

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

A.V. N° 19-2001 (Acumulado al AV. N° 45-2003)

D. D. César San Martín Castro.

En el recinto de audiencias de la Sede Judicial ubicada en el ex fundo Barbadillo del distrito de Ate Vitarte, siendo las nueve de la mañana **del día miércoles veinticinco de febrero de dos mil nueve**, con la concurrencia de ley, se continuó en audiencia pública con el juicio oral seguido contra **ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI** por delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud - **Homicidio Calificado** - Asesinato - en agravio de Luis Antonio León Borja, Luis Alberto Díaz Ascovilca, 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 Isaias Ríos Pérez, Nelly Maria Rubina Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Núñez, Benedicta Yanque Churo y Javier Manuel Ríos Riojas, Juan Gabriel Mariño, 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; y **Lesiones Graves** en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Albitres; y por delito contra la Libertad Personal - **Secuestro** - en agravio de Samuel Dyer Ampudia y Gustavo Gorriti Ellenbogen.-----

Presente el señor Fiscal Supremo adjunto **GUSTAVO EFRAIN QUIROZ VALLEJOS**.-----

Presente el acusado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, con sus abogados Cesar Nakasaki Servigón, Gladys Vallejo Santa María y Adolfo Pinedo Rojas.-----

Asimismo, presente los abogados de la Parte Civil constituidos, letrados Gloria Cano Legua, Gustavo Campos Peralta y Ronald Gamarra Herrera.-----

Presente también el doctor Victor Manuel Wuest Chávez, defensor de oficio designado por el Ministerio de Justicia a esta Sala.-----

Presentes asimismo el señor Relator y la señora Secretaria de la Sala.-----

Acto seguido el señor Director de Debates da por instaurada la centésima cuadragésima octava sesión.-----

En este acto el señor Director de Debates pregunta a las partes intervinientes si tienen observaciones que formular a las actas de la centésima cuadragésima séptima sesión, manifestando los mismos que no, por lo que se da por aprobada,

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

siendo suscrita de acuerdo a ley. -----

Secretaría da cuenta que la Parte Civil representada por la doctora Gloria Cano Legua ha presentado un escrito, aclarando las conclusiones de su alegato presentado con fecha diez de febrero último, de la última parte del tercer párrafo de la página número seis, que por error material ha sido consignado en un contexto diferente al que debe decir.-----

En este estado la doctora Gloria Cano, con la venia del Tribunal, refiere: Que al momento de presentar de presentar las conclusiones por escrito se obvió la palabra "no" cambia el sentido del que se le había dado; de que nosotros reconocíamos que no se había vulnerado ningún derecho a la Parte Civil y en el documento no se había colocado exactamente lo mismo.-----

El Tribunal dispone que se agregue a los autos, teniéndose presente, con copia a las demás partes procesales.-----

En este acto a la pregunta del señor Director de Debates, si la defensa del acusado Alberto Fujimori se encuentra en condiciones para continuar sus alegatos, el mismo manifestó: Le rogaría señor Presidente que por un desorden de mi parte, mis anteojos y todos mis apuntes los están trayendo ya están cerca, en diez minutos están acá. -----

En atención a lo ocurrido, el Tribunal dispone un receso de la sesión por quince minutos para que el doctor Cesar Nakasaki pueda tener todas las condiciones de una adecuada defensa.-----

Reiniciada la sesión, con la venia del Tribunal la defensa del acusado Alberto Fujimori, doctor Cesar Nakasaki, refiere lo siguiente: Señor Presidente pido disculpas por ser causa de la demora; conforme a lo establecido hacemos entrega de nuestras conclusiones parciales de la defensa (a fojas sesenta y seis) desarrollada en la audiencia anterior para los miembros de la Sala, el señor Fiscal y abogados de la Parte Civil que concurrieron a la misma.-----

El Tribunal dispone que se agregue a los autos, teniéndose presente en su oportunidad.-----

Continuando con el desarrollo del proceso, la Dirección de Debates cede el uso de la palabra a la defensa del acusado Alberto Fujimori Fujimori, doctor Cesar Nakasaki Servigón, quien prosigue con sus alegatos utilizando dispositivas (Power Point), en los siguientes términos: Señor Presidente, señores vocales miembros de la Sala Penal Especial, en la sesión pasada empezamos a desarrollar el segundo argumento de la defensa que oponemos a la

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

acusación de secuestro calificado en agravio de Gustavo Gorriti Ellenboghen, nos oponemos a que se trabaje con el tipo penal de secuestro agravado, por el trato cruel a la víctima al considerar que debe hacerse con el tipo básico; igualmente hemos presentado el primer fundamento de este argumento, esto es, desarrollar el significado del elemento trato cruel a partir de la doctrina que se desarrolla en el ámbito de la dogmática penal del asesinato, por considerar que es mucho más rica en establecer que significa crueldad. Ahora nos toca desarrollar dentro de esta misma línea, establecer que significa crueldad o trato cruel, plantear una segunda línea, ya no utilizar la dogmática del asesinato si no la propia dogmática del secuestro. Que significa trato cruel, que significa crueldad, de acuerdo a las reglas dogmáticas del tipo penal de secuestro, que adelantamos no tiene el mismo desarrollo, la misma amplitud que en el caso del asesinato, por eso es que entendemos una metodología correcta ir al asesinato para entender que significa gran crueldad y desde ahí regresar al tipo penal de secuestro. Sin embargo, dentro de la poca doctrina que existe, dentro del ámbito del secuestro agravado, citamos a Roy Freyre que siguiendo la metodología que hemos utilizado, recoge los elementos de la crueldad y del asesinato para definir la circunstancia agravante del secuestro, trato cruel a la víctima, la que define como acrecentar deliberadamente e inhumanamente el sufrimiento de una persona que ha sido privada de la libertad causándole un dolor innecesario para el secuestro. Roy Freyre, indica ejemplos de trato cruel en el secuestro, privar a la víctima de alimentación, de bebida, mantenerla encapucha, con dificultades respiratorias, al mismo tiempo con las manos atadas a la espalda o tenerla encerrada con animales repugnantes entre ratas por ejemplo. Luis Bramont Arias Torres y María del Carmen García Cantizano, en la misma línea, esto es, ir a la dogmática del asesinato para venir al secuestro, recogen el elemento del resultado doble, como producto de la crueldad o sea un secuestro con trato cruel, tiene que generar doble resultado, tiene que afectar a la libertad ambulatoria y tiene que afectar la vida o la salud, esto es, los profesores peruanos, señalan el doble resultado, afectación de la libertad ambulatoria más peligro para la vida o daño a la salud. En otras palabras, en el trato cruel tendrían que afectarse necesariamente dos bienes jurídicos para hablar de un secuestro calificado, libertad ambulatoria más un plus, que puede ser peligro a la vida o puede ser daño a la salud. El autor español Antonio Beristain Ipaña, comenta la gran crueldad, como circunstancia agravante genérica, aplicable a todos los delitos que corresponda, por cierto

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

incluyendo el secuestro, conforme a la sistemática del artículo veintidós, inciso cinco del Código Penal Español vigente, ahí existe lo que vendría a ser nuestro artículo cuarenta y seis, la circunstancia agravante, trato cruel, la que denomina de los males innecesarios. Demostrando igualmente la influencia, que tiene el asesinato sobre esta figura de la crueldad, la agravante se define como el aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución, esto es, privo de la libertad y además ocasiono a la víctima otros males que no eran necesarios para secuestrarlo, así se pronunció el Tribunal Supremo español, en la sentencia del veinte de mayo de mil novecientos ochenta y cinco. Reconoce el Tribunal Supremo español, que cuando hay secuestro con gran crueldad, tienen que darse dos elementos: un elemento objetivo, la efectiva ejecución de males innecesarios y un plus que puede ser determinado en función del plan del agente o independientemente de aquel, - repito - el primer elemento objetivo es, la efectiva ejecución de males innecesarios, un plus que pueda ser establecido de acuerdo al plan del agente o independientemente de aquel y un elemento subjetivo, el carácter deliberado e inhumano del exceso, se trata de una maldad reflexiva, no de una reacción emotiva o hepática, prolongo el sufrimiento innecesariamente de la víctima de manera intencional, por ejemplo no la dejo dormir, para poderla someter a interrogatorio del miedo, cuido toda la noche, que no duerma, que no duerma, para ir quebrando su resistencia. La Fiscalía en la audiencia de la sesión del miércoles veintiocho de enero de dos mil nueve, desarrolla la acusación oral por secuestro en el caso Gorriti y textualmente para justificar el trato cruel, dice lo siguiente, página once del acta, "quienes fueron, refiriéndose a Gorriti y Dyer abusiva y violentamente conducidos a los calabozos que se construyeron en los sótanos del SIE, punto, quienes fueron abusiva y violentamente conducidos a los calabozos que se construyeron a los sótanos del SIE", ese es el hecho que presenta la Fiscalía para justificar su tipificación como secuestro calificado, clara violación de la garantía de la determinación del hecho en la acusación, por qué cuales son los hechos que fueron realizados en forma abusiva y cuales fueron los hechos que son calificados de violentos; esto es, la Fiscalía utiliza adjetivos sin consignar los sustantivos. Cuando los elementos del tipo se basan en hechos que deben ser postulados y probados por las partes, acá nos encontramos con un problema procesal, como podríamos condenar por secuestro agravado si no tenemos los hechos que verificar probados; ya este Tribunal ha dado la

importancia que tiene la acusación oral, las limitaciones de la acusación escrita, no pueden repetirse en la acusación oral, al menos la acusación oral nos debería presentar los hechos ya de manera depurada, cuál es el cargo concreto, por qué trato cruel, le quitaron la comida, le quitaron la bebida, lo encapucharon, lo sometieron a torturas, aunque sea la mentaron la madre, algo; sin embargo la Fiscalía nada dice, nada dice respecto a los hechos, que son objeto del cargo agravado o del cargo por secuestro calificado, lo cual señalamos - repito - como una clara violación de la garantía de la determinación del hecho en la acusación, si no hay hechos, ¿Qué prueba examinamos? Y si no hay hechos y no hay pruebas ¿Qué decidimos? Y "ojo" estoy hablando específicamente del agravante, no de la privación de libertad. Pero para sustentar dogmáticamente, el tema de los tratos crueles, página trece del acta de la sesión que recoge la acusación oral, la Fiscalía dice "ambos agraviados fueron sometidos, consideramos a tratos crueles, desde que fueron ilegalmente privados de su libertad y señala como fundamento doctrinario el siguiente, la Corte Interamericana en el caso Velásquez contra Honduras es el fundamento jurídico de esta calificación o de esta tipificación agravada que propone la Fiscalía para el secuestro en el caso Gorriti". La Parte Civil, el doctor Carlos Rivera, nuevamente ausente para escuchar la defensa frente al cargo que auspicia, él también invoca la doctrina de la Corte Interamericana, pero no para justificar el trato cruel, sino para justificar la imprescriptibilidad, de la acción penal porque alega por cierto sin ningún fundamento, que se trataría de un delito de lesa humanidad, el caso de Gustavo Gorriti. Señores miembros del Tribunal, esto nos lleva hacer un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de trato cruel, o sea para demostrar que no hay trato cruel en este caso, hemos utilizado en primer lugar, la doctrina penal del asesinato, hemos utilizado en segundo lugar, la doctrina penal del secuestro y ahora vamos en tercer lugar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, citada por las partes acusadoras como fundamento jurídico de este cargo. Reservándonos nuestros cuestionamientos a la llamada justicia penal internacional, en el tema de aplicación del principio de legalidad y reglas probatorias, que desarrollaremos al momento de examinar las acusaciones de asesinato, con esta reserva, pasamos a continuación a ver como ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el trato cruel. Primero examinemos el caso citado por la propia Fiscalía, el caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, la sentencia del

veintinueve de julio de mil novecientos noventa y ocho, qué dice la CIDH respecto a los que es trato cruel, fundamento ciento cincuenta y seis de la sentencia "aislamiento prolongado, incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima, representan por si mismos formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratos crueles inhumanos y degradantes", resalto tres elementos, aislamiento prolongado, incomunicación coactiva y torturas, eso es lo que dice la CIDH en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez - versus Honduras, pregunto ¿Dónde aparecen en el caso Gorriti? ¿Fue objeto de un aislamiento prolongado? ¿Fue objeto de una incomunicación coactiva? ¿Fue objeto de todo tipo de vejámenes y torturas? ¿Por qué el Fiscal citó esta sentencia?, de repente no la leyó, o la leyó mal. Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala, sentencia del veinticinco de noviembre del dos mil, la doctora Gloria Cano comentaba que hemos olvidado la doctrina de la CIDH, que no la tenemos en cuenta, bueno la tenemos bastante en cuenta, que dice el caso Bámaca Velásquez versus Guatemala, qué es trato cruel, considerando ciento cuarenta y tres, este Tribunal ha establecido como probado que Efraín Bámaca Velásquez estuvo detenido por el Ejército guatemalteco en centros de detención clandestinos, por lo menos durante cuatro meses, resalto el factor tiempo, cuatro meses, considerando ciento cincuenta, aislamiento prolongado, incomunicación coactiva, formas de tratamiento cruel, inhumano, lesivas a la integridad física o moral, o sea daño a la salud, fundamento ciento cincuenta y uno, en relación al trato dado por las autoridades estatales, a Bámaca Velásquez durante su detención, ha tenido a la vista la CIDH, una serie de pruebas testimoniales de ex guerrilleros, las cuales pueden ser calificadas como directas, en las cuales se señaló que Bámaca Velásquez sufrió torturas a manos de los agentes del Estado, en la diferentes bases en las que estuvo cautivo, por una parte el testigo declaró, que aquél era golpeado y escuchó sus gritos, en otra parte el testigo Cabrera López , lo vio hinchado, atado con vendas en sus extremidades y en su cuerpo y en el considerando ciento cincuenta y ocho dice, la víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica, durante un prolongado periodo de tiempo, tiempo prolongado, detención prolongada cuatro meses, aislamiento prolongado, incomunicación coactiva, torturas, golpes, hinchazón, ataduras, vendas,

pregunto ¿Dónde esos hechos aparecen en el caso Gorriti? y no se trata de huachaférias jurídicas, es cuestión de sentarse a leer las sentencias o reconocer que el que no es abogado, es difícil que entienda el derecho, por mas lógica y sentido común que maneje. Caso de los Niños de la Calle, Villagrán Morales y otros versus Guatemala, sentencia del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, la CIDH dijo en el fundamento ciento cincuenta y siete, "graves maltratos, torturas físicas y psicológicas", fundamento ciento cincuenta y nueve, "los cadáveres presentaban signos de torturas, se le había cortado las orejas y la lengua, se les había quemado y extraído los ojos a Sandoval además, le habrían echado un líquido hirviendo sobre el pecho y la barbilla", gracias a Dios Gustavo Gorriti no sufrió nada de esto, sino, no tuviéramos a un brillante periodista actualmente; pero la pregunta es, como fundamenta la doctrina de la CIDH como dice la Fiscalía, la calificación de trato cruel, que ese es el tema de examen, la Fiscalía dice "hay trato cruel, porque en este caso se configuró las características que establece la CIDH para trato cruel" Y finalmente el caso Loayza Tamayo versus el Perú, sentencia del trece de setiembre de mil novecientos noventa y siete, "los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje inflamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida sin ventilación ni luz natural, golpes, otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones del régimen de visitas, constituyen formas de tratos crueles inhumanos y degradantes", señor Presidente señores vocales Supremos, ninguno de los elementos que da la Corte Interamericana de Derechos Humanos para establecer el trato cruel, se verifican en el caso Gorriti, como vamos a ver posteriormente con la prueba, punto muy importante de examinar y tener en cuenta porque la Fiscalía y la Parte Civil en la cabeza del doctor Rivera en este extremo, establecen como fundamento jurídico de su cargo de secuestro agravado, la doctrina de la CIDH. Pero no nos quedamos ahí, porque queremos generarle convicción a la Sala que no es aplicable la figura del secuestro agravado en este caso. A continuación examinamos la Jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, éste sistema que dice qué es trato cruel, primer caso Irlanda contra el Reino Unido, sentencia del dieciocho de enero de mil novecientos setenta y ocho, "doce personas fueron arrestadas en agosto de mil novecientos setenta y uno y dos fueron detenidas en octubre del mismo año y luego trasladadas a centros de

detención no identificados, donde fueron sometidos a un interrogatorio en profundidad, en el que se le aplicaron de forma combinada, cinco técnicas de desorientación o privación sensorial” ¿Cuáles fueron? “Los detenidos eran forzados a permanecer durante varias horas apoyados contra la pared en una posición determinada” ¿así lo tenían a Gorriti? “Se les cubría la cabeza con una bolsa negra y se los mantenía de esa manera durante todo el tiempo, salvo en aquellos momentos en que eran interrogados” ¿así lo tuvieron a Gustavo? “Pendientes los interrogatorios, se mantenía los detenidos en un cuarto con fuerte ruido constante” ¿declaró eso en juicio? “pendientes los interrogatorios se privaba a los detenidos de la posibilidad de dormir”, y él no nos ha hablado ni siquiera de insomnio, “se sometía a los detenidos a una dieta reducida de agua y comida”, él ha hablado que estaba en huelga de hambre, y lo que es importante y resalta de esta sentencia es que para valorar el trato vejatorio – dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – se sigue el criterio de prueba más allá de la duda razonable, de esta sentencia recogemos dos elementos; las características de una detención con trato cruel que las ha detallado acá el Tribunal; y en segundo lugar que el trato cruel se prueba, y se prueba más allá de toda duda razonable, ¿cuál es la prueba que nos ha presentado la Fiscalía y la Parte Civil para probar el trato cruel, acaso la propia declaración de Gorriti?, vamos a ver luego que es una prueba de descargo y no de cargo en este punto, ¿pero acaso nos ha presentado algún certificado médico, algún certificado médico?, nada, nada! Por eso es que hablo de verdad sintáctica y no de verdad semántica, narración de cuentos sin fundamentos, ¿cuál es la prueba que presenta la Fiscalía y el doctor Rivera para acreditar el trato cruel?, vuelvo a preguntar, ¿acaso será la declaración de Gustavo Gorriti, quien siendo periodista de profesión, nos habrá narrado acá en su testimonio cómo fue sometido a un trato cruel? Vamos a ir a su testimonio más adelante. Caso Selcuk y Asker contra Turquía, sentencia del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho, la Corte Europea consideró que los peticionarios – una pareja mayor de edad – fueron víctimas de un trato inhumano al ser incendiada su casa por miembros de fuerzas de seguridad estando ellos presentes; a Gustavo Gorriti lo sacaron de su casa y se llevaron su computadora y documentos, que yo sepa no se la incendiaron. Caso Campbell y Cosans contra Reino Unido, sentencia del veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y dos, ¿y qué dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH –, “el trato en sí mismo no será

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

degradante salvo que la persona afectada haya sufrido ya a los ojos de demás, ya en sus propios ojos, humillación o degradación alcanzando niveles mínimos de severidad”, ¿dónde está ese trato cruel e inhumano que alcanzó un mínimo nivel de severidad?, adelanto una cosa, le dicen: “señor Gorriti tiene que acompañarlos – respondiendo él-yo no los acompañe si estos soldados se quedan en mi casa, - a lo que le responde - bueno, si usted nos da su palabra de que nos acompaña los soldados se retiran”, o sea que el detenido le pone condiciones al captor y el captor se las acepta. Caso Lorse contra Países Bajos, sentencia del cuatro de febrero del año dos mil tres, y dice: “el aislamiento absoluto a la vez sensorial y social está prohibido por el artículo tres de la Convención Europea de Derechos Humanos – CEDH – pues puede destruir la personalidad y constituye una forma de trato inhumano; ¿acaso se le destruyó la personalidad a Gustavo Gorriti durante la privación de su libertad el seis y siete de abril de mil novecientos noventa y dos?. Casos Dougoz contra Grecia, y Kalashnikov contra Rusia, sentencia de seis de marzo del año dos mil uno, y quince de julio del año dos mil dos respectivamente; al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que “unas condiciones de detención objetivamente inaceptables, aulas, ambientes sin aire, calor insoportable, súper población, ausencia de cama, condiciones sanitarias indecentes, infringen la dignidad de las personas, provocándoles un sentimiento de desesperanza e inferioridad que los rebajan y le humillan cuando no ponen fin a toda su resistencia”, y adelanto que Gustavo Gorriti dice que cuando lo llevan al SIE un Comandante que lo conoce le lleva a su ambiente y le dice: “no es un hotel pero es lo que tenemos, aquí se va a quedar usted”, entonces ¿según su narración lo estaba dejando el mejor ambiente posible o en un lugar de estas características?. Caso Martínez Sala contra España, sentencia del dos de noviembre del dos mil cuatro; al respecto dice: “cuando un individuo se encuentra privado de su libertad – dice el fundamento ciento veintiuno – la utilización en su contra de fuerza física cuando no es estrictamente por su comportamiento constituye un atentado a la dignidad humana; en el caso concreto que nos ocupa – fundamento ciento veintitrés – los malos tratos denunciados consistieron para algunos de los demandantes, en golpes en la cabeza y en la cara, en la privación del sueño, en la privación de la comida, en vendarles los ojos”, esas son las características del trato cruel, ¿se dieron en el caso de Gustavo Gorriti o de repente en el de Samuel Dyer? y acá nuevamente el Tribunal resalta, y pido la atención de la Sala en este punto, “a

partir de las pruebas practicadas ante este Tribunal se debe determinar más allá de toda duda razonable si los malos tratos alegados han sido efectivamente infringidos a los demandantes, éstas pruebas están constituidas en lo esencial por el contenido de los certificados médicos expedidos por los forenses durante la detención de los demandantes, así como por las conclusiones de los exámenes médicos efectuados, para algunos de los demandantes puestos en libertad después de su libertad por médicos de su elección"; en este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a pesar de existir certificados médicos, a pesar de haber sido examinados por médicos de su elección estableció que no se había probado el trato cruel, evidenciando como una Corte supranacional actúa correctamente en materia de reglas probatoria, pero eso lo veremos cuando tratemos el asesinato; lo cierto es que genero la siguiente reflexión, si en el caso Martinez Sala contra España el TEDH declaró infundada la demanda porque no se probó el trato cruel a pesar de certificados médicos, y a pesar del tratamiento de los médicos de su elección, traigo acá la sentencia completa en la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, compilación de Jacobo López Barja de Quiroga y León García Comendador Alonso, es la última compilación que ha salido sobre la justicia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si con todas estas características se dijo que no estaba probado, lo aplico al caso Gorriti, con cero pruebas porque la Fiscalía y el doctor Rivera ni siquiera ofrecen el testimonio de Gorriti para demostrar el trato cruel que sufrió, ¿cómo podrían condenar a mi cliente por secuestro agravado? qué fácil es construir un cargo cuando no se exigen pruebas!. Casos Labzov contra Rusia del dieciséis de junio del dos mil cinco y Valasinas contra Lituania sentencia de fecha veinticuatro de julio del dos mil uno, y Novoselov contra Rusia, sentencia de fecha dos de junio del dos mil cinco, ¿y qué dice uniformemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre estos tres casos? dice, "el maltrato debe alcanzar un nivel mínimo de severidad, la evaluación de ese nivel mínimo depende de las circunstancias del caso, tales como duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales, en algunos casos el sexo, edad, estado de salud de la víctima, etcétera, pregunto, ¿dónde en la acusación, o dónde en el alegato del doctor Rivera - cuya silla brilla hoy más que nunca, o quizás como única vez - dónde ellos postulan esta problemática que sufrió el señor Gorriti?, ¿dónde están estos maltratos que alcanzaron un nivel mínimo de severidad, cuáles fueron y cómo los prueban? Porque en la acusación tenemos dos problemas, de alegación y de

probanza, ni alegan los hechos y menos los prueban, y se supone que es una acusación maciza, sólida, (pues ellos dijeron que eran) trescientos documentos, setenta testigos, no parece tan maciza. El otro caso es Labita contra Italia, sentencia seis de abril del año dos mil, la misma que refiere en el considerando sesenta y ocho: "a un tratamiento se le considera por el Tribunal inhumano - y ojo señores Vocales que no estamos hablando de torturas, porque ellos diferencian la tortura de los actos inhumanos, crueles, degradantes, etcétera, no como en el Perú que es un bloque porque en mil novecientos noventa y dos no existía la tortura, y no existe secuestro agravado por tortura, o sea que todo entra dentro de trato cruel, ¿qué dice? "A un tratamiento se le considera por este Tribunal inhumano porque inter alia ha sido premeditado, se ha aplicado durante horas seguidas y ha causado un perjuicio corporal real, o un sufrimiento intenso físico y mental", ¿qué tratamiento inhumano se le aplicó durante horas a Gustavo Gorriti que le ha causado un perjuicio corporal real o un sufrimiento intenso físico y mental? Y lo más importante en el considerando ciento veintidós porque es la clave de este juicio, este juicio pasará a la historia por el tratamiento de la Teoría de la Prueba, no lamentablemente por la discusión del autor mediato a través de una organización de poder, éste no es un caso de Derecho Penal, es un caso de Derecho Procesal y explícitamente de Teoría de la Prueba, ¿qué dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no acepta esas flexibilizaciones, esas no rigideces que pedía la Parte Civil? "las alegaciones de malos tratos deben estar acreditadas por elementos de prueba propios para el esclarecimiento de los hechos alegados, éste Tribunal se sirve del criterio de la duda más allá de toda duda razonable", y este Tribunal que domina las reglas procesales establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sabrá demostrar como un Tribunal peruano está en condiciones también de aplicar esas mismas reglas si así lo exige la ley, que dicho sea de paso así lo exige porque el debido proceso no es mejor para el europeo que para un peruano. Así también tenemos el caso Pretty como Reino Unido, sentencia del veintinueve de abril del dos mil dos, en el cual en el fundamento cincuenta y dos señala que "en cuanto a los tipos de tratos que depende del artículo tres del Convenio, la jurisprudencia del Tribunal habla de malos tratos que alcancen un mínimo de gravedad e impliquen lesiones corporales reales o un sufrimiento físico mental intenso, un trato puede ser calificado como degradante y caer así bajo el peso de la prohibición del artículo tres si humilla y degrada al individuo, si da testimonio de una falta de respeto a

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

su dignidad humana, incluso la rebaja, o si suscita en el interesado sentimientos de miedo, angustia o inferioridad, de forma que se quebrante su resistencia moral o física", narra Gustavo Gorriti que el Comandante que lo recibe en el Servicio de Inteligencia del Ejército - SIE: "ahí, usted ha chocado con el doctor - a lo que el señor Gorriti responde - no, él ha chocado conmigo y con el Perú", ¿estaba quebrado, esa respuesta es de un quebrado?", o cuando el general Ketin Vidal le dice: "le ofrezco comida - respondiéndole Gustavo Gorriti - no gracias, porque estoy en huelga de hambre", ¿era un hombre quebrado o era un hombre valeroso, digno, que estaba ejerciendo su libertad de determinación y que por cierto no había sido objeto de ningún trato cruel? de repente en su mente pero no en el derecho. El siguiente caso es Price contra Reino Unido, sentencia del diez de julio del año dos mil uno, al respecto dice: "no hay pruebas en este caso de una intención de humillar o envilecer a la demandante, se exige el elemento subjetivo: probarlo", sin embargo señala que "una persona seriamente discapacitada en condiciones en las que siente frío peligrosamente corre el riesgo de desarrollar llagas porque la cama es demasiado dura o inalcanzable, y es capaz de ir al baño o mantenerse limpia sin mayores dificultades, esto constituye trato degradante", yo pregunto, ¿Gorriti no podía ir al baño, tenía problemas con la cama, algo ha referido en su testimonio que nos permita justificar la acusación de secuestro agravado? ¿o simplemente se recurre al secuestro agravado porque el tipo básico tiene una pena muy bajita para mi hambre - no voy a decir de justicia - pues cómo puede haber justicia sin derecho?. Otro caso es Kudła contra Polonia, sentencia del veintiséis de octubre del dos mil, al respecto señala: "no obstante el artículo tres del Convenio - fundamento noventa y cuatro - impone que el estado garantice que todo preso sea encarcelado en condiciones compatibles con respeto a la dignidad humana, que las modalidades de ejecución de la medida no sometan al interesado a una angustia, a una pena de una intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente en la prisión", por eso es que decía en la audiencia anterior, que no basta que esté triste porque está detenido, porque está secuestro, tiene que haber un plus, por eso es que dice: "una pena de una intensidad que exceda el nivel inevitable del sufrimiento inherente en la prisión". Caso Klass contra Alemania, sentencia del veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y tres, dice: "las alegaciones de trato vejatorio deben estar respaldadas por pruebas suficientes", insisto una vez más, ¿cuál es la prueba que el seis y siete de abril de mil novecientos noventa y dos,

Gala Penal Especial de la Corte Suprema

Gustavo Gorriti sufrió un trato vejatorio?, ni siquiera su dicho como vamos a ver en un momento, ni siquiera su testimonio, o sea que ni él mismo dice que fue sujeto de un trato vejatorio. Veamos qué dice la Comisión Europea de Derechos Humanos, ya no el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Chipre contra Turquía, sentencia del diez de mayo del dos mil uno, dice: "la Comisión sostuvo que el Estado denunciado era responsable de haber violado el artículo tres por no proporcionar agua, comida y asistencia médica a varias personas que se encontraban detenidas en poder de las tropas turcas"; a Gustavo Gorriti le ofrecieron comida pero no quiso porque estaba en huelga, aunque no sé si era huelga de hambre o dieta por las pocas horas que estuvo, pero él dice que estaba en huelga, ¿le negaron asistencia médica? ni la requirió ni la necesitó, por ejemplo si sería bien interesante para el tema de Dyer que estuvo bien atendido por un médico, y también en el caso de Dyer se habla de secuestro agravado. Caso Dinamarca, Suecia, Noruega y los Países Bajos contra Grecia, al respecto: "la Comisión sostuvo que ciertas palmadas y golpes que recibían las personas luego de ser arrestadas no debían ser consideradas dentro del ámbito del artículo tres, como consecuencia que los propios detenidos toleraban y consentían ciertos tratamiento rudos por parte de la Policía y las autoridades militares", miren qué interesante esta resolución de la Comisión, o sea que los tratamiento rudos por parte de la Policía y las autoridades militares tolerados y consentidos no son trato cruel; en este caso Gustavo Gorriti narra que le dijeron: "no se preocupe, no le va a pasar nada, mire que no lo estamos encapuchando, entréguenos su correa y sus pasadores, nos da la clave de su computadora - a lo que él respondió - no!, ah esta bien; ni siquiera el trato rudo por parte de la Policía y las autoridades militares inherentes a una detención, ni siquiera eso. Caso Herczegfalvy contra Austria, sentencia del veinticuatro de septiembre de dos mil dos, ¿qué es un trato cruel para la Comisión? "que un refugiado húngaro en territorio austriaco haya estado internado contra su voluntad en un hospital psiquiátrico entre mil novecientos setenta y ocho y mil novecientos ochenta y cuatro", eso es trato cruel según la Comisión Europea de Derechos Humanos. Ahora pasamos al Comité Europeo de Derechos Humanos; Tribunal, ¿qué dice el Comité en el caso Amendola Massioti? "La detención en celdas superpobladas que tenían agua en el piso junto con la imposibilidad de salir a espacios abiertos, condiciones sanitarias insuficientes, trabajos duros, escasa comida, constituían tratos inhumanos"; y en el caso Valsilskis contra Uruguay, el Comité sostuvo que

"la víctima fue objeto de tratos inhumanos por haber sido sometidas a confinamiento en solitario por el periodo de tres meses en el que le fueron prohibidas las visitas".- **En este acto interviene el señor Presidente haciendo la precisión que se trata del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a lo que confirma el abogado interviniente y prosigue su alocución:** Señor Presidente, ahora pasamos al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, ya que acá el doctor Rivera dice que es un caso de lesa humanidad, que es imprescriptible. Caso Prosecutor versus Tadic, del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete; y Prosecutor versus Kupreskic, del catorce de enero del dos mil, al respecto dice: "la caracterización de actos como otros actos inhumanos debería estar limitada a aquellos malos tratos que causan gran sufrimiento o severas lesiones a la salud mental o física de la víctimas - o sea daño a la salud física o mental a la víctima, daño probado - sin embargo la media inserción de la manguera en la boca de esa persona sin descargas los contenidos del extintor de fuego no tiene una naturaleza lo suficientemente seria como para implicar un acto inhumano", miren lo que dice el Tribunal para la ex Yugoslavia, que ponerle la manguera en la boca pero sin abrir el contenido no es un trato inhumano, ¿qué le hicieron a Gustavo Gorriti, además de quitarle su laptop?. Caso Prosecutor versus Simic, Tadic y Zaric, sentencia del diecisiete de octubre del año dos mil tres; en nuestras conclusiones se encuentran debidamente numeradas con su nota de pie de página correspondiente de remisión, dice: "las horrendas condiciones de detención y el tratamiento desmoralizante de los detenidos fueron suficientemente degradantes y traumatizantes como para constituir per se un atentado a la dignidad personal, el Tribunal tuvo en consideración el trauma padecido por los detenidos como parte de su vida cotidiana en el campo, y su sometimiento haber y escuchar los interrogatorios bajo tortura de sus compañeros presos", quien era el que decía que teníamos que ir a la justicia internacional, porque estábamos tratando de soslayar el tema, caso Prosecutor Versus Kordic del veintiséis de enero de dos mil uno, el Tribunal enumero otros actos que podrían configurarse bajo esta categoría de actos inhumanos, señor Presidente ni siquiera torturas - repito - porque tortura tiene otra tipificación; mutilaciones y otros tipos de daños severos, golpes y otros actos de violencia, lesiones físicas o mentales serias, ¿alguna de estas situaciones se dio en el caso de Gorriti o el de Dyer? ¿Por qué trato cruel? Prosecutor versus Vasiljevic del veintinueve de noviembre del dos mil

dos, "la mens rea de los actos inhumanos se verifica cuando el autor tuvo la intención de infringir de sufrimientos físicos o mentales serios, o de cometer un ataque sobre la dignidad humana de la víctima" ¿donde esta la mens rea? ¿Dónde esta la prueba que esa era la mens rea del Presidente Fujimori? ¿Si es que conocia de la detención de Gustavo Gorriti?, vamos a demostrar que no, análisis de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Como ven señores miembros del Tribunal, no se trata de traer a dos o tres personas que nos cuenten cosas, que nos hablen de que, sin decirnos por qué es, se trata de hacer una análisis serio de la jurisprudencia, que es un adelanto de lo que hacemos, porque ya van haber cuando llegemos al asesinato. Caso Prosecutor versus Rutaganda, de seis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, "un acto inhumano debe poseer un efecto seriamente dañoso y directo sobre la víctima", ¿cual postula la Fiscalía en su acusación?, ¿Donde está un acto seriamente dañosos y directo alegado en esta acusación?, ¿En que pagina, en que línea?, nada, de repente en el acta del doctor Rivera; el doctor Rivera nos ilumino el cuatro de febrero del dos mil nueve, ni una línea, ¿cuál fue ese acto serio, dañoso?, ¡lo privaron de su libertad!, bueno eso es secuestro, eso es detención ilegal, ese es abuso de autoridad, ¿pero donde esta el agravante, donde esta el trato cruel?, de cuatro a quince años, ¿donde esta el trato cruel?. Caso Prosecutor versus Kavishema del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve, "una tercera persona, por ejemplo, una madre forzada a presenciar la tortura de su hijo, podría ser considera también víctima de ese acto inhumano, pero la acusación debe probar que en tal caso el autor intento infringir severo sufrimiento a la víctima o que fue groseramente indiferente respecto de esa consecuencia", ese es un acto cruel que tiene que ser probado, tiene que haber dolo, o tiene que haber la ignorancia deliberada, tema que discutiremos si es aplicable al Perú mas adelante. Caso Prosecutor versus Ntakirutimana del trece de diciembre del dos mil cuatro, "son considerados otros actos inhumanos, el cierre de centros médicos, la negación de tratamiento a pacientes de cierto grupo étnico y el corte de suministros", miren la entidad de los actos que son calificados como trato cruel por el Tribunal de Ruanda o de Sierra Leona - Ruanda perdón. Terminado este tema, esto es, establecido el significado del elemento agravante trato cruel desde la doctrina penal del asesinato, desde doctrina penal del secuestro, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana, desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la

doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos para las Naciones Unidas, del Tribunal para la ex Yugoslavia, y del Tribunal para Ruanda. Señores Vocales, pasamos ahora a ver que se aprobado en este caso, cual es el trato que se ha aprobado, sus captores le dieron a Gustavo Gorriti el seis y siete de abril de mil novecientos noventa y dos en las horas que duro su detención, qué trato que se ha probado, y para el análisis probatorio partimos de una dificultad que ya le adelantamos señores Vocales, los problemas para fijar los hechos que constituirían este trato cruel, ¿Qué paso en su celda? ¿Qué se le hizo? Sin embargo, haciendo un esfuerzo, encontramos una sola prueba que se puede examinar, el testimonio de Gustavo Gorriti es la única prueba que se puede examinar respecto a este tema, si esta probado o no que hubo un trato cruel, pues de todas las pruebas que aparecen en el expediente - como repito - con relación a la afirmación de sometimiento a trato cruel a Gustavo Gorriti, solamente - como repito - encontramos una prueba el testimonio de la victima. Vayamos a su examen individual de este testimonio, no invocamos la aplicación de las reglas especiales de la valoración del testimonio de la victima, como por ejemplo, las establecidas en el Acuerdo Plenario numero dos guión dos mil cinco/CJ - ciento dieciséis del treinta de setiembre del dos mil cinco, porque como se demuestra de forma inmediata la declaración de Gustavo Gorriti constituye prueba de descargo respecto a la afirmación de que fue sujeto de trato cruel - insistimos - la testimonial de Gustavo Gorriti, no es una prueba de cargo, es una prueba de descargo, allí quizás la explicación de porque la Fiscalia y porque el doctor Rivera durante su intervención no hicieron una sola mención a la declaración de Gustavo Gorriti. En un caso de violación sexual, no hago referencia de la declaración de la victima, sumamente raro, si es una victima presencial, es el detenido y porque no lo habrán citado, porque permitanme resaltar algunas de las informaciones que nos brinda Gustavo Gorriti dice que cuando llegan a su casa los militares, un militar le dice "señor Gorriti no le va ha pasar nada, pero tiene que venir con nosotros", mas adelante dice "finalmente el primer oficial regreso y me dijo así algo como, señor Gorriti estoy a cargo no le va ha pasar nada pero tiene que venir con nosotros, entonces yo le dije -Gorriti- yo no me voy mientras esta gente se quede en mi casa y él me dijo, -su captor- si usted me da su palabra de que viene conmigo, ellos se van, a lo que le respondia le doy mi palabra", mas adelante dice "yo me quede solo con ese oficial, entonces me despedí de mis hijas que entonces eran muy niñas, también me despedí de

Gala Penal Especial de la Corte Suprema

mi esposa y sali con ellos", mas adelante dice "volteo uno de los captores y me dijo un poco como jugando, sabe a donde vamos, yo le dije por su puesto al SIN, él me dijo como lo sabia, conversamos algo en el camino y me dijo no le va ha pasar nada, como usted ve no lo hemos encapuchado", mas adelante el testigo dice, "cuando llegamos al SIE un comandante que habia estado en alguna de las charlas que yo di en el Comando Conjunto o Escuela de Inteligencia sobre Sendero me pregunto muy sorprendido, que hace usted aqui, en el momento que esta persona entablo conversacion conmigo, el oficial que estaba a cargo dijo, se lo dejo, se dio media vuelta y se fue y no lo he visto a ver hasta el dia de hoy, me pregunto ese comandante, - al cual se refiere Gorriti - que hace usted aqui, a lo que yo le dije, por que no se lo pregunta a Montesinos y su respuesta fue ¡ah! a chocado usted con el doctor y yo le dije no, mas bien él ha chocado conmigo y con el Perú, seguimos conversando de alguna cosa, mientras me condujo a una especie de sótano en el SIE, toco una puerta, entonces me dijo algo asi como, bueno esto no es un hotel pero es lo que tengo, acá se va a quedar", más adelante dice, "entró una persona aparentemente instructor me pidió los pasadores de los zapatos y la correa", - repito - me pidió no dice, me exigió, me quitó y ojo habla un periodista, que domina el lenguaje, posteriormente un par de horas vuelve a decir "me pidieron mi clave de acceso al disco duro de mi computadora me negué a darlo", dice que como consecuencia a eso lo torturaron, le pegaron, le insultaron, le gritaron, no, le pidieron y él no quiso y más adelante dice "vinieron en un par de ocasiones trayéndome alimentación y me negué a recibirlas", todo esto ha declarado en la sesión número diez del once de enero de dos mil ocho, sobre su traslado a seguridad de estado dice "me dijo que lo siguiera", más adelante dice, "este oficial me enseñó una bolsa de plástico y me dijo que estaban ahí mis cosas y me entregó y me condujeron a los calabozos de seguridad de estado", luego tiene un encuentro con Ketin Vidal y todo esto de cara de haber si había un trato cruel, de acuerdo a la doctrina que profusamente hemos examinado. Se entrevista con Ketin Vidal, es más, bajan al calabozo y le dice el general Vidal quería hablar con él, refiere que el general Vidal le dijo que lamentaba profundamente la penosa circunstancia que deberían llevar a cabo el encuentro le ofreció algo de comida a lo que le dijo que no, ya que seguía en huelga de hambre y al final agrega que se percató que era un hecho que lo iban a liberar en unas pocas horas y finalmente sobre el tiempo de su detención refiere - sólo lee un párrafo- "ya no sabían que hacer para soltarnos lo más rápido

posible, me tomaron declaraciones junto con los demás, ya llegaron abogados de la organización de los derechos humanos que pudieron entablar un contacto personal conmigo, declaración y abogado. La información que brinda la propia víctima sobre la circunstancia de su detención ilegal, permite establecer que no se ha podido probar la afirmación de la acusación y Parte Civil sobre el sufrimiento de un trato cruel, no se ha probado que haya sido objeto además de la privación de libertad de una lesión física ni siquiera un sufrimiento psicológico que haya quebrado su voluntad, conforme lo exige por ejemplo el TDH por el contrario evidencio, libertad de determinación poniendo condiciones a los captores para acompañarlos, para dialogar con militares y policías que se encontraban en lugares de detención para responder con dignidad y rebeldía para protestar rechazando los alimentos que le ofrecieron mediante su detención. Finalmente demuestra esta testimonial que los militares que lo capturaron, le dieron tranquilidad de lo que no le pasaría nada, negociaron que acceda a acompañarlo y que los militares que estuvieron a cargo de su detención ya no de su captura, le solicitaron información, le solicitaron la correa y el pasador de los zapatos y le ofrecieron alimentos. Señores Vocales en conclusión, que apreciación o valoración probatoria se puede hacer de la única prueba respecto de la afirmación de la víctima que fue sujeto de trato cruel, afirmación Gustavo Gorriti sobre su detención ilegal sufrió trato cruel esa sería la afirmación la verificación probada, que se extrae de la prueba de descargo, que se extrae insito del propio testimonio de la víctima, - porque insisto nuevamente - Gustavo Gorriti si fue víctima de un delito, lo que nosotros discutimos si es secuestro o abuso de autoridad y si es secuestro, si es secuestro calificado o secuestro básico, y no es huachafaría jurídica es análisis jurídico de un caso. Frente a esta afirmación que prueba el testimonio de Gorriti, que recibió un trato aceptable de los militares que lo capturaron, que recibió un trato aceptable de los militares y policía que lo tuvieron detenido, que no se ha probado daño físico, que no se ha probado daño psicológico y que se probado que ejerció libertad de determinación, durante su captura y detención; esto es, prueba de cargo sobre trato cruel cero, prueba de descargo sí, el testimonio de Gustavo Gorriti que nos permite probar varios hechos que acabamos señalar. Entramos a continuación, a un tercer argumento de defensa que oponemos a la acusación de secuestro en agravio de Gustavo Gorriti, la atipicidad del hecho objeto de acusación, salimos de un argumento procesal para ingresar a un argumento jurídico constitucional y penal como

verán a continuación, dos son las razones alternativas para que consideremos que el hecho objeto de acusación es atípico, **Atipicidad por la falta de lesión del bien jurídico libertad ambulatoria: Imposibilidad jurídica de lesionar un derecho suspendido**, - repito - como primera causa alternativa de atipicidad sostenemos la falta de lesión al bien jurídico libertad ambulatoria por imposibilidad jurídica de lesionar un derecho suspendido y el segundo argumento alternativo de atipicidades, atipicidad por exceso a la participación de Vladimiro Montesinos Torres, pues por un motivo personal ordenó la detención de Gustavo Gorriti; esto es, sostenemos que el hecho es atípico porque no se puede lesionar un derecho suspendido o porque la detención de Gustavo Gorriti fue un exceso de la participación de Vladimiro Montesinos Torres, esto son los dos argumentos que pasamos a desarrollar comencemos por el primero, atipicidad por falta de lesión al bien jurídico libertad ambulatoria, imposibilidad jurídica de lesionar un derecho suspendido, respecto a este primer argumento alternativo de atipicidad **lo primero que vamos a examinar es el Límite material de la función punitiva del Estado: Principio de lesividad**, ya que nuestro argumento es el hecho es atípico porque no se pudo afectar el bien jurídico, no se puede lesionar la actividad ambulatoria si esta suspendida, si eso es nuestro argumento lo primero que tenemos que evaluar es el Principio de lesividad. Como ya se ha establecido con ocasión de denunciar la violación del límite formal del debido proceso, en el proceso constitucional del antejuicio y de la instrucción del caso de Barrios Altos y La Cantuta, la persecución penal en un Estado social democrático de derecho tiene límites; en este caso, el límite violado o que se violaría con una condena por secuestro sería el Principio de lesividad, ¿por qué razones?, la Norma cuarta del título preliminar - Principios Generales del Código Penal consagra el Principio de lesividad, dice textualmente "la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, si no hay lesión de un bien jurídico o no puesta en peligro de un bien jurídico el derecho penal no se puede aplicar", por eso que es válida la pregunta, ¿si esta suspendido el derecho a la libertad en un estado de emergencia se puede lesionar?, pregunta interesante de responder, Juan Busto Ramírez y Hernán Hormazábal Mararée sobre el Principio de Exclusiva Protección de bienes jurídicos, afirman que justifica la necesidad de utilización del derecho penal, pues el Estado tiene limitado el empleo del ius poniendi ante conductas que lesiona o ponen en peligro los bienes jurídicos fundamentales. El autor

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

español Diego Manuel Unzon Peña, define al Principio de exclusividad de exclusiva protección de bienes jurídicos, como una exigencia que el derecho penal sólo intervenga si existe una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos. Ignacio Verdugo Gómez De La Torre, Luis Arroyo Zapatero, Juan Carlos Ferré Olivé, Nicolás García Rivas, José Ramón Serrano Pie De Cazas y Juan Terradio Bazoco se refieren al Principio de Protección de Bienes Jurídicos como la justificación del consenso social que legitima al Estado a utilizar su poder punitivo, mediante la protección de bienes jurídicos frente a conductas que signifiquen lesión o puesta en peligro de los mismos. Los autores argentinos Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar, se refieren al Principio de Lesividad como un límite que excluyen violaciones o disfunciones groseras con los derechos humanos, constituye una exigencia constitucional, la legitimación de la aplicación del derecho penal, cuando existan afectaciones a los bienes jurídicos, y finalmente para terminar con el tema de Principio de Lesividad, el autor argentino Maximiliano Rusconi define el Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos como criterio de legitimación de la intervención punitiva del Estado, pues únicamente participa ante la necesidad de protección de bienes jurídicos fundamentales, - repito - sólo es posible hablar de secuestro si es que el cinco y el seis de abril de mil novecientos noventa y dos, era posible lesionar al bien jurídico libertad ambulatoria, pese ha estar suspendido ésta por el estado de emergencia; es una cuestión jurídica que el Tribunal necesariamente tiene que establecer, hubo o no hubo lesión al bien jurídico libertad ambulatoria, hubo o no hubo afectación al bien jurídico, porque sólo así, podrá determinar el Supremo si es que puede o no aplicar el derecho penal en el caso de secuestro de Gorriti, porque el de Dyer tiene otra connotación. **Un segundo punto a examinar dentro de este argumento, es El bien jurídico tutelado por el tipo penal de secuestro del artículo ciento cincuenta y dos;** el Título IV del Libro Segundo del Código Penal, delitos contra la libertad, señala como objetos de protección a la libertad, de acuerdo a la técnica legislativa utilizada para la elaboración de los tipos penales correspondientes a los delitos contra la libertad, el Título IV sólo permite conocer el objeto genérico o el macro bien jurídico protegido, la libertad, el bien jurídico concreto, o micro bien jurídico hay que determinarlo mediante el examen dogmático jurídico de cada uno de los tipos penales. El uso por el legislador, además de títulos de capítulos nos permite ir concretando cual es el bien objeto de tutela penal de secuestro, habla de libertad personal, mientras que

el título habla de libertad, el capítulo ya habla de libertad personal; sin embargo, siempre se requiere un examen dogmático jurídico del artículo ciento cincuenta y dos para establecer el objeto concreto de protección y luego verificar si se lesionó o no. El tipo penal del artículo ciento cincuenta y dos protege una de las manifestaciones de la libertad personal, la libertad denominada ambulatoria o de locomoción, esto es la facultad de libre desplazamiento que tiene el ser humano, cierto sector de la doctrina específica como objeto de tutela penal a la libertad de la persona de abandonar el lugar donde se encuentra, nosotros preferimos la primera opción, esto es la libertad de locomoción o la libertad ambulatoria, ese es el objeto específico de tutela penal. La libertad ambulatoria tiene reconocimiento constitucional, para cuya protección, en la ley fundamental se establecen dos garantías, la prohibición de detención salvo por mandato judicial o delito flagrante y el habeas corpus frente a una detención arbitraria, - repito - este punto es importante, la Constitución reconoce como derecho a la libertad ambulatoria y establece dos garantías para la misma, la prohibición de detención salvo mandando judicial o delito flagrante y el habeas corpus frente a una detención arbitraria; establecido cual es el objeto de tutela penal por el secuestro la libertad ambulatoria y sus dos garantías corresponde examinar como tercer tema, el significado de la suspensión de la libertad ambulatoria del estado de emergencia, nuestro planteamiento - como repetimos - es no se puede lesionar el bien jurídico libertad ambulatoria, porque en un estado de emergencia la libertad ambulatoria esta suspendida, hemos trabajado principio de lesividad, hemos trabajado el bien jurídico libertad de locomoción en que consiste, ahora vayamos como **tercer tema, es La suspensión de la libertad ambulatoria en el estado de emergencia**, el maestro de derecho constitucional German J. Vidal Campos refiriéndose a los institutos de emergencia reconocidos en la Constitución, afirmaba que "todo instituto de emergencia - incluyendo el estado de emergencia - tiene dos características. Primera característica, el crecimiento de ciertas competencias de determinados órganos del poder, esto es, en los institutos de emergencia el poder crece y la otra característica del estado de emergencia o de los institutos de emergencia en general es la restricción o suspensión de libertades, derechos y garantías individuales, tome nota el tribunal de lo atípico, de lo especial que es un instituto de emergencia, aumenta el poder del Estado y disminuye los derechos, las libertades y las garantías de las personas, hay una relación inversamente proporcional en los institutos de

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

emergencia, mas poder menos derechos, menos libertades, menos garantías ese es el instituto de emergencia constitucional. La Constitución del Perú tanto la de mil novecientos setenta y nueve como la de mil novecientos noventa y tres; trabajamos con la de mil novecientos setenta y nueve por la época de los hechos a abril de mil novecientos noventa y dos, admitía dos Estados de Excepción, el estado de emergencia y el estado de sitio; Marcial Rubio Correa, comentando los asustados de excepción, afirma que "son circunstancias de dictadura constitucional en las cuales por graves razones se autoriza la restricción o suspensión de derechos constitucionales, quedando la fuerza pública en libertad de no observar los derechos suspendidos a las personas, sin la posibilidad que esta se defiendan utilizando las garantías establecidas", el concepto de Marcial Rubio es vital para la tesis que aquí estamos desarrollando. Un estado de excepción es una dictadura constitucional, donde se suspenden derechos fundamentales, y ante la suspensión de los derechos fundamentales el Estado queda en libertad de no observarlos y en segundo lugar la persona no tiene la posibilidad de invocar su protección a través de las garantías establecidas en la ley, esa es la lógica de un estado de emergencia. Francisco Eguiguren Praeli, refiere que "el estado de emergencia confiere al poder ejecutivo la potestad de restringir, suspender el ejercicio de derechos y garantías constitucionales con la finalidad de facilitar las acciones de corte preventivo y represivo, como detenciones, allanamientos, prohibiciones de movilizaciones populares, limitación de la libertad ambulatoria etc.; el artículo doscientos treinta y uno de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, establecía los estados de excepción que podían implementarse en el Perú, y refiriéndose al estado de emergencia señalaba que en éste se suspendían las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personal; en el estado de emergencia, previsto en la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, la libertad ambulatoria y sus garantías constitucionales quedaban suspendidas, esa es la primera premisa establecer, estado de emergencia, libertad ambulatoria suspendida y sin garantías, ¿era posible violarla?, ¿es posible violar un derecho suspendido y sin garantías?, hay que ir a la Teoría del Derecho, y del derecho constitucional para poder responder esta pregunta, sin Teoría General del Derecho y sin Teoría del Derecho Constitucional no es posible responderla, para saber si estamos violando o no con la pretensión de los acusadores el limite del principio de protección de bienes jurídicos; ojo, aquí no está en debate si puede haber control

jurisdiccional o no durante el estado de emergencia, eso no está en discusión, aquí lo que está en discusión es si se puede aplicar la ley penal de secuestro, eso es lo que está en discusión, y para determinar si eso es posible o no, lo que hay que responder es ¿una libertad suspendida puede ser violada?, argumento que la Fiscalía no trata en una sola línea, o sea nadie se ha molestado en analizar que el hecho fue en un estado de emergencia, la famosa sentencia expedida el cinco de abril que tanto invocó el doctor Guillen como nutriente o nutritivo en este tema no tiene una sola línea al respecto; como se ha establecido en la sesión anterior, por Decreto Supremo número cero diecinueve guión noventa y dos guión DE guión CCFFAA del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y dos, se prorrogó el estado de emergencia en el departamento de Lima y la provincia Constitucional del Callao, señalándose expresamente en el artículo dos "suspéndanse con dichos fines las garantías constitucionales contempladas en los incisos siete, nueve, diez y veinte G del artículo dos de la Constitución Política del Perú", el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos en consecuencia se encontraba suspendida la libertad ambulatoria, y su garantía, nadie puede ser detenido si no por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, incluso en la posición predominante en el derecho constitucional peruano que según la Constitución de mil novecientos setenta y nueve en el estado de emergencia se suspendía la garantía del Habeas Corpus, esto es, que los arrestos realizados como medidas de seguridad no podían ser objeto de control jurisdiccional a través de esta garantía constitucional, esto es, según la Constitución de mil novecientos setenta y nueve se suspendía la libertad ambulatoria, se suspendía la garantía de la prohibición de detención salvo mandato judicial y delito flagrante, e incluso se suspendía el Habeas Corpus, eso estableció la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, así lo sostienen Bernal Ballesteros y Diego García Sayan, y ¿por qué razones en la Constitución del año mil novecientos setenta y nueve se suspendía el Habeas Corpus? Por las siguientes: el artículo doscientos treinta y uno de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve hacía referencia expresa a garantías no a derechos suspendidos; Javier Valle Riestra -y me remito al acta de la Comisión de Debates- advirtió este tema, dijo "si vamos a poner que se suspenden garantías y no que se suspenden derechos nos vamos a quedar sin Habeas Corpus" y se para Enrique Chirinos Soto y le dice "sí, y así debe ser porque si hay Habeas Corpus el estado de emergencia no funciona", votó la

Salvo Penal Especial de la Corte Suprema

Comisión de Constitución y ganó la posición de Chirinos Soto, fue al Pleno y el Pleno aprobó, no hay Habeas Corpus dice el constituyente del año mil novecientos setenta y nueve en estado de emergencia, o sea no es un tema que quedó al aire, es un tema que se discutió, y el constituyente del año mil novecientos setenta y nueve dijo "sí, que no haya Habeas Corpus en los estados de emergencia", la Ley número veintitrés mil quinientos seis de Habeas Corpus y Amparo, que estuvo vigente durante la Constitución de mil novecientos setenta y nueve en el artículo treinta y ocho expresamente señalaba "la improcedencia del Habeas Corpus y del Amparo respecto de garantías y derechos suspendidos durante los regímenes de excepción"; la Constitución de mil novecientos noventa y tres a diferencia de la anterior en el artículo doscientos señala que el ejercicio de las acciones de Habeas Corpus y de Amparo no se suspenden durante los regímenes de excepción, ahí no sé si el doctor Borea seguirá llamándola *carta*, él que me enseñó el Habeas Corpus. Y, como última razón para sostener porque con la Constitución del año mil novecientos setenta y nueve no había tampoco Habeas Corpus, el Código Procesal Constitucional vigente a diferencia de la legislación anterior, a diferencia de la Ley veintitrés mil quinientos seis dice en el artículo veintitrés "que los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción"; en conclusión, ¿qué produce el estado de emergencia al bien jurídico libertad ambulatoria?, un terremoto suspende el derecho a la libertad, suspende la garantía de la no detención salvo delito flagrante o mandato judicial, y en mil novecientos setenta y nueve suspendía también el Habeas Corpus; y debo recordar -para terminar- que el Pacto de San José de Costa Rica cuando establecía el núcleo duro de derechos que no se suspendía en los regímenes de excepción no contemplaba a la libertad ambulatoria, la vida nunca se podía suspender el derecho, la salud nunca se podía suspender el derecho, varias libertades ¿pero la libertad ambulatoria?, dice expresamente la norma que no estaba en el núcleo duro de los derechos que se mantenían incólumes en los estados de emergencia que tienen fundamento en el Pacto de San José de Costa Rica. Ahí quedaría señor Presidente para luego continuar.....

Suspendida y reiniciada la sesión; con la anuencia del Tribunal el señor abogado de la defensa, el doctor César Nakasaki continúa sus alegatos orales en los siguientes términos: Señores Vocales Supremos, el argumento que estamos desarrollando es establecer la atipicidad del hecho objeto de acusación

en el caso de secuestro de Gustavo Gorriti, por sostener que no era posible lesionar el derecho a la libertad ambulatoria en un estado de emergencia, y concluimos nuestra intervención anterior estableciendo tres puntos, ¿qué efecto genera el estado de emergencia sobre el bien jurídico libertad ambulatoria? Tres efectos, uno, suspende la libertad ambulatoria, dos, suspende la garantía de la no detención salvo mandato judicial y delito flagrante, tres, suspende la garantía del Habeas Corpus bajo el régimen de la Constitución del año mil novecientos setenta y nueve. **Razón por la que no es jurídicamente posible lesionar la libertad ambulatoria estando suspendidos sus ejercicios y garantías:** ¿Por qué sostenemos desde un punto de vista jurídico que no es posible lesionar la libertad ambulatoria en un estado de emergencia?, lo *primero* hay que establecer que la libertad ambulatoria es un derecho subjetivo de la persona, el derecho subjetivo es la facultad que tiene la persona para ejecutar determinada conducta, abstenerse de ella o exigir de otro sujeto el cumplimiento de su deber; el gran maestro brasileño *Miguel Reale*, padre de la Teoría Tridimensional del Derecho, a la cual la defensa se adhiere, explica la estructura del derecho subjetivo al definirlo en los siguientes términos "derecho subjetivo es la posibilidad garantizada de exigir lo que las normas jurídicas atribuyen a alguien como propio", de acuerdo a la definición de Reale los elementos del derecho subjetivo son los siguientes -conforme los hemos graficado son tres-, uno, la norma, dos, la pretensión, y tres, la garantía, -tres componentes tiene por tanto el derecho subjetivo a la libertad personal entre otros-, el ordenamiento jurídico la norma reconoce que la persona puede pretender ser, hacer o exigir que otro haga algo, éste, el otro que puede ser un particular, la sociedad o el Estado, tiene el deber de permitir realizar y garantizar la pretensión de la persona, en un Estado constitucional ordinario o general los derechos subjetivos de las personas tienen todos sus componentes, -esto es importante marcarlo- en un Estado constitucional ordinario, o general o común, los derechos subjetivos de las personas tienen todos sus componentes, se pueden ejercer a plenitud, en cambio en un Estado constitucional de excepción, llámese estado de emergencia o Estado de Sitio, los derechos subjetivos no se pueden ejercer plenamente, porque el orden jurídico le quita "sus componentes", por ejemplo la garantía, y eso lo graficamos (refiriéndose a las diapositivas que expone)de la siguiente manera: *En un régimen constitucional general u ordinario* el derecho tiene sus tres elementos, tiene la norma, tiene la pretensión y tiene la garantía, en cambio *en un régimen*

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

constitucional de excepción como un estado de emergencia queda la norma pero se pierde la pretensión y la garantía, esto es, en un estado de emergencia el derecho subjetivo pierde dos de sus componentes, pierde la pretensión y pierde la garantía, ¿qué efecto produjo el estado de emergencia prorrogado por el Decreto Supremo número cero diecinueve guión noventa y dos guión DE en el derecho a la libertad de locomoción?, lo graficamos de la siguiente manera: En el régimen ordinario general según la Constitución de mil novecientos setenta y nueve el derecho a la libertad ambulatoria contenía la pretensión a la libertad ambulatoria, la garantía de no detención salvo orden judicial o delito flagrante, y las garantías del Habeas Corpus, eso era en un régimen ordinario general según la Constitución del año mil novecientos setenta y nueve; en cambio en un Régimen de Excepción como el estado de emergencia según la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, el derecho a la libertad perdió la pretensión de libertad ambulatoria, perdió la garantía de detención salvo orden judicial o delito flagrante, y perdió la garantía del Habeas Corpus, prácticamente el derecho a la libertad ambulatoria desapareció bajo un régimen de estado de emergencia, eso implica su suspensión, pierde sus componentes principales, pierde la pretensión y pierde las dos garantías; el estado de emergencia afectó el derecho a la libertad ambulatoria, restringió su ejercicio al suspender las garantías de no detención y de Habeas Corpus, *frente a un arresto por miembros de las Fuerzas Armadas en el mes de abril de mil novecientos noventa y dos por el estado de emergencia*, no era posible ejercer plenamente la libertad ambulatoria, al estar suspendida la garantía de exigir que solamente se detenga en caso de delito flagrante o mandato judicial, e incluso la garantía del Habeas Corpus; -esta es una conclusión importante-, las personas durante el estado de emergencia no podían impedir ser arrestadas como medidas de seguridad por las fuerzas del orden, al estar suspendidas por el Régimen de Excepción las garantías de la libertad ambulatoria, -me permito regresar al gráfico (diapositivas)-, ¿qué pasaba si una persona era arrestada en un estado de emergencia el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos? Se le quitaba su libertad ambulatoria, ¿podía recurrir a la garantía de la prohibición de la detención salvo orden judicial? No, ¿podía recurrir a la garantía del Habeas Corpus? Tampoco; por el Régimen de Excepción del estado de emergencia según la Constitución del año mil novecientos setenta y nueve había desmembrado la libertad ambulatoria, el bien jurídico había perdido sus componentes, por eso -repito- las personas no podían impedir ser arrestadas.

como medida de seguridad por las fuerzas del orden bajo un régimen de estado de emergencia en mil novecientos noventa y dos. En conclusión como con garantías suspendidas no es posible ejercer plenamente la libertad ambulatoria por lo tanto no se le puede lesionar, ese es nuestro planteamiento, *si no hay garantías el derecho no se puede lesionar*, el derecho se tiene que poderse ejercer para poderse lesionar, lesionar es impedir el ejercicio del derecho, eso supone lesionar la libertad, impedir el ejercicio de la libertad ambulatoria oponiendo las dos garantías señaladas, y eso no se podía dar en un estado de emergencia, sin pretensión de libertad ambulatoria, sin garantía de prohibición de no detención salvo mandato judicial y delito flagrante, sin garantía de Habeas Corpus el bien jurídico libertad ambulatoria no podía ser lesionado bajo un régimen de estado de emergencia; suspendidas las garantías de la libertad ambulatoria no pudiéndose afectar el bien jurídico *libertad ambulatoria* el tipo penal del artículo ciento cincuenta y dos no es aplicable al hecho objeto del caso Gorriti, la única posibilidad en un estado de emergencia ante la suspensión del derecho y sus garantías, era recurrir a la figura del abuso de autoridad, esto es, no se podía controlar la afectación de la libertad pero sí se podía controlar la extralimitación de la potestad de la detención, *por eso es que sostenemos que es abuso de autoridad y no secuestro*, no podíamos aplicar la ley penal del secuestro por que no había un bien jurídico que afectar, lo suspendido no se puede afectar, en cambio lo que sí quedaba vigente era la ley penal del abuso de autoridad, el correcto funcionamiento de la administración pública, el no abuso de la potestad de detención, eso es lo que sí se podía controlar, cuando se hacía un Habeas Corpus por aquellos jueces que conceptuaban que se podía trabajar el Habeas Corpus aun en estado de emergencia con la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, lo que los legitimaba para intervenir no era el ámbito del derecho a la libertad suspendido por mandato de la constitución si no su capacidad de controlar la legalidad de los actos del funcionario público, por eso es que si resultaba aplicable el abuso de autoridad frente a una extralimitación de la potestad de detención, mas no así el artículo ciento cincuenta y dos que protege el bien jurídico libertad, ese es el argumento que planteamos como *primera razón alternativa de la atipicidad*. **Segundo argumento alternativo para establecer La atipicidad del hecho acusado como secuestro agravado en el caso Gorriti, es la Atipicidad por exceso en la participación: Vladimiro Montesinos unilateralmente ordenó la detección de Gustavo Gorriti: un**

tema muy interesante poco tratado en la doctrina es el exceso en la participación, ¿qué pasa cuando uno de los intervinientes realiza un hecho que no estaba en el proyecto criminal? Nuestro planteamiento es el siguiente: Lo que se acordó en las reuniones de coordinación del Presidente Fujimori con el Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Nicolás Hermoza Ríos y con el asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, es que para garantizar el orden público se pudieran adoptar medidas de seguridad de tipo político, cuyos objetivos eran políticos que podían afectar el orden público como protesta a la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, esa tarea se le encargó a Vladimiro Montesinos, y él excediéndose en el encargo por un móvil personal decide la detención de Gustavo Gorriti; ¿bajo ese contexto la privación de la libertad de Gustavo Gorriti es imputable al Presidente Fujimori?, ¿es imputable al supuesto autor mediato los excesos del instrumento?, ese es el planteamiento jurídico que traemos a la Sala como segundo y último argumento en esta sesión, para ello comencemos con examinar cual es **El hecho objeto de la acusación en el caso del secuestro del periodista Gustavo Gorriti**; conforme aparece en la sesión de la audiencia del miércoles veintiocho de enero del dos mil nueve, el Fiscal Supremo José Antonio Peláez Bardales formuló acusación oral contra nuestro defendido por el secuestro del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen en los siguientes términos: Se atribuye al Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori el haber planificado y ordenado, -repito- el haber planificado y ordenado conjuntamente con su ex asesor Vladimiro Montesinos Torres que personal del Ejército prive ilegalmente de su libertad al periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen, la Fiscalía tiene claro que la calificación jurídica que le corresponde al acusado Alberto Fujimori es la de autor mediato, pues éste se sirvió para la materialización de los secuestros de intermediarios o autores intelectuales -allí debe ser un lapsos lingüis del Fiscal, porque debe decir "intermediarios o autores materiales" pero pone "intermediarios o autores intelectuales"-, cuando el acusado Fujimori da la orden sabía bien que esa orden irremediamente se iba a ejecutar por los agentes operativos, vale decir, el acusado controlaba el resultado típico, aun más cuando dio la orden a través de la cadena de orden Montesinos Torres, Hermosa Ríos conocía que esa orden se iba a cumplir sin que necesariamente tenga o haya tenido que reunirse o conocer a los ejecutores directos de los secuestros de Gustavo Gorriti Ellenbogen, esa es la acusación -términos más, términos menos.

Bala Penal Especial de la Corte Suprema

Algunos comentarios respecto al hecho de acusación: A nuestro cliente se le atribuye autoría mediata por una orden directa, se le dice "planificó y ordenó la detención de Gorriti", acá no funciona esa reorganización del hecho que ha efectuado el Ministerio Público que en la acusación escrita decía "política de guerra sucia", "estrategia de guerra sucia", "dirigió el Grupo Colina", "ordenó la matanza de Barrios Altos y Cantuta", eso dice la acusación escrita, y en la acusación oral dicen "no, es una orden general -ya no es específica- de que se adopten medidas de guerra sucia", esa reorganización de hechos -que la vamos a examinar en su momento- efectuada en el cargo de asesinato no la efectúa el Ministerio Público en el cargo de secuestro, en el cargo del secuestro mantiene la versión de la acusación escrita, dice "ordenó y planificó", le atribuyen a mi cliente una orden directa, una orden específica de privación de la libertad de Gustavo Gorriti, tal es así que le atribuyen dolo directo, no podríamos decir "si a una persona le imputo ordenar y planificar" no voy a decir "que le estoy atribuyendo dolo eventual o dolo alternativo o dolo de consecuencias necesarias" obviamente le estoy atribuyendo dolo directo, intención, entonces primer punto, en la acusación se atribuye a nuestro defendido la orden y planificación del secuestro de Gustavo Gorriti, no que era una política antisubversiva donde había medidas generales, no, no, sin abstracciones, acá es un tema concreto, específico, y eso nos lleva a un segundo punto, si están acusando el Presidente Fujimori de haber ordenado y planificado el secuestro de Gustavo Gorriti, y adicionalmente el de Dyer, pregunto ¿de dónde el doctor Rivera habla de delito de lesa humanidad y de un tema de imprescriptibilidad?, si el delito de lesa humanidad tiene dos características, *primero*, es sistemático, y *segundo*, viola derechos fundamentales, vaya con Dios en el cargo de secuestro donde lo que le atribuyen al presidente es un política antisubversiva, pero en el caso concreto del secuestro si le atribuyo dos secuestros totalmente descontextualizados por que el de Gustavo Gorriti tiene relación con el del cinco de abril, en cambio el de Dyer es totalmente ajeno, atípico, ¿dónde hay lesa humanidad?, ¿dónde hay imprescriptibilidad?, ese es el problema de plantear "que es" pero no "por qué es", es absurdo -por decirlo menos- pretender establecer que con este hecho el caso Gorriti es un delito de lesa humanidad y por tanto es prescriptible, porque como repito le atribuyen un hecho concreto, único e individual, haber ordenado y planificado la privación de la libertad de Gustavo Gorriti. Vayamos a la **valoración de la prueba**, respecto de la afirmación "Alberto Fujimori Fujimori, planificó y ordenó el secuestro de

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Gustavo Gorriti Ellenbogen", esa es la afirmación fáctica a probar, esa es la premisa fáctica a probar, Alberto Fujimori ordenó y planificó, o planificó y ordenó el secuestro de Gustavo Gorriti; al examinar las pruebas ofrecidas por la acusación y la parte civil con relación a esta primera afirmación no encontramos prueba de cargo que sustente dicha afirmación, por el contrario, se ha demostrado en el juicio oral que la orden fue impartida por Vladimiro Montesinos de forma unilateral, por un motivo personal de venganza o de temor a las investigaciones que sobre su persona realizó el periodista Gustavo Gorriti, frente a una afirmación de la acusación no probada la defensa plantea las siguientes afirmaciones o algunos dirían contra afirmaciones: Primera afirmación: "Alberto Fujimori encargó a Vladimiro Montesinos Torres la adopción de medidas de seguridad de inmovilización sobre políticos con ocasión de su decisión de instaurar el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos", ésta afirmación -adelantamos conclusión- está probada, y está probada con el testimonio producido en juicio oral por el General Nicolás Hermoza Ríos - sesión ochenta y uno del catorce de julio de dos mil ocho-, se le pregunta sobre reunión con Alberto Fujimori el tres de abril de mil novecientos noventa y dos y refiere "en esa reunión se reunieron los comandantes generales, me parece que el jefe del SIN, el Comandante General del Ejército, el señor Fujimori y el señor Montesinos, también el General Briones, el General Malca Villanueva, reunión que fue convocada por el Ministro de Defensa, en esa reunión habló el Presidente, expuso la necesidad de tomar medidas extremas y temporales para seguir adelante con los objetivos de la pacificación del país, me parece que Montesinos no tomó la palabra, me parece que después del Presidente yo expuse como está la estrategia en el campo militar, como está el problema; en esa reunión el Presidente Fujimori habló de la necesidad de como cerrar el Congreso, Poder Judicial, Ministerio Público, -la parte relevante- sobre las inmovilizaciones no recuerdo si fue en esa reunión, pero ya el Presidente encargó al señor Montesinos que viera el tema político y ahí se habló de la inmovilización en su domicilio, el señor Montesinos fue el responsable político de esas medidas el cinco de abril, Montesinos como responsable político diseñó estas medidas, fue quien elaboró la relación de personas que tenían que ser inmovilizadas pero no presentó esa relación, yo no sabía quienes eran y me enviaron ese papel para poder detener", la información brindada por el General Hermoza Ríos permite establecer que Alberto Fujimori al

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

tomar la decisión de instaurar el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional encargó a Montesinos Torres la adopción de medidas de seguridad de inmovilización sobre políticos en su domicilio, el testimonio igualmente demuestra que el encargado de elaborar la lista de personas, de escoger a quienes se iba a detener e inmovilizar era Vladimiro Montesinos Torres. Segunda afirmación que hace la defensa, "Vladimiro Montesinos Torres dispuso en el SIN la confección del documento denominado "Orden", para demostrar esta afirmación trabajamos con el testimonio producido en juicio oral por Rafael Merino Bartét - sesión noventa del trece de agosto de dos mil ocho-, ¿qué dice Rafael Merino Bartét, qué informa a la Sala? "No fue documento si no una especie de plantilla donde había puntos suspensivos, donde se explica el señor tal, creo que era puesto a disposición del PREBOSTE indicando que estaba en buen estado de salud y una fecha, esa planilla tengo entendido que el señor Montesinos se la hizo llegar al General Hermoza Rios, yo ya no sé que nombre sugirió o que nombre pusieron, todo lo que he explicado era por orden del señor Montesinos", ¿qué nos demuestra este segundo testimonio? Que fue Vladimiro Montesinos Torres la persona encargada de elaborar el documento "Orden" que sirvió de ejecución para las detenciones, el testimonio demuestra que fue Vladimiro Montesinos Torres -esto es muy importante- quien decidió que el documento "Orden" fuera firmado sin que figure la persona que debía detenerse, esto es, quien establece que ese documento no contenía a la persona que debía ser inmovilizada luego detenida fue Vladimiro Montesinos Torres. Tercera afirmación, "Vladimiro Montesinos Torres se encargó de la tramitación del documento "Orden" para la firma del Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Nicolás Hermoza Rios y posterior ejecución al estar a cargo de la inmovilización de los políticos", afirmamos que Montesinos se encargó de tramitar el documento "Orden" para su firma y su ejecución; para demostrar esta afirmación recurrimos nuevamente a la testimonial del General Hermoza - sesiones setenta y nueve y ochenta y uno del siete y catorce de julio del dos mil ocho respectivamente, ¿qué es lo que dice el General Hermoza en las sesiones mencionadas sobre el procedimiento que se siguió para la firma del documento "Orden"? Luego de que se le puso a la vista el documento "Orden" señaló "éste documento que me llega a mi despacho naturalmente no es un documento militar, en ningún reglamento, ningún formato de reglamento de correspondencia militar hay un documento oficial que se llame "Orden", ese es el primer deslinde,

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

esa "Orden" no fue tipiada, no fue concebida, no fue hecha en mi despacho, presentaron esos documentos sin nombre y me llamó el señor Montesinos y me dice mi general, no yo lo llamé -corrige- que pasó con esto, mi general -le dice Montesinos- tenemos que entregar este documento a los que van a realizar las inmovilizaciones, le dije porque yo escuché decir a usted en las reuniones que se iban hacer inmovilizaciones no detenciones, si me dijo, a lo que yo le dije así va a ser, este documento no me corresponde firmar que lo firme el Ministro del Interior, que lo firme el Ministro de Defensa, que lo firme el Presidente, que lo firme el Jefe del SIN a mi no me corresponde" Montesinos dice "nadie quiere firmar", en otras palabras, entonces yo le dije "yo te voy a firmar, tienen que tener mucho cuidado con esto, y no te olvides que acá dice reglamentariamente" (...) y lo firmé sin ningún nombre arriba, porque si hubiera venido con nombres esta orden, yo me hubiera opuesto a mucho de ella", el documento me lo presentó un ayudante que me dijo "acá le envían de parte del señor Montesinos, y por eso le llamo por teléfono a él". Ese documento me lo mandaron la noche del cinco de abril antes de poner en ejecución (...) -textualmente- "Montesinos transforma la orden de inmovilización en detención la misma noche, después que recibe mi papel firmado él ya dispone, yo me enteré después (...)", el testimonio del General Nicolás Hermoza Ríos ha sido utilizado por la Fiscalía y la parte civil como prueba central de la acusación de asesinato, bajo ese mismo criterio lo traemos al cargo de secuestro; y respecto al cargo de secuestro, el testimonio de Hermoza permite establecer que hubo un cambio, porque donde se dispuso inmovilidad en los domicilios, en las reuniones de coordinación, se pasó en la ejecución a detención, y además se demuestra que es Montesinos quien determina que ese documento era indispensable para la ejecución de las detenciones que había previsto realizar. Cuarta afirmación, "Vladimiro Montesinos Torres 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", para demostrar esta afirmación trabajamos en primer lugar con el testimonio de Gustavo Gorriti, producido en el juicio oral -sesión décima del once de enero de dos mil ocho-, vayamos a la parte pertinente en donde el señor Gorriti cuenta su historia de como conoce, como se vincula a Montesinos, -la parte pertinente- dice "conocía perfectamente la naturaleza vengativa de Montesinos y sabía que era cuestión de tiempo antes que intentara de una u otra forma buscar él una venganza, poco antes, unos meses antes del Golpe del cinco

de abril, fuentes mías, fuentes periodísticas dentro de las fuerzas de seguridad me previnieron de que yo corría peligro, peligro en el sentido de que Montesinos estaba ya desarrollado aparentemente el odio hacia un nivel ya operativo, una fuente de la embajada americana del sector prensa en determinado momento, rompiendo incluso sus propias reglas se acercó a mí y me dijo que yo debería saber que Montesinos me la tenía jurada, entonces esa información fue algo que tomé en serio frente a lo cual busqué desarrollar los planes de contingencia si las circunstancias lo permitían, el deseo de venganza de Montesinos empezó en mil novecientos ochenta y tres”, eso refiere el agraviado, y lo vuelve a corroborar en la declaración periodística que brinda a los medios de comunicación y que sale publicado en el diario Expreso el miércoles ocho de abril de mil novecientos noventa y dos, con el título “Detención del periodista Gorriti fue por vendetta personal”, dice textualmente “lamentó que se haya usado al Servicio de Inteligencia del Ejército para una vendetta personal, por artículos que publicó revelando las actividades del capitán en retiro Vladimiro Montesinos, a quien acusó de su detención”; el testimonio de Gustavo Gorriti en juicio oral y sus declaraciones periodísticas prueban quien tuvo el móvil para detenerlo, no hay hecho sin móvil no hay delito sin móvil, ¿cuál era el móvil de las inmovilizaciones? Impedir que los políticos de oposición protesten frente a la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, eso motivó las inmovilizaciones, el mejor ejemplo es el caso del señor Alan García, los detenidos son políticos, cuando hubo las reuniones de coordinación el cinco de abril nunca se habló de ir contra la prensa, es un hecho público que el Presidente de la República antes de la difusión de su discurso el cinco de abril se reúne con los directores de medios de comunicación, y pide que entiendan la medida, buscó una alianza con la prensa, que la prensa entienda las medidas de seguridad, o las medidas que significaban la dación del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; en concreto, lo que se analizó fue la necesidad de inmovilizar políticos para impedir lo que se suponía podía ser una protesta, dicho sea de paso nunca se dio porque el noventa y tres por ciento del pueblo peruano apoyo la dación del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, en realidad fue innecesario, nunca se pensó que iba haber tanto apoyo popular; pero las medidas de inmovilización tienen sus ejemplos en las acciones que se tomaron contra los presidentes de las Cámaras, en cambio cuando se le pregunta al testigo Gorriti, quién tiene el móvil, quién tenía una razón para privarlo de su

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

libertad que nada tenía que hacer el cinco de abril -ni director de medio de comunicación era-, Gorriti dice "Vladimiro Montesinos Torres tiene una vendetta personal conmigo por mis investigaciones periodísticas sobre él", el testimonio de Gorriti lo que acredita es el indicio móvil, ¿quién tenía el móvil de la detención a Gorriti? Y es exclusivamente Vladimiro Montesinos Torres. Quinta afirmación "El Presidente Fujimori conoció de la detención del periodista Gustavo Gorriti el día de la conferencia de prensa internacional que se hizo en Palacio de Gobierno con ocasión de darle la palabra para que intervenga en la rueda de preguntas", para demostrar esta afirmación trabajamos con la declaración de nuestro defendido dada el diecinueve de diciembre de dos mil siete y con el testimonio de Gustavo Gorriti, comencemos con la declaración de nuestro defendido, sobre su comportamiento trabajamos el indicio comportamiento posterior al hecho, ¿cuál fue el comportamiento del Presidente Fujimori en el encuentro con Gorriti en la conferencia de prensa?, ¿lo rehuyó?, ¿se le escondió?, ¿prohibió que lo hagan ingresar al Palacio de Gobierno? No; dice "(...)me entero de su detención en una conferencia de prensa en que estuvo Gorriti y denuncia el hecho, y además que se le había incautado su computadora, me quedé sorprendido y luego de la conferencia indago por su detención (...), para mí fue primera noticia, porque tampoco entendía, porqué el señor Gorriti, periodista, no iba a causar ningún malestar ni disturbio (...), yo no conocía absolutamente nada de la detención del señor Gorriti"; y que dice Gorriti -sesión décima del once de enero de dos mil ocho- sobre su acceso a la conferencia de prensa brindada por Alberto Fujimori después del cinco de abril "Que ingresó a la conferencia de prensa de manera absolutamente pública, es decir, yo era un miembro de la prensa extranjera, tenía una credencial de prensa extranjera donde figuraba como corresponsal del País (diario), notaron mi presencia cuando levanté la mano, en ese momento sentí en varios de los presentes una tensión, -textualmente- "excepto en el caso del Ingeniero Fujimori; es el Ingeniero Fujimori quien me concede la palabra"; comportamiento de Fujimori en la conferencia de prensa, "Que el Ingeniero Fujimori me dio la palabra, me puse de pie y como lo he relatado en muchas oportunidades, Blacker parecía sentirse evidentemente alarmado con mi presencia, -textualmente- pero el Ingeniero Fujimori permaneció mas bien impávido, muy tranquilo"; ¿qué nos demuestra el testimonio de Gorriti? Tres indicios podemos extraer del testimonio de Gorriti, primer indicio, Gorriti ingresó a la conferencia de prensa internacional en Palacio de Gobierno, libremente e

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

identificándose, segundo indicio, el Presidente Fujimori le concedió la palabra para que participe en la rueda de prensa, tercer indicio, el Presidente Fujimori se mostró tranquilo ante la presencia de Gustavo Gorriti. El comportamiento posterior al hecho es fundamental en el trabajo de la prueba indiciaria, se acusa a un hombre que robó y en el comportamiento posterior se encuentra no habido, resulta gastando dinero que no tenía, el comportamiento posterior es muy revelador de quien interviene en el hecho delictivo y quien no, en el caso del Presidente Fujimori lo que demuestra el testimonio de Gorriti -como repito- son estos tres hechos indiciarios centrales, un periodista que accede libremente a Palacio de Gobierno precisamente a una rueda de prensa internacional con su credencial, soy Gustavo Gorriti, no entra escondido, o camuflado, con máscara para sorprender, no tenía prohibido el acceso a Palacio; en segundo lugar participa, y participa porque ¿quién lo deja hablar frente al mundo? Su secuestrador, o sea su secuestrador le dice habla para que digas que yo ordené que te secuestren, es ilógico, quien le permite, quien le dice hable señor, quien le dice pregunte, quien le dice que hace usted aquí, es mi patrocinado, y en tercer lugar, frente a la presencia hubo absoluta tranquilidad, la tranquilidad quien tiene, quien no la debe, porque jamás ordenó su detención; adicionalmente el recorte periodístico antes señalado nos permite extraer dos conclusiones igualmente, uno, recién el ocho de abril se difunde en los medios de comunicación la detención de Gustavo Gorriti, dos, Gustavo Gorriti responsabiliza al autor de su detención, le pone nombre y apellidos y motivo, y es Vladimiro Montesinos Torres por la vendetta personal que dice mantenía con él, ese es el hecho que se ha probado, se ha probado que lo que se encargó el cinco de abril son medidas de seguridad frente a políticos opositores para que no afecten el orden público ¿cuál era la medida? Inmovilización en domicilios, como se practicó con los presidentes de las Cámaras del Parlamento, ¿qué se ha probado? Que quien fue el encargado de elegir a quien se detenía, qué tipo de medidas se daba, fue Vladimiro Montesinos Torres; se ha probado que quien confeccionó el documento "Orden" y estableció la mecánica sin nombre para poder manipular a quien se movilizaba o detenía finalmente, es Vladimiro Montesinos Torres; se ha probado que quien tramitó la firma del documento y su ejecución, fue Vladimiro Montesinos Torres; se ha probado que quien tenía un motivo para detener a Gustavo Gorriti, fue Vladimiro Montesinos Torres; se ha probado en consecuencia quien ordenó la detención de Gustavo Gorriti, fue

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Vladimiro Montesinos Torres; el tema es ¿la detención de Vladimiro Montesinos Torres estaba dentro de la planificación hecha por mi patrocinado o excedió a lo planificado por mi patrocinado?, en otras palabras ¿la detención de Gustavo Gorriti era una medida a ejecutar por la dación del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional o era algo totalmente ajeno a ese hecho político?, la inmovilización del doctor Osterling, Presidente del Senado y del doctor Ramirez del Villar, Presidente de la Cámara de Diputados, evidentemente tenía un nexo político con las medidas adoptadas, ¿pero la detención de Gustavo Gorriti, qué nexo político tuvo con el cinco de abril?, ¿ustedes han visto alguna vez que a Gustavo Gorriti lo siga alguien? -con todo respeto para Gustavo a quien aprecio mucho-, ¿es un líder de convocatoria de masas?, más convoca Mario Huamán de la CGTP -por lo menos a treinta gatos-. Señor Presidente, es la una de la tarde, usted indicará si continúa; **el señor Director de Debates indica:** Doctor Nakasaki ¿cuánto tiempo le va a demandar su tema? **DIJO:** Puede ser media hora.- Correcto, sigamos para acabar ese tema. **El doctor Nakasaki continúa con sus alegatos:** Señor Presidente, corresponde ahora frente a ese hecho (antes mencionado) probado aplicar las Reglas del exceso de la participación, para establecer si se le puede atribuir o no a nuestro cliente la privación de libertad de Gustavo Gorriti. Primer punto: El exceso en la participación criminal como un problema de tipicidad -por eso lo hemos planteado como segunda causa alternativa-, el exceso en la participación lo ubicamos como un problema de tipicidad, el exceso resulta un problema vinculado esencialmente con la tipicidad objetiva y subjetiva de la autoría y la participación criminal, cuya solución repercute directamente en la imputación del resultado y en la culpabilidad de los intervinientes respecto al hecho distinto al querido, entonces quiero que se inmovilicen políticos y el señor Montesinos termina deteniendo a un periodista que quiere vengarse de él, a pesar de que el Código Penal de mil novecientos noventa y uno no tiene como el Código Penal alemán la regla del artículo veintinueve, cada participe es castigado en la medida de su propia culpa, en el derecho penal peruano igualmente se alcanza la misma solución, aplicando los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, previstos en la norma sétima y octava del Título Preliminar - Principios Generales del Código Penal; el exceso constituye una excepción al principio de accesoriedad limitada, la simetría propia de esto se rompe en los casos en que el autor incurra en un tipo penal distinto al proyectado por el resto de intervinientes y que no esté

Gala Penal Especial de la Corte Suprema

comprendido en el dolo de estos, supuesto en que cada uno responderá de forma individual; el exceso es un claro supuesto de ruptura del título de imputación en el concurso de personas, donde hay exceso se rompe el título de imputación, si sólo se actúa bajo el plan todos responden, si alguien excede a lo planeado cada uno responde por lo que hizo. **Segundo punto: Clases de exceso:** Son dos clases, las graficamos de la siguiente manera, uno, exceso cualitativo, y dos, exceso cuantitativo; sólo trabajamos con el exceso cualitativo porque es el que se ha demostrado en la acusación, perdón el que se ha demostrado a través de la prueba. **Tercer punto: El exceso cualitativo** se determina con criterios valorativos y materiales, lo constituyen la violación de un bien jurídico distinto al proyectado, o la variación de la misma línea de ataque al mismo bien jurídico proyectado, repito, el exceso cualitativo puede ser por dos causas: uno, porque se lesiona un bien jurídico distinto al proyectado, proyecté lesionar los bienes jurídicos de los políticos y termina afectado el bien jurídico del periodista Gorriti, y dos, voy respecto al mismo bien jurídico pero vario mi línea de ataque, induzco por ejemplo a una persona a hurtar y el autor lo que hace es terminar estafando. El exceso cualitativo puede ser de dos clases: uno, por afectación unilateral del ejecutor, esta es la aplicable a este caso, el ejecutor por decisión unilateral afecta bienes jurídicos distintos a los previstos originalmente por los intervinientes, por ejemplo Juan, Pedro y Manuel acuerdan robar en una casa, Pedro viola sexualmente a la mujer que habita en la misma, se proyectó afectar el patrimonio y uno de los intervinientes termina afectando la libertad sexual; dos, -la otra forma de exceso cualitativo por afectación de bienes jurídicos distintos- es por la presencia de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo en el accionar del ejecutor, también la variación entre el proyecto y la acción responde al bien jurídico, respecto del bien jurídico puede obedecer a un elemento subjetivo distinto del dolo, por ejemplo Juan y Pedro deciden robar en una ferretería, Pedro se queda de "campana" y Juan decide matar al vigilante para escapar del hecho, el "campana" no responde por el exceso del homicida; vayamos de frente a ver El exceso del instrumento y la responsabilidad del autor mediato, no voy a entrar a examinar aquí por qué no es aplicable la autoría mediata a mi cliente porque eso lo vamos a reservar para el caso del asesinato; acá quiero trabajar con el hecho que se ha probado, y con esta hipótesis Alberto Fujimori sería autor mediato ¿de qué cosa? De haber dispuesto, de haber encargado la adopción de las medidas de inmovilización a los políticos, partamos de este supuesto, la

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

responsabilidad del autor mediato en caso de exceso tiene siempre como límite el dominio de la voluntad del instrumento, el hombre de atrás sólo responde en los límites de su dolo, esto es muy importante, el hombre de atrás sólo responde en los límites de su dolo y por lo que el instrumento hace mientras que se encuentre en posición subordinada, por lo que resulta correcto partir de la base de su impunidad en caso de exceso, esto es, la regla es la siguiente: el hombre de atrás, el autor mediato no responde por los excesos que cometa los instrumentos o determinados, dice la acusación "Fujimori transmitió su orden a través de Montesinos, Montesinos a través de Hermoza etcétera, etcétera", ¿qué pasa cuando un intermediario se excede en la transmisión de la orden?, se dice "dile que lo golpeen" y resulta que el otro va y dice "mátalo", ¿responde por el homicidio o responde por el golpearlo?, la doctrina dice "que el autor mediato como regla no responde por los excesos del instrumento o del determinado", sea un intermediario Schuman, supongamos que a Schuman se le hubiera dicho "envíalo solamente para que queden detenidos en los campos de concentración", y Schuman dice "no, vayan a los campos de concentración y allí exterminenlos"; ¿los gobernantes del Régimen Nacional Socialista respondían por lo que dispuso en exceso Schuman o sólo por lo que le indicaron que haga Schuman?, por eso insisto, la regla es que el autor mediato no responde por los excesos del instrumentos sea un intermediario o sea el autor directo final, ¿es invención de la defensa? No. Reinhard Maurach, Karl Heinz Gossel y Heinz Zipf, afirman que ante el exceso del instrumento el hombre de atrás no tiene ya el dominio del hecho, existe exceso cuando el intermediario comete un hecho distinto o hace más de aquello que el autor mediato quiso, si el exceso difiere de la dirección final o el plan del hombre de atrás pierde el dominio del hecho, razón por la cual el enjuiciamiento deba ser el mismo que ante el exceso del autor principal en caso de la participación, textualmente Maurach, Gossel y Zipf dicen "no existe responsabilidad del hombre de atrás respecto de la parte trascendente o discrepante de la acción del instrumento"; Hans - Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, afirman que el autor mediato no es responsable por acciones punibles que el instrumento comete más allá del plan delictivo, bien por propia iniciativa o bien por una comprensión equivocada de lo que se proponía el hombre de atrás, exceso, la razón reside en que esta parte del acontecimiento está privada de su dominio del hecho; el Presidente sólo podía tener dominio de las medidas políticas no de los problemas personales del señor Montesinos. Johannes

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Wessels en la misma línea sostiene "el autor mediato no responde por el exceso de los autores directos", se entiende también de los intermediarios. Eugenio Raúl Saffaroni, Alejandro Aliaga, Alejandro Slokar y Daniel Marcelo Vega, éste último a mi modo de ver el autor de la obra hispana más importante en exceso en la participación, establecen como regla "la falta de responsabilidad del autor mediato por las acciones emprendidas por propia iniciativa del instrumento determinado, ni de los mayores daños que éste cause al margen de su voluntad", señores miembros del Tribunal, la doctrina es uniforme en establecer "el autor mediato no responde por los excesos del instrumento determinado", - repito- el Presidente respondía de su autorización general de adopción de medidas de seguridad inmovilizaciones domiciliarias para impedir los desordenes públicos, tipo Osterling, tipo Ramirez del Villar, el Presidente no respondía por los excesos que hubiese cometido, como que cometió Vladimiro Montesinos Torres por razones personales, absolutamente ajenas a la decisión de instaurar el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. La regla de la falta de responsabilidad del autor frente al exceso del instrumento tiene solamente tres excepciones: El autor no responde por el exceso, el autor mediato no responde por el exceso del instrumento salvo tres excepciones ¿cuáles son? Primera excepción: Cuando el autor mediato no se cerciora de la comprensión que ha tenido el instrumento, puede responder a título de dolo alternativo, esto es, cuando el autor mediato dice "le dije que lesione pero creo que no me ha entendido bien y de repente dice que mata, que importa, que los lesione o los mate, yo lo asumo", eso es dolo alternativo; Segunda excepción: Cuando el autor mediato acepta la posibilidad de que la mala comprensión del determinado lo lleve a cometer un daño mayor, puede responder a título de dolo eventual, "me parece que Montesinos no me ha entendido bien y él cree que puede inmovilizar a los veintidós millones de peruanos, bueno lo asumo como un riesgo porque es mi brazo derecho", ¿eso como podía suceder si la lista la hizo Montesinos?, solamente se le dio el criterio de inmovilización domiciliaria de políticos para preservar el orden público [punto], ese era su criterio; de repente sentía que Jacqueline Beltrán le estaba sacando la vuelta y mandaba a detener también a su amante, también respondería el Presidente Fujimori; y, tercera excepción: Cuando el autor mediato viola el deber de cuidado, al no prever el resultado más gravoso que podría ocasionar el instrumento, esto es, cuando incurre en culpa, se podría decir "el Presidente debió ser cuidadoso y cuando dio el encargo de las inmovilizaciones

debió prever que esto podía derivar en detenciones”, no hay secuestro culposo, no hay abuso de autoridad culposo, así que resulta inaplicable; para finalizar, Vladimiro Montesinos Torres cometió un exceso cualitativo por la afectación de bienes jurídicos distintos por decisión unilateral, ese es nuestro argumento alternativo de atipicidad; primer argumento: no se puede lesionar la libertad estando suspendida; segundo argumento: Montesinos incurrió en un exceso cualificado por decisión unilateral, y afectó un bien jurídico distinto al programado; se ha demostrado que el Presidente Fujimori encargó a Montesinos la adopción de medidas de seguridad consistentes en la inmovilización de políticos opositores a la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que pudieran promover la afectación del orden público como protesta; se ha demostrado que Vladimiro Montesinos Torres tuvo la responsabilidad de confeccionar la lista de políticos y en general de personas que deberían ser objetos de inmovilización; se ha demostrado que Vladimiro Montesinos Torres unilateralmente varió la medida de inmovilización domiciliaria por la de detención, ya no sólo de políticos si no de otro tipo de personas, como Gustavo Gorriti; se ha demostrado que Vladimiro Montesinos Torres ordenó privar la libertad del periodista Gustavo Gorriti a pesar de no serle aplicable el criterio de político y de posible opositor mediante desorden público al Golpe de Estado; no se ha demostrado que el Presidente Fujimori haya planificado u ordenado la detención del periodista Gustavo Gorriti, por lo que la acción de Vladimiro Montesinos Torres constituyó un exceso cualitativo que afectó un bien jurídico distinto en aplicación del artículo cuarenta y nueve - segundo párrafo del Código Penal, que cuando habla de la afectación de bienes jurídicos personalísimos no admite el delito continuado, no hay secuestro continuado, cada privación de la libertad es un secuestro; en conclusión, y para terminar con nuestra intervención el día de hoy, nuestro patrocinado debe ser absuelto del cargo de secuestro agravado en el caso de Gustavo Gorriti por las siguientes razones alternativas: Primera razón: El hecho objeto de acusación es abuso de autoridad y no secuestro, y como abuso de autoridad ya se encuentra prescrito; segunda razón: El hecho objeto de acusación es atípico por dos razones alternativas, primera, no se puede afectar el bien jurídico *libertad ambulatoria* en un régimen de excepción como el estado de emergencia; segundo, el Presidente Fujimori no podía responder por el exceso cualitativo que realizó Vladimiro Montesinos Torres al decidir de manera unipersonal o lateral la privación de la

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

libertad de Gustavo Gorriti Ellenbogen por un motivo de venganza personal, ajeno a las razones políticas que llevaron a la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.-----

A continuación hace uso de la palabra el señor Presidente de la Sala: Damos por concluida la intervención de la defensa para esta sesión; por otro lado, en la sesión pasada se les entregó a las partes procesales el texto sobre las "Reglas para la deliberación, votación y la sentencia", quisiéramos escuchar si alguna de las partes tiene alguna objeción o planteamiento alternativo.-----

Acto seguido al respecto el señor representante del Ministerio Público manifiesta: Señor Presidente, luego de analizar las reglas, teniendo en cuenta los argumentos expuestos referidos a la salud del imputado, a la complejidad y extensión de la sentencia, estamos conforme.-----

Seguidamente la Parte Civil, representada por el doctor Ronald Gamarra Herrera, al respecto señala: Señor Presidente, no tenemos ninguna objeción, creemos que las razones expuestas en estas reglas justifican de una manera razonablemente, los motivos por los que es conveniente y de acuerdo a derecho en una interpretación correcta de las normas del Código de Procedimientos Penales lo que se ha planteado, con el añadido que no se está planteando diferir la lectura de la sentencia, así lo entendemos, que no se está planteando diferir la redacción final de los fundamentos de la sentencia, que no se está planteando una sentencia oral, no se plantea una sentencia dictada en viva voz y recogida en una simple acta redactada posteriormente por Secretaria; creemos que de las reglas se infiere la certeza de las partes sobre el contenido y la resolución del Tribunal, que hay un respeto a los Principios de Certeza, Defensa, Publicidad y Seguridad Jurídica, que con estas reglas se alcanzan los efectos del acto y el interés procesal perseguido, es decir, conocer con detalle las razones de la sentencia y poder impugnarla si así se desea; y que adicionalmente se protege al propio acusado al no prolongar la tensión psicológica que genera una larga lectura, y por último, se refuerza la creencia del pueblo en la justicia al garantizar una decisión rápida; estamos de acuerdo con las reglas presentadas por el Tribunal.-----

A continuación el abogado defensor del acusado, el doctor Nakasaki Servigón al respecto refiere: Señor Presidente, nosotros estamos conformes con las reglas, el fundamento de economía procesal que se invoca en modo alguno afecta la garantía del derecho a la defensa del acusado, y lo único que sí

solicitaríamos es que respecto a la necesidad de garantizar la publicidad, esto es, que el pueblo sepa las razones de la decisión que ustedes van a tomar, al momento de presentar ese resumen de los fundamentos de hecho y de fundamentos de derecho que se señala en la regla número tres, se haga de manera suficiente como para que finalmente la sociedad entienda por qué se absolvió o por qué se condenó a Alberto Fujimori Fujimori, eso es importante que tenga en cuenta el resumen que va a presentar el Tribunal, porque para efecto de la defensa como se nos va a entregar el documento obviamente nosotros lo vamos a analizar.

Estando a lo manifestado por el abogado defensor del acusado, el señor Presidente precisa: Se entiende que cuando uno va a hacer un resumen éste documento tiene que tener autosuficiencia, eso está implícito en la línea de explicación de motivos, y además se colgará en la página Web del Poder Judicial.

Acto seguido y previa disposición del Tribunal, por Secretaría se da lectura a las Reglas para la Deliberación, Votación y Sentencia: Primera.-

Concluida la autodefensa del acusado, en aplicación de lo dispuesto por el artículo doscientos setenta y nueve del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número veintiocho mil ciento diecisiete, el Tribunal declarará cerrado el debate y suspenderá la audiencia tanto para plantear, discutir y votar las cuestiones de hecho –si así correspondiere–, como para deliberar, votar y redactar la sentencia. La deliberación y votación es secreta, conforme al artículo ciento treinta y tres de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- **Segunda.-** Una vez que concluya la autodefensa del acusado, en esa misma sesión y previo al cierre del debate, se convocará verbalmente a las partes para la lectura de la sentencia.

A estos efectos, en atención a la complejidad del asunto, la programación de la sesión de lectura de la sentencia tendrá en cuenta los cinco días hábiles que autoriza la ley.- **Tercera.-** El citado artículo doscientos setenta y nueve estipula que luego de planteadas, discutidas y votadas las cuestiones de hecho –siempre,

claro está, que se trate de una sentencia condenatoria a una pena efectiva–, así como acordados todos los extremos de la sentencia, la audiencia será reabierta para que sean “...leídas la votación de las cuestiones de hecho y la sentencia”. En consecuencia, la lectura de la sentencia, en presencia de las partes, es un paso obligatorio, legalmente impuesto, del procedimiento del juicio oral.- **Cuarta.-** La Lectura del fallo, empero, no debe ser entendida en un sentido meramente literal, de lectura integral de todas las cuestiones de hecho –si fuera el caso– y del texto

completo de la sentencia. Tratándose de un proceso de las características del presente, en que la actuación probatoria ha sido particularmente abundante y difícil, así como sujeta a numerosas incidencias y cuestiones, de derecho procesal y material, que será del caso resolver, es evidente que el veredicto y la sentencia serán particularmente extensos. Su lectura total demandaría, según nuestra experiencia forense, muchas horas. En esas condiciones el fundamento de la norma -que estriba en que el imputado, las partes procesales y la sociedad en especial, por medio de ese acto público y solemne, conozcan del modo más claro y concreto los motivos esenciales de la decisión jurisdiccional que ponga fin al juicio- se vería claramente incumplido y, en todo caso, vulnerado. A ello se agrega las recomendaciones médico legales, asumidas por el Tribunal, acerca del tiempo en que el imputado puede permanecer en el estrado judicial y el número de sesiones semanales que puede soportar. La extensión del fallo y su lectura integral, sin pausas o ulteriores suspensiones, conspira contra la finalidad de la mencionada exigencia legal y la racionalidad del enjuiciamiento penal, que constituyen a su vez un elemento del contenido esencial del debido proceso.-

Quinta- En cumplimiento del fin de la norma, de la necesidad de un conocimiento público y comprensible de los motivos de la decisión judicial, así como de la exigencia de estabilidad de la decisión una vez dictada, se dispone lo siguiente: **Primero**: El Presidente del Tribunal y Director de Debates realizará una presentación general de la sentencia; **Segundo**: A continuación, si así fuera el caso en atención al sentido del fallo, sólo se leerán las cuestiones de hecho más relevantes, salvo que por su número se disponga su lectura integral; **Tercero**: El Presidente del Tribunal y Director de Debates explicará el ámbito de la parte primera de la sentencia. Luego, presentará las dos partes restantes: fundamentos de hecho y fundamentos jurídico penales. En ambos casos se dará lectura o se expondrá una versión resumen de esas partes del fallo y, de ser necesario, se leerán determinados párrafos de la sentencia; **Cuarto**: La parte dispositiva del fallo se leerá íntegramente; **Quinto**: Inmediatamente después, siempre en acto público y en esa última sesión, se entregará a cada una de las partes el texto íntegro de la sentencia en documento electrónico; y, se dispondrá que ésta se difunda de inmediato en el Portal de Internet del Poder Judicial para conocimiento público de todos los interesados.- **Sexta**- De conformidad con el artículo doscientos ochenta y nueve del Código de Procedimientos Penales, leída la sentencia, conforme a las estipulaciones de la regla quinta, se preguntará al

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

acusado y al Fiscal si están conformes con ella, o si interponen recurso de nulidad, o se reservan el derecho de hacerlo hasta el día siguiente de expedido el fallo. Con la respuesta de las partes, la decisión respectiva del Tribunal, y el anuncio de la puesta a disposición del acta final, se declarará formalmente clausurado el juicio oral.- **Séptima**- No está autorizado que las partes comenten la sentencia en ese acto o formulen algún tipo de pronunciamiento; se limitarán a responder escuetamente la pregunta planteada por el Tribunal. La fundamentación de la impugnación, si se interpone, se presentará dentro del plazo de diez días previsto en el artículo trescientos inciso cinco del Código de Procedimientos Penales. Lima, veinticinco de febrero de dos mil nueve. Firman la resolución los señores Vocales Supremos San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo.-----

Concluida la lectura requerida el señor Presidente del Tribunal manifiesta: Entonces ya están claras y definidas cómo van a ser las reglas del paso final de este proceso bastante amplio y profuso.-----

En este estado el Tribunal dispone SUSPENDER LA AUDIENCIA PARA CONTINUARLA EL DÍA LUNES DOS DE MARZO PRÓXIMO A HORAS NUEVE DE LA MAÑANA; fecha en la que se continuará con los alegatos finales de la defensa del acusado; dándose por notificadas las partes, de lo que doy fe.----

San Martín

Prado