de dos mil seis hasta el siete de junio de dos mil siete gozó de libertad bajo fianza, y desde el ocho de junio de dos

mil siete hasta el veintidós de septiembre de ese mismo año se dictó en su contra arresto domiciliario. El período en cuestión no es de abono a la pena de privación de libertad, en especial el de arresto domiciliario en virtud de la interpretación sancionada por el Tribunal Constitucional en la STC número 0019–2005–PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco.

Que, por consiguiente, es de concluir que la determinación de la pena efectuada por el Tribunal de Instancia resulta razonable y proporcional a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho típico perpetrado.

The left side of the page contains several handwritten marks. At the top, there is a jagged, lightning-bolt-like scribble. Below it is a long, diagonal line. Further down, there are two distinct signatures: the first is a stylized, cursive signature, and the second is a signature that includes the number '1130'. At the bottom left, there is a large, simple geometric shape resembling a right-angled triangle or a stylized 'D'.

PARTE TERCERA

DECISIÓN DE LA SALA SUPREMA

Por los fundamentos expuestos en la sentencia recurrida y por los argumentos señalados en la presente resolución declaramos:

I. POR UNANIMIDAD: NO HABER NULIDAD en la sentencia expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, de fecha siete de abril de dos mil nueve, de fojas sesenta y ocho mil ochocientos sesenta y tres, corregida mediante resolución que aparece a fojas catorce de abril de dos mil nueve, de fojas sesenta y nueve mil quinientos noventa y tres, en el extremo que condenó a Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori como autor mediato de la comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad 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 Arquñigo, 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 contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Lesiones Graves, en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvitres (Caso “Barrios Altos”); los mencionados delitos de homicidio calificado

y lesiones graves constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal.

II. POR MAYORÍA: NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida en el extremo que lo condena como autor mediato de la comisión del delito contra la Libertad Personal, en la modalidad de Secuestro Agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edward Dyer Ampudia (Caso Sótanos SIE).

III. POR UNANIMIDAD: NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida en el extremo que la Sala Penal Especial le impuso **VEINTICINCO** años de pena privativa de libertad, que computada desde el siete de noviembre de dos mil cinco en que fue privado de su libertad en la República de Chile, atendiendo a la solicitud de extradición hasta el dieciocho de junio de dos mil seis en que obtuvo libertad bajo fianza y desde el veintidós de setiembre de dos mil siete en que fue puesto a disposición de la Sala Penal Especial, vencerá el diez de febrero de dos mil treinta y dos.

IV. POR UNANIMIDAD: NO HABER NULIDAD en la sentencia en el extremo que fija por concepto de pago compensatorio, la cantidad de dos mil novecientos setenta y un nuevos soles con cuarenta y tres céntimos a favor de los herederos legales de Máximo León León; finalmente, el extremo que determina por concepto de indemnización por daño extrapatrimonial o inmaterial, la suma de cuarenta y seis mil ochocientos nuevos soles a favor del agraviado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

**EL SECRETARIO DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, CERTIFICA QUE
EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO BIAGGI
GÓMEZ, ES COMO SIGUE:**

VISTOS; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, y, **CONSIDERANDO:** Que, con el debido respeto por la opinión de mis colegas Magistrados emito el presente voto discordante por las razones que expongo; pues si bien estoy de acuerdo con mis colegas sobre las consecuencias jurídicas de la responsabilidad penal y merecimiento de pena del encausado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori; en cuanto al delito de homicidio calificado, sin embargo, en el extremo respecto al delito de secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edward Dyer Ampudia (Casos Sótanos S.I.E.), sostengo que la responsabilidad es por autor mediato del delito de secuestro simple, en base a los siguientes considerandos:

1. Que, conforme al dictamen acusatorio, formulado por el Fiscal Supremo y de acuerdo a lo que es materia de impugnación, se imputa al encausado Fujimori Fujimori el delito de secuestro con la agravante comprendida en el inciso primero del artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Penal. y debido a la forma en que fueron los agraviados privados de su libertad, por agentes del Estado, en un estado de facto y estando suspendidas las garantías constitucionales, dicha situación de incertidumbre les causó un sufrimiento innecesario a los agraviados Gustavo Gorriti y a Samuel Dyer.
2. El Fiscal atribuye al procesado Alberto Fujimori Fujimori haber planificado y ordenado, al personal militar, privar de la libertad a Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen (periodista), ello conjuntamente con Vladimiro Montesinos. El hecho sucedió el 06 de abril de 1992, como a las 3 de la mañana en que personal militar, allanó su domicilio, y sin mediar comunicación previa, ni información razonada, lo detuvo y

trasladó a las instalaciones del SIE. En ese lugar lo recibió el jefe del SIE, coronel EP Alberto Pinto Cárdenas. El agraviado permaneció en el sótano de la mencionada dependencia (local SIE), hasta el día siguiente (07 de abril de 1992), donde luego lo trasladaron a la Dirección de Seguridad del Estado, ubicada en las instalaciones de la Prefectura de Lima.

El sentenciado Alberto Fujimori mediante video conferencia del 08 de abril de 1990 en Palacio de Gobierno expresó las medidas que se tomó contra los medios de comunicación, que duraron entre 24 a 36 horas, cuyo propósito fue preservar el orden público. Así mismo reconoció que ordenó la vigilancia de un domicilio político y de varias personas para asegurar el orden público, porque quería evitar que los políticos salgan a la calle, convoquen gente y generen víctimas, pues él imaginaba eso. Así mismo aceptó la detención vigente de Agustín Mantilla Campos (dirigente aprista), a su vez aceptó que hubo detenidos en mayor número, pero todos ya están liberados.

Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, fue intervenido por personal militar que lo detuvo y lo trasladó al local del SIE, ubicado en el Cuartel General del Ejército, así mismo no registraron su ingreso y personal que lo vigilaba, no permitieron que lo vean. Al llegar a las dependencias del SIE lo encerraron en uno de los sótanos. En la madrugada del 07 de abril de 1992, como las 3 de la mañana, lo trasladaron a las instalaciones de la DINCOTE, que en esos momentos compartía con la Dirección de Seguridad del Estado. Allí advirtió, en primer lugar, que había numerosos periodistas radicales detenidos por sus emisiones contra el golpe de estado; y en segundo lugar que no pasó nada porque había producido un fuerte reclamo público por su liberación

Además acota, que como las 7 de la mañana del 07 de abril de 1992, lo llamó el Gral. PNP Ketín Vidal, quien le manifestó que Montesinos Torres había insistido que se le acusara de terrorismo. En la mencionada conversación el mencionado Gral. PNP, le informó que, por el contexto de lo sucedido, el acusado Fujimori estaba al tanto de

lo que estaba pasando. No fue interrogado ni maltratado durante su cautiverio en el SIE ni en la DIRSEG.

El agraviado concurrió a una primera conferencia que el sentenciado dio a la prensa extranjera, el 08 de abril de 1992. En esa oportunidad el agraviado emplazó a Fujimori por lo ocurrido e instó la devolución de su computadora a lo que el sentenciado respondió que lo haría inmediatamente, lo cual se concretó al día siguiente (09 de abril de 1992).

Que el Gral. EP Hermoza Ríos, en una entrevista que le hizo en el 2003, reconoció que él firmó la orden de detención, y lo hizo en presencia a pedido de Montesinos y anuencia explícita de Alberto Fujimori, incluso en la conferencia de prensa aludida, el sentenciado Fujimori, dirigiéndose al periodista Fernando Yóvera, le dijo que sus hermanos están por ser dados en libertad. Todo lo expuesto lo hace concluir que el acusado Fujimori sabía de las detenciones arbitrarias.

El procedimiento de privación de la libertad, con motivo de la interrupción del régimen constitucional, fue similar al sufrido por dos destacados políticos.

El Gral. EP Hermosa Ríos, en ese entonces comandante Gral. del EP y presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, reconoce la firma de las denominadas “ÓRDENES DE DETENCION”, así mismo admite que no estaba autorizado para hacerlo, pero lo hizo a instancias de Montesinos que a su vez le dijo que ninguna otra persona quería hacerlo y que se trataba de una disposición especial del sentenciado Fujimori. Acota que la orden era inmovilizar a ciertos personajes en su domicilio a fin de evitar alteraciones de orden público, todo lo cual fue manejado por Montesinos desde el SIN, quien no le indicó que personas serían trasladadas al SIE.

El 3 de abril de 1992 se realizó una reunión en su domicilio oficial. En la que participaron los comandantes generales de los otros institutos, el Director General de la

PNP, los Ministros de Defensa e Interior, el jefe del SIN y Montesinos. Allí se acordó el plan definitivo de la interrupción del orden democrático. No recuerda si en esa reunión se habló de la necesidad de privar de la libertad a algunas personalidades, pero el sentenciado Fujimori encargó a Montesinos que viera el plan político; así mismo se habló de la necesidad de inmovilizar en sus domicilios y que la relación debía elaborarla Montesinos Torres, quien no le presentó la nómina correspondiente.

Enfatiza que no se le comunicó de la detención del agraviado Gorriti, no se le dio cuenta de la detención. Ello indica, que no era necesario porque solo se habló de inmovilizaciones.

El Gral. EP Carmona Acha desconoce si el sentenciado dictó una disposición específica para la detención. Tampoco sabe si se dictó órdenes de inamovilidad para el día domingo 05 de abril a las 6 de la mañana; ese día se ordenó un patrullaje en toda la zona de seguridad para dar seguridad a los servicios públicos esenciales, posteriormente escuchó al sentenciado admitir que por lo menos el agraviado Gorriti estaba detenido y que iba a ser puesto en libertad.

El general Robles Espinoza (Comandante General de la Tercera Región Militar) reconoce que asistió a una reunión de comando en la Sala de Operaciones de la Comandancia General del Ejército, realizada el 05 de abril del año 1992, a partir de las 9 de la mañana; siguiendo un mismo patrón sistemático ordenó la detención de Dyer a través del aparato de poder que tenía como finalidad someter por la fuerza a los opositores al régimen de facto del acusado, no solo de los políticos sino de personas que como el detenido pudiera tener vínculos con políticos, como la relación del detenido con Alan García, no obstante fue capturado cuando se disponía a salir del país en el aeropuerto acusado de lavar dinero, traficante de drogas y finalmente de terrorista, permaneciendo incomunicado por el término de ocho días, al ser puesto a disposición de la DIRCOTE no se le encontró responsabilidad alguna, recuperando su libertad por sus propios medios; en este caso el trato cruel e innecesario se

acredita porque el mismo acusado Fujimori, usando a los medios de comunicación social, le formulo cargos graves sin una denuncia fiscal y judicial de por medio, manifestando que el afectado es un conocido narco terrorista, y que no se podía a atacar al SIN por esta captura, y que no había que tenerles miedo a los corruptos ni a su dinero, lo que demuestra que se trató de un crimen de Estado lo que le da mayor gravedad al hecho, como es el utilizar el poder del Estado frente a un ciudadano que discrepa con el gobierno de turno, poniendo en peligro su integridad física y psíquica al no existir garantías a sus derechos sin que se justifique una relación causal con el motivo que se adujo para detenerlo .

3.- La defensa del acusado plantea como agravios la atipicidad relativa por desviación de la orden dada a Vladimiro Montesinos, de inmovilizar y no detener a sus opositores políticos e insuficiencia probatoria para acreditar la agravante de trato cruel.

La agravante de crueldad en el delito de secuestro requiere 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 víctima. Ambos elementos deben concurrir y ser debidamente valorados para determinar la configuración de la crueldad o cualquiera de sus formas.

Dando respuesta a dichos agravios el suscrito considera que el acusado Fujimori no puede eximir su responsabilidad por el hecho de haber dado una orden de inmovilidad, ya que en el contexto en que estas se dieron implícitamente está la de privar ilegalmente de su libertad a sus opositores, siendo esta una responsabilidad compartida con los autores mediatos que ejecutaron dichas órdenes, asumiendo las consecuencias de las mismas.

En cuanto al segundo agravio, de conformidad con el Fiscal Supremo Pablo Sánchez, en cuanto a la agravante de trato cruel, “ para verificar la existencia de la

innecesaria del trato cruel, en un caso, debe pasar por examinar primero a la víctima, pues es ella la principal fuente de información, que permitirá determinar, a través de la indagación u aproximación a su psiquis: en primer lugar, los sufrimientos que padeció y su intensidad, en segundo lugar, si este sufrimiento o dolor se encuentra fuera del límite ordinario o no es inherente a la ejecución misma del secuestro. Este examen no debe de estar desligado con el que se exige para conocer el propósito o ánimo del agente, pues la valoración de estos elementos, igual sirve para la finalidad común de determinar la existencia de ambos elementos. El propósito de hacer sufrir a la víctima constituye el elemento subjetivo o intencional que debe verificarse en el sujeto activo, es decir, que el agente lo quiso causar de manera innecesaria y por ende calificarlos como trato cruel”.

En este orden de ideas de las declaraciones de los agraviados Gorriti y Dyer no se evidencia que se da esta circunstancia agravante de trato cruel, ya que la condición de ser los implicados agentes públicos, obedecer órdenes con fines políticos, o móviles personales, o haberse dado estas detenciones en un régimen de facto, sino que el elemento subjetivo exigido por el tipo agravado presupone un ánimo deliberado de causar un padecimiento innecesario especial y no general, no formar parte del tipo agravado de trato cruel, que dicho dolo puede inferirse de circunstancias objetivas estándar establecidas por los tratados internacionales sobre trato cruel y torturas a los detenidos o de la jurisprudencia vinculante nacional como extranjera, al respecto “ Los tribunales internacionales para calificar una conducta de cruel exigen una serie de características probadas como: aislamiento prolongado-incomunicación coactiva (CIDH - Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras) el internamiento en centros de detención y celdas reducidas e insalubres (CIDH - Caso Bámaca Velásquez) la intimidación por amenazas (CIDH - Caso “Niños de la Calle”), 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 (CIDH - Casos Loayza Tamayo vs. Perú y Castillo Petrucci vs. Perú)

restricción de agua y alimentos y condiciones insalubres en las cárceles y demás que suscite en él sentimiento de miedo, angustia de tal intensidad que quebrante su resistencia moral o física que no se dan en el presente caso, o de por sí no tienen entidad suficiente para causar daño psicológico a una víctima dentro del estándar, aún cuando se cumplen con los elementos objetivos y subjetivos del tipo base del delito de secuestro *“esto es, se afectó la facultad de poder fijar libremente su situación en el espacio, trasladándose o permaneciendo en un lugar deseado”*, sin embargo, los hechos no configuran la agravante de este tipo penal, esto es, por trato cruel, toda vez, que dado el contexto como acontecieron los hechos, estos no resultan suficientes para acreditar que existió sufrimiento innecesario en la víctimas Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia, ni mucho menos que el acusado Fujimori Fujimori como autor mediato, hubiera tenido el propósito de hacer sentir en las víctimas un tratamiento cruel, al ordenar ilegalmente la privación de su libertad, más bien, estos actos son propios de la ejecución del tipo base.

4. Que, tratándose de un concurso real de delitos, aún cuando la pena privativa de libertad por el delito de secuestro simple es inferior al delito de secuestro agravado, la pena legal impuesta de veinticinco años por el delito de homicidio calificado es la que se mantiene por ser la mayor penalidad, de conformidad a los alcances del artículo cincuenta del Código Penal.

En consecuencia, mi **VOTO** es porque se declare **HABER NULIDAD** en el extremo que se condena a Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori como autor mediato de la comisión del delito contra la Libertad Personal, en la modalidad de Secuestro Agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edward Dyer Ampudia (Caso Sótanos SIE); y **REFORMÁNDOLA** se le 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 Edward Dyer Ampudia y **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la reparación civil fijada en favor de ambos agraviados.

S.S.

BIAGGI GÓMEZ

