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 lunes veintitrés 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 Isaías Ríos Pérez, Nelly María Rubina Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Núñez, Benedicta Yanque Churo y Javier Manuel Ríos Ríojas, 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 y David Velasco Rondon.-----

Presente también el doctor Víctor 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 séptima 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 sexta sesión, manifestando los mismos que no, por lo que se da por aprobada, siendo suscrita de acuerdo a ley.-----

Secretaría informa que no hay despacho para dar cuenta el día de hoy.-----

A continuación el Tribunal a través del señor Director de Debates, señala lo siguiente: Como habíamos mencionado, el Tribunal va emitir las Reglas para la deliberación, votación y la sentencia - Texto preliminar - se **dispone** que se le entregue a las partes procesales copia del proyecto de la misma; son siete reglas que se está introduciendo para que las partes procesales puedan conocerla y den su opinión por la misma; en la próxima sesión vamos a escuchar los puntos de vista de las partes.-----

En este estado la defensa del acusado Alberto Fujimori con la venia del Tribunal, refiere: Señores integrantes del Tribunal Especial Penal Supremo, señor representante del Ministerio Público, colegas de la Parte Civil, colegas de la defensa, Presidente Fujimori, antes de iniciar nuestro alegato conforme hemos establecido como metodología, estamos entregando las copias de nuestras conclusiones parciales de la audiencia anterior a fojas sesenta y siete, tanto para el expediente, para los señores miembros del Supremo Tribunal, el señor Fiscal y los señores abogados de la Parte Civil que asistieron a la audiencia anterior.-----

El Tribunal dispone que se agregue a los autos, teniéndose presente en su oportunidad, con conocimiento de las partes.-----

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 Suprema, corresponde en esta primera parte, de la sesión del día de hoy terminar de establecer el argumento de la violación del debido proceso en la persecución penal al Presidente Fujimori, hemos trabajado con la violación del derecho a la defensa a nivel del antejuicio; **vamos a trabajar ahora con la violación del derecho a la defensa a nivel de la instrucción de este caso** y señalamos que se violó el derecho a la defensa concretamente en la instrucción que se siguió en los casos Barrios Altos y La Cantuta, volvemos a insistir que este tema tiene por propósito establecer problemas de conducencia en los actos investigatorios que mis contrapartes pretender convertir en probatorios a nivel del juicio oral. Comenzaremos por fijar cual fue la actuación procesal de Alberto Fujimori en la instrucción; Alberto Fujimori Fujimori fue sometido a proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha trece de setiembre de dos mil uno, habiéndose dictado en su contra medida cautelar de detención; el catorce de

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

febrero de dos mil dos por vencimiento del plazo ordinario de instrucción, se dictó el auto de prórroga ordinario de sesenta días; el dieciséis de abril de dos mil dos se dictó auto de primera prórroga extraordinaria por ciento ochenta días y dentro del plazo de la primera prórroga extraordinaria recién se le declaró ausente, o sea en el plazo de prórroga ordinaria de ciento ochenta días, se le declaró ausente mediante auto del veintidós de abril de dos mil dos; en el auto de declaración de ausencia recién se le designó abogado de oficio. El Estado implementó defensa técnica al inculcado con mandato de detención, siete meses y nueve días después de iniciado el proceso penal, - marcó este plazo - el Estado a través del Poder Judicial recién designa defensor a Alberto Fujimori siete meses después mas nueve días de iniciado el proceso penal con mandato de detención; durante los doce meses y catorce días de instrucción con defensor de oficio, se realizaron diez actos de investigación, el informe final se emitió el seis de mayo del dos mil tres, en fase preparatoria el Fiscal el once de marzo de dos mil cuatro formula la primera requisitoria escrita, y recién mi patrocinado designa defensor de confianza el veintidós de marzo de dos mil cuatro a la abogada Raquel Rosalia Cabrera Bazán; la Sala Penal Especial, dictó el primer auto de enjuiciamiento el treinta de junio de dos mil cuatro, esto lo hemos graficado y nos permite establecer lo siguiente: en el plazo ordinario de cuatro meses hubieron veintitrés actos de investigación, en la prórroga ordinaria de dos meses, cinco actos de investigación, en la primera prórroga extraordinaria nueve actos de investigación y recién se designa defensor de oficio, o sea en la instrucción ordinaria no hubo defensor de oficio, en la prórroga ordinaria no hubo defensor de oficio, en la primera prórroga extraordinaria recién se designa defensor de oficio, treinta y ocho actos de investigación hubo en la instrucción y en ninguno de los mismos participó defensor del acusado Alberto Fujimori, incluyendo los diez que se realizaron con defensor de oficio, insisto treinta y ocho actos de investigación hubo durante toda la instrucción, en ninguno participó abogado defensor por parte de Alberto Fujimori, incluyendo en esos treinta y ocho, los diez que se realizó a pesar que contaba con defensor de oficio, o sea el defensor de oficio no fue a ninguno de esos diez. ¿Por qué sostenemos que **se ha violado el derecho a la defensa del inculcado en la fase de instrucción**? Por dos razones, primera razón, la negación de defensa técnica, porque no se designó abogado de oficio al inculcado desde el inicio de la instrucción, al omitir su declaración de ausencia y la segunda razón, la negación de defensa eficaz, porque el abogado de oficio nombrado recién durante la primera prórroga extraordinaria de la instrucción,

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

no realizó la defensa técnica del inculcado, designación tardía del abogado defensor de oficio, y cuando se le designó, no participó en ningún acto investigatorio, **dos causas damos como violación del derecho a la defensa** del inculcado en la fase de instrucción. Demostremos la primera violación, no se designó abogado de oficio desde el inicio de la instrucción, al omitir la declaración de ausencia, este es un tema trascendente señores miembros del Tribunal, que va más allá de este caso, porque en la práctica diaria del Poder Judicial, el defensor de oficio con la declaración respectiva de ausencia siempre es al final de la instrucción, esa es la práctica diaria, la pregunta es si es una práctica *secun legen*, *contra legen*, o *praeter legen*, es una práctica indiferente a la ley, es una práctica según la ley o es una práctica contraria a la ley. El derecho al defensor de oficio es exigible en el proceso penal desde que tiene vigencia la garantía de la defensa procesal, o sea ¿desde cuando debe designarse defensor de oficio o defensor técnico para comenzar?, desde que tiene vigencia la garantía de la defensa procesal y la garantía de la defensa procesal tiene vigencia desde la apertura del proceso penal, desde el momento que se abre el proceso penal, que dicte el auto de procesamiento penal, surge la necesidad de garantizar el derecho a la defensa y ¿quien tiene que garantizar el derecho a la defensa?, ¿el propio acusado o el Estado? cuando esto se discutió a nivel de nulidades de la instrucción, en varias resoluciones se indicó que el responsable de implementar su defensa es el inculcado, lo cual es un error, porque la defensa procesal, no es un derecho, menos una carga sino una garantía, la defensa procesal es una garantía y siendo garantía quien tiene el deber de hacerla realidad es el Estado, esa es la gran conquista de haber llevado derechos del procesado a nivel de garantías procesales constitucionales, ya no es un problema del acusado, al igual que la garantía de la salud ¿quien tiene el deber de asegurar un tratamiento médico adecuado? ¿el paciente o el hospital?. Nosotros sostenemos, dentro de esta línea, que la defensa es una garantía y que por tanto rige desde la apertura del proceso penal hay necesidad de defensor técnico y si no lo nombra el inculcado de defensor de oficio y para demostrarlo vamos a empezar a desarrollar porque esta práctica del Poder Judicial de declarar ausente recién al final es ilegal. Señor Presidente, me atrevo a sostener que nunca se pensó en la declaración de ausencia, como un mecanismo de garantía de la defensa procesal del imputado, creo respetuosamente que en el Perú el Poder Judicial ha conceptuado que la declaración de ausencia es una consecuencia lógica, que se produce al final de la instrucción, no se si es por poca sensibilidad a la garantía

YANET CARAZAS GARY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

de la defensa procesal o de repente porque el Código de la declaración de ausencia está al final del libro de la instrucción, pero por cualquiera de las dos razones, insisto, la práctica judicial es que se declara la ausencia al final de la instrucción y recién al final de la instrucción se nombra defensor de oficio, pregunto ¿para que? Si ya terminó la instrucción ¿Qué propósito tendría el defensor de oficio cuando la instrucción ya ha terminado? **La condición de ausente del imputado**, desde el inicio de la instrucción obliga que se declare para poder implementarle defensa técnica, insisto, nosotros sostenemos que la declaración de ausencia, es un mecanismo para garantizar la defensa del inculpado en el Código Penal de mil novecientos cuarenta, porque si no hay declaración de ausencia, no se le puede nombrar defensor de oficio ese es el problema. El título noveno del libro segundo del Código de Procedimientos Penales contiene las reglas del ausente, el artículo doscientos cinco establece y permitanme leerlo textualmente "la instrucción contra el inculpado ausente, se llevará a cabo nombrándosele de oficio un defensor, quien intervendrá en todas las diligencias y podrá ser uso de los recursos legales, la ley procesal penal, no define al ausente, pero si señala un mandato claro, la instrucción al ausente es con abogado defensor de oficio", el texto del artículo doscientos cinco es sumamente claro, la instrucción del ausente, es con defensor de oficio, quien deberá intervenir en todas las diligencias y hacer uso de todos los recursos, invito a la Sala a que revise todas las disposiciones del Código del cuarenta y no hay ninguna que diga instrucción sin defensa, no existe ninguna y menos en el caso de la defensa del ausente, es por ejemplo interesante el caso chileno, por las connotaciones que tuvo en este proceso. En Chile al ausente sólo se le abre instrucción para permitir el proceso de extradición, pero no se realiza la investigación hasta que es traído, en el Perú la ley es sabia, la instrucción al ausente es con abogado, no con abogado al final de la instrucción. Quizás es importante definir al ausente, el decreto legislativo ciento veinticinco, describe los supuestos de contumacia, no así los de ausencia, los que se tienen que fijar de manera negativa, esto es, ausente es el imputado que no comparece a la causa penal y no puede ser calificado de contumaz, esa es nuestra definición de ausencia o de ausente, ausente es el inculpado que no comparece a la causa penal y no puede ser calificado de contumaz, dos elementos tiene nuestro concepto de ausente, no comparece al proceso y no puede ser declarado contumaz. El Presidente de este Supremo Tribunal penal, define al ausente como el imputado que no cumple ninguno de los supuestos de contumacia

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

establecidos en la ley, se trata de un procesado cuya ubicación se ignora y no se tiene evidencia que conoce del proceso penal o que ha salido del Perú, asumiéndose sin saber la existencia del caso penal; que interesante lo que define el doctor San Martín como supuesto de ausencia o que ha salido del Perú, asumiéndose sin saber la existencia del caso penal, le pido al Tribunal tener presente este criterio; sale del Perú asumiéndose que no conoce la existencia del proceso penal, ese es un caso de ausencia que nos presenta el Presidente de este Tribunal Penal Supremo. Sánchez Velarde, agrega lo anterior, que ausente también es el inculpado cuya ubicación se ignora y no ha sido posible su acercamiento al proceso penal, porque le es indiferente o le rehúye, el más importante de los fiscales que integra el Ministerio Público en lo que se refiere al derecho procesal penal, reconoce que ausente es la persona que no comparece, porque le es indiferente o rehúye el proceso y Claus Roxin en su obra de Derecho Procesal Penal, trabajamos con la traducción de la edición veinticinco, que califica como ausente al imputado que se halla en el extranjero y cuya comparecencia al proceso penal no parece factible o razonable - un poco más y una foto a mi cliente en este concepto - Señor miembros del Tribunal, sobre estas definiciones nosotros hemos establecido cuáles son los elementos de la ausencia, puede haber una ausencia formal que arranca con un emplazamiento judicial, el inculpado es emplazado, no concurre al proceso y no puede ser encuadrado dentro de los supuestos de contumacia, ese sería un ausente formal, pero hay un ausente material en tres supuestos, a que me refiero con ausente material, cuando no es necesario el emplazamiento judicial, porque no se conoce su domicilio, ¿Cómo lo emplazo? porque se ignora su paradero, ¿cómo lo emplazo? o porque ha salido del territorio nacional. Primera conclusión, Alberto Fujimori Fujimori cuando se le apertura el proceso penal tenía la condición de ausente, tenía todos los elementos para ser declarado ausente como vamos a reforzar inmediatamente. Desde cuando se debe declarar la ausencia y pido para fijar este momento señores miembros del Tribunal, una lectura constitucional del artículo doscientos cinco del Código de Procedimientos penales, a partir de la garantía de la defensa procesal, "el juez tiene el deber de verificar las condiciones de ausencia para poder implementar la defensa técnica del inculpado ausente, esto es frente a un caso de ausencia, el juez tiene el deber de declararla, porque la declaración permitirá implementar la defensa técnica, que no ha hecho el inculpado; el debido proceso penal, no admite una fase de instrucción, sin que se implemente defensa legal del inculpado, la ausencia, la contumacia, no justifican

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

la indefensión del imputado e insisto la necesidad de implementar la defensa, no recae sólo en el inculpado, porque la defensa no es derecho, solamente, si no garantía. El artículo doscientos cinco del Código de Procedimientos penales, prohíbe una instrucción al ausente sin defensor, esa es la lectura constitucional del artículo doscientos cinco que la defensa propone al Tribunal, el artículo doscientos cinco, prohíbe una instrucción al ausente sin abogado, no puede haber instrucciones al ausente sin abogado. Consecuentemente sostenemos, como graficamos a continuación que la declaración de ausencia debe ser al inicio de la instrucción, no al final, si es que por cierto se verifica las condiciones de la ausencia. Victor Moreno Catena, Ángela Coquillat Vicente, Ángel Juanes Peces, Alfredo de Diego Díez y Emilio de Llera Suárez Barcena, advierten sobre la práctica judicial, de diferir la garantía de la defensa procesal a momentos avanzados de la persecución penal, textualmente, "a fin de lograr espacios procesales, en los que el imputado se encuentra sin defensa técnica", estos maestros del derecho procesal penal dicen cuidado con diferir la declaración de ausencia al final, porque se crean estado de indefensión, textualmente estos autores, sostienen que la única manera de evitar el estado de indefensión es instrucción al ausente sí, pero con defensor, esa es la gran discusión, que hacemos con el ausente o le abrimos proceso o le reservamos el proceso hasta ser habido, si le vamos abrir el proceso, le abrimos proceso con defensa, no puede haber partido de fútbol con un solo equipo en la cancha, no hay esa regla, menos en el proceso penal, ni siquiera el proceso civil señores miembros del Tribunal, porque en el proceso civil, se arranca con curador procesal, ni siquiera en el proceso civil, es admisible un proceso sin defensa al demandado y sin embargo, toda la instrucción tuvo esta característica, lo que repito, no busca que se declare la nulidad de la instrucción, si no que cuando revisen ustedes la valoración de la prueba y los pedidos del Ministerio Público y la Parte Civil por ejemplo, la testimonial del general Hermoza dada en la instrucción, la testimonial del general Salazar dada en la instrucción ¿puede ser prueba testimonial? o documental como dice la acusación. Verifiquemos que se ha violado este deber de implementar la defensa técnica del ausente en este caso, brevemente. El trece de setiembre del dos mil uno, cuando se abrió proceso penal a Alberto Fujimori por el caso de Barrios Altos y La Cantuta, era un hecho público que no encontraba en el Perú, sino en el Japón, a tal punto era un hecho público que el Congreso de la República le había levantado la inmunidad y había dispuesto que haya un proceso penal por abandono del cargo, y en ese proceso se estableció

YANET CARAZAS GARAY
Sec. rotaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

que el Presidente Fujimori salio del Perú para no retornar, el trece de noviembre del dos mil - marcó - para el Estado Peruano versión Congreso y para el Poder Judicial en el primer proceso contra el Presidente Alberto Fujimori se estableció oficialmente que el Presidente Fujimori salio del Perú para no regresar, - y acá insisto - se le habré proceso recién el trece de setiembre de dos mil uno, que fue el primer proceso por Abandono del cargo, casi un año después. El Congreso de la Republica mediante resolución legislativa cero diecisiete del año dos mil dispuso el inicio del proceso cero siete - dos mil uno, - para que tengan mayores datos - es el proceso numero cero siete - dos mil uno que condujo el doctor Lecaros, primero la doctora Bromley que fue la primera Vocal Instructor en el caso Fujimori, que dicho sea de paso fue la única que lo notificó en el Japón, de allí nunca más nadie lo notificó en el Japón como Vocal Instructor; diez meses antes que se inicie este proceso ya era un hecho público que el Presidente Fujimori no se encontraba en el Perú y las autoridades peruanas habian determinado que habia salido sin retorno; el auto cabeza de este proceso penal para fundamental la medida cautelar de detención, cito textualmente "que es de público conocimiento que el denunciado Alberto Fujimori Fujimori ha hecho abandono del país para evitar ser procesado por las autoridades judiciales peruanas, lo que implica que viene tratando de eludir la acción de la justicia; Alberto Fujimori ha hecho abandono del país, para evitar ser procesado por las autoridades judiciales peruanas, lo que implica que viene tratando de eludir la administración de justicia", la pregunta es, si el Vocal Instructor Supremo estableció que Fujimori habia salido del Perú para evadir la administración de justicia, para rehuir someterse a los proceso penales y declara su peligro procesal de fuga, preguntó ¿por qué los mismos hechos que sirven para detenerlo, no sirven para declararlo ausente y nombrarle defensor de oficio? ¿Qué elementos faltaba para el momento de abrirle proceso con mandato de detención, declararlo ausente y nombrarle defensor de oficio?, no faltaba ningún requisito, salvo uno quizás, la vocación de querer garantizar el derecho a la defensa de mi cliente, y "ojo" que este no es un problema sólo de este caso, todas las instrucciones contra Alberto Fujimori han sido sin defensa, comprendo que quizás mi aspiración demasiada cuando pedía la nulidad de todas las instrucciones, pero para poder valorar si los actos investigatorios pueden convertirse en actos probatorios, me parece absolutamente legitimo. La otra violación o la otra causa para la violación del derecho de la defensa, es un tema novedoso en el Perú, la falta de defensa eficaz; en el Perú se habla de defensa,

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

pero todavía no se habla de defensa eficaz, así como lo del juicio mediático ha causado un terremoto, jurídicamente quizás no lo cause porque no creo que al juicio mediático le interese la defensa eficaz, pero sí al Tribunal más importante que tiene en este momento el país, establecer que si dentro del ámbito de la garantía de la defensa procesal ésta se satisface sólo nombrando abogado o requiere que defienda con eficacia, como se garantiza el derecho a la salud, ¿haciendo que un médico vaya al quirófano o tratando al paciente? ¿Como se garantiza el derecho a la defensa?, nombrando tardíamente pero nombrando defensor de oficio o garantizando que el defensor de oficio, al menos pues vaya a las diligencias, los defensores de oficio se pasaron de cantores, no fueron a ninguna testimonial, no presentaron ni un solo escrito, no presentaron un solo recurso. Al imputado se le tiene que garantizar una defensa eficaz, no voy a extenderme largo en este tema, loaré en mis conclusiones por escrito en todo caso, solamente voy a resaltar que en los doce meses y catorce días de instrucción que transcurrieron desde que se designó defensor de oficio en la primera prórroga extraordinaria o sea un año y catorce días, ¿el defensor de oficio que hizo? participación de diligencias procesales, treinta y siete testimoniales y una visualización, no fue a ninguna, algún día le pregunte por qué y me dijo que la directora del Ministerio de Justicia no le daba para el taxi, porque decía a ese "chino" para que lo vamos a defender; cuestiones probatorias de aportación de prueba, cero; impugnación de resoluciones judiciales, cero, por eso que hace mucho tiempo en una conferencia de prensa dije, defensa cero; Alberto Fujimori en la fase de instrucción no tuvo defensa o tuvo defensa cero, no se le nombró defensor de oficio cuando correspondía y cuando se le nombró no fue a ninguna diligencia, eso ni siquiera rasguña la instrucción, al menos los libros no dirían eso, ojalá que la sentencia tampoco. Señor Presidente, cuando hicimos el esquema general de nuestra defensa hablamos de una introducción, aspectos generales de la defensa, las violaciones del debido proceso en la persecución penal, una presentación de la defensa técnica que vamos a iniciar ahora de manera específica el **tema de la defensa técnica frente a la acusación por delito de secuestro agravado, por trato cruel a la víctima en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen**. La defensa frente a esta primera acusación, ya que se nos pedía razones técnicas, - lastima que nuestro amigo Ronald Gamarra no se encuentre acá -, lo vamos ahogar de algunas razones, ¿Cuál es nuestra pretensión de defensa frente al cargo de secuestro de Gustavo Gorriti? Nosotros presentamos dos defensas alternativas o la prescripción de la

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

acción penal o la absolución por atipicidad del hecho objeto de la acusación, frente a la acusación por el cargo de secuestro de Gustavo Gorriti planteamos dos defensas alternativas, una principal y una subsidiaria, para ser preciso, la pretensión principal, la absolución por atipicidad del hecho, la pretensión subordinada la prescripción, y por una cuestión de orden permitáname empezar por la segunda la prescripción. Nosotros sostenemos - es una lastima que no este el doctor Rivera - que el cargo de secuestro agravado en agravio de Gustavo Gorriti, dicho sea de paso de Dyer también, - pero lo vamos a ver aparte - están prescritos. Como primer punto, vamos a establecer la naturaleza subordinada de la pretensión de prescripción de la acción penal; hemos dicho una pretensión principal y una pretensión subordinada, la pretensión de prescripción es subordinada, que queremos decir con esto, a partir de una interpretación lógica del artículo noventa y uno del Código Penal aplicando la regla del argumento ad maioris ad minus, precisamos que la prescripción de la acción penal es una pretensión subordinada al resultado de la pretensión principal, absolución por atipicidad, conforme lo permite el artículo ochenta y siete del Código Procesal Civil al que recurrimos via interpretación sistemática o fuente supletoria, esto es, se declara prescrito si es que no se me absuelve; en efecto, si el acusado tiene derecho a renunciar a la prescripción por el argumento de quien puede lo mas puede lo menos, entendemos que está facultado a condicionar la renuncia a que no sea declarado inocente por la mayor entidad que tiene una sentencia absolutoria, respecto a un auto de sobreseimiento definitivo, ¿Cuál es la causa de la prescripción de la acción penal? Es la siguiente: el hecho objeto de acusación no debe ser encuadrado en el tipo penal de secuestro sino en el tipo penal de abuso de autoridad por detención - repito- sostenemos que la acción penal ha prescrito porque una debida tipificación debería ser que hecho se encuadre no como secuestro sino como abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal; ¿cuáles son las razones para sostener que el hecho no debe ser encuadro como secuestro sino como abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal?, cuando a través de nuestros interrogatorio planteamos esto, la justicia mediática nos dedicó algunas ilustradas opiniones de algunos abogados que al parecer no entendieron este argumento. Comencemos por establecer cuál es el significado del elemento normativo "sin derecho" del artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal; para entender que el hecho no es secuestro sino abuso de autoridad lo primero que hay que hacer es fijar el significado del elemento normativo sin derecho del artículo ciento cincuenta y dos del Código

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Penal; dado el tiempo del hecho objeto de la acusación, la privación de la libertad de Gorriti se produjo el seis y siete de abril de mil novecientos noventa y dos, se trabaja con la fórmula típica primigenia del artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal, en el cual el elemento normativo del análisis que haremos se graficaba con el texto "sin derecho", dice el texto del artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal: "será reprimido con pena privativa de libertad - bueno ese es el texto actual, el texto primigenio- el que sin derecho priva de la libertad a otro"; actualmente se ha especificado mucho más este elemento, y ahora se habla "sin derecho, sin motivo y sin facultad justificada", pero siempre bajo la misma idea; el insigne profesor italiano Giuseppe Maggiore explicaba que el secuestro debía ser ilegítimo, es decir sin justificación en disposición legal, orden superior, poder disciplinario o deber; el maestro italiano Silvio Ranieri sobre el elemento normativo y legitimidad o sin derecho, afirmaba que la privación de la libertad no debía ser ordenada o autorizaba por norma jurídica alguna; el maestro argentino Carlos Fontán Balestra resaltaba que la privación de la libertad debía ser ilegal, es decir, no estar justificada en el cumplimiento de la ley o en el ejercicio de una potestad reconocida por la misma; el maestro Ricardo Núñez señalaba que la ilegalidad de la privación de la libertad era por la falta de autorización jurídica para realizar el hecho; el autor español Gerardo Landrove Díaz expresa que la privación de la libertad debe estar fuera de los casos permitidos por la ley, hace referencia a una norma penal en blanco, que obliga a remitirse a las normas extra penales para ver quién tiene o no potestad de detención, la pregunta es: ¿los militares que detuvieron a Gorriti tuvieron o no potestad de detención, más allá si abusaron de la misma?; el autor español Juan Muñoz Sánchez, quizás en la obra más importante que se ha escrito para diferenciar la privación de la libertad cometida por particulares de la privación de libertad cometida por funcionarios públicos, él dice que el elemento comentado significa ausencia de autorización legal, sin derecho es ausencia de autorización legal; y finalmente, los autores chilenos Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, y María Cecilia Ramírez sostienen en la misma línea que la privación de libertad sin derecho significa sin autorización del ordenamiento jurídico - repito - la clave es la siguiente: los militares en un estado de emergencia, ¿tienen o no potestad de detención?, insisto, más allá que abusen de la misma; adelanto, ¿Gustavo Gorriti fue víctima de un delito? Sí, no me cabe la menor duda; el problema es qué delito y quién lo cometió por cierto; me queda claro que el periodista Gustavo Gorriti fue víctima de un delito, lo que está en discusión es qué delito y quién fue el autor, y lo más

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

importante, si mi cliente puede ser condenado como autor mediato de secuestro; entonces, cuando comenzamos el análisis con el elemento normativo sin derecho, lo que le pedimos al Tribunal es tener en cuenta que para cometer secuestro el autor no debe contar con potestad detentiva o potestad de detención, como extraordinariamente lo explica Carlos Climent Durán en Las detenciones ilegales Policiales, la clave es, insisto, ¿Los militares en un estado de emergencia tienen potestad de detención o no?, ¿Cuál es la diferencia entre el secuestro y el abuso de autoridad por detención arbitraria o ilegal? ya que hay muchas modalidades de abuso de autoridad, estoy trabajando con la modalidad abuso de autoridad por detención ilegal, insisto, el tema que propongo al Tribunal ahora es establecer la diferencia entre el secuestro y el abuso de autoridad por detención ilegal y su aplicación en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno; el elemento normativo privar de la libertad sin derecho, autorización, orden o potestad es el que permite diferenciar el secuestro del abuso de autoridad por detención ilegal. En la doctrina se diferencia la privación de libertad ilegal cometida sin derecho por un particular, asimilando también a los funcionarios que actúan fuera del cargo, y la que comete una autoridad o funcionario público abusando de su función o potestad de detención, ésta es la clave que no se ha querido mirar; insisto en que la doctrina diferencia la privación de libertad que comete un particular, concepto dentro del cual se incluye al funcionario público que actúa fuera del ejercicio del cargo, por ejemplo como un policía que forma una banda de secuestradores, en cuya situación no está actuando como policía, está actuando como particular, ¿cuántos policías integraron los Injertos?, entonces la diferencia que hace la doctrina es privación de libertad cometida por un particular y privación de libertad cometida por un funcionario público que abusa de su potestad de detener. El secuestro es el delito cometido por un particular o un funcionario que no ejerce el cargo, fuera del cargo que sin derecho priva de libertad ambulatoria; repito, el secuestro es el delito cometido por un particular o por un funcionario que no actúa como tal, y que sin derecho priva de libertad ambulatoria, ese es el secuestro; en cambio el abuso de autoridad por detención ilegal es el cometido por un funcionario público que tiene potestad para detener, y abusando de la misma priva a otro de la libertad ambulatoria quebrando las garantías del detenido - repito- mientras el secuestro es el delito cometido por un particular sin derecho, el abuso de autoridad por detención ilegal es el cometido por un funcionario público que tiene potestad para detener y que abusa de la misma, abusa de su función y viola las garantías

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

del detenido, esa es la diferencia doctrinal que me llama la atención que mis colegas no la han leído, porque no lo han llevado al juicio mediático y no lo han traído al juicio jurídico, ni la Fiscalía y menos la Parte Civil, especialmente el doctor Carlos Rivera Paz. Es cierto, reconozco, que a nivel de la doctrina se discute esta diferencia, fundamentalmente por un problema de penalidad; un sector de la doctrina considera que no deberían legislarse como figuras delictivas distintas porque la privación de la libertad cometida por el funcionario público que abusa de su potestad de detención es más grave y debería tipificarse como una forma agravada de secuestro, eso es lo que dice esta doctrina, no estoy de acuerdo con esa diferencia entre secuestro y abuso de autoridad porque para mí cuando un funcionario público priva de la libertad es más grave, por tanto el Código Penal debería decir: "secuestro básico, cometido por un particular y el secuestro agravado cometido por un funcionario público"; hay otro sector de la doctrina que sostiene que si bien el objeto de tutela penal es la libertad en ambos casos, se protegen diversas manifestaciones de la libertad, en una la libertad ambulatoria y en la otra el sistema de garantías de la libertad, y por tanto, justifican la diferencia y dicen que el secuestro y el abuso de autoridad sí deben ser dos figuras distintas; a partir de esta diferenciación se hace la siguiente distinción que hemos graficado, se diferencia entre detención material improcedente, también llamada detención ilegal material, y detención formalmente improcedente, también llamada detención ilegal formal. La detención materialmente improcedente o detención ilegal material la realizan los particulares sin que responda a ningún supuesto establecido en la ley, incluyendo los funcionarios públicos que actúan fuera del ejercicio del cargo por un acto particular, por ejemplo, para extorsionar; y la detención formalmente improcedente o detención ilegal formal es la que realizan los funcionarios públicos con potestad o función de detener, que ejerciéndola de forma abusiva o arbitraria violan las garantías del detenido, por ejemplo en el plazo, en la forma, la finalidad, así lo dice textualmente Climent Durán en su obra Las Detenciones Ilegales y así lo recoge el Supremo Tribunal en lo Penal español en el recurso cuatro mil cuatrocientos ochenta y cinco guión mil novecientos ochenta y ocho, en la sentencia del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, en la sentencia de fecha seis de octubre de mil novecientos ochenta y seis, en el recurso número mil doscientos ochenta y uno guión mil novecientos ochenta y ocho, etcétera, etcétera, porque es una posición uniforme, la diferencia entre detención improcedente material y detención improcedente formal, o

YANET GARZAS GARAY
Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

detención ilegal material y detención ilegal formal. La detención ilegal material configura el delito de secuestro - repito - la detención ilegal material configura el delito de secuestro, en cambio la detención ilegal formal configura el delito de abuso de autoridad, y lo hemos graficado de la siguiente manera; la detención materialmente improcedente o detención ilegal material, o sea la que comete un particular sin derecho es delito de secuestro, en cambio la detención formalmente improcedente o detención ilegal formal, la que comete un funcionario público abusando de su potestad de detención es delito de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal, ésta discusión doctrinaria ha creado dos sistemas legislativos que graficamos a continuación, dos sistema legislativos ha creado esta diferencia doctrinaria que hacemos, el sistema legislativo de la agravación o calificación, y el sistema legislativo de la diferenciación o distinción, o sea que éste no es un problema que ha quedado sólo en la doctrina de *lex ferenda*, es un problema que ha llevado a crear dos sistemas legislativos, un problema de *lex lata*, según la posición que asuman el legislador crea su propio sistema legislativo, un sistema legislativo de la agravación o la calificación, y un sistema legislativo de la diferenciación o distinción. El sistema legislativo de la agravación o la calificación que tipifica la privación de libertad sin derecho que comete el particular como un secuestro básico, y la que realiza un funcionario público abusando de su función de diferenciación como un secuestro agravado por la cualidad del autor, - repito - y así lo hemos graficado, en el sistema legislativo de la agravación o la calificación por la condición del autor la privación de la libertad cometida por un particular es un tipo de secuestro básico o simple; en cambio la privación de la libertad cometida por un funcionario público abusando de su potestad o función de detención es un tipo penal de secuestro calificado agravado, eso en el sistema legislativo de la agravación o la calificación, tipo básico, tipo calificado, ejemplo de este sistema de calificación o la agravación se tiene en el Código Penal español de mil novecientos noventa y cinco en el tipo penal básico del artículo ciento sesenta y tres se regula la privación de la libertad cuando el autor es un particular, y en el tipo penal calificado del artículo ciento sesenta y siete se regula la privación de la libertad cuando el autor es una autoridad o funcionario público como un secuestro agravado, me he permitido traer el Código Penal español de mil novecientos noventa y cinco y efectivamente en el artículo ciento sesenta y tres que regula el secuestro básico dice: "el particular que encierra, encerrare o detuviere a otro privándolo de su libertad" y en el artículo ciento

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

sesenta y siete que regula el secuestro agravado dice: "la autoridad o funcionario público que fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa de delito priva de la libertad", esto es que en el sistema legislativo de la calificación o la agravación la privación de la libertad cometido por un particular es secuestro básico, y la privación de la libertad cometido por un funcionario público es secuestro agravado; en cambio en el sistema legislativo de la diferenciación o la distinción por la condición del autor la figura es totalmente distinta, la privación de la libertad cometido por un particular es delito de secuestro, en cambio la privación de la libertad cometido por un funcionario público abusando de su potestad o función de detención es delito de abuso de autoridad por detención ilegal o arbitraria, ejemplo del sistema legislativo de la diferenciación o la distinción se tenía en el Código Penal de mil novecientos veinticuatro, mientras que en Libro Segundo, Sección Quinta, delitos contra la Libertad, en el artículo doscientos veintitrés se tipificaba como secuestro a la privación de la libertad del particular, en la Sección Décimo Cuarta, Delitos contra los Deberes de Función y Deberes Profesionales, Título Primero, Abuso de Autoridad, artículo trescientos cuarenta, inciso uno se decía - y permítanme leerlo expresamente ya que acá alguien pensó que era una invención, una ocurrencia mía querer jalar el abuso de autoridad con el secuestro - ¿y qué decía el artículo trescientos cuarenta inciso uno del Código Penal de mil novecientos veinticuatro? "será reprimido con prisión no mayor de dos años, Uno: El funcionario público que ilegalmente privare a alguien de su libertad personal", esto es, en el Código Penal de mil novecientos veinticuatro vigente hasta junio de mil novecientos noventa y uno la privación de la libertad cometida por el particular era secuestro, y la privación de la libertad cometida por el funcionario público que abusaba de su cargo era abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal, ¿inventó?, ninguno, la pregunta es ¿el Código Penal de mil novecientos noventa y uno cuál de los dos sistemas legislativos sigue, acaso sigue el sistema de la calificación o agravación o sigue el sistema de la diferenciación o distinción?, esa es la cuestión a resolver; sostenemos que el Código Penal de mil novecientos noventa y uno mantiene un sistema diferenciador entre el secuestro y el abuso de autoridad por detención ilegal, no recoge el sistema de la calificación o agravación; el artículo ciento cincuenta y dos, primer párrafo del texto primigenio regulaba el tipo base de secuestro estableciendo como único autor al particular, "el que (...)" decía, el resto del articulado que contemplaba nueve formas agravadas de secuestro no consideró al funcionario público como autor de secuestro agravado, por el

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

contrario, el elemento funcionario público fue considerado para agravar el delito en función de la víctima, cuando el secuestro sea en agravio de un funcionario público. Cinco modificaciones ha tenido durante su historia el artículo ciento cincuenta y dos, las graficamos en una tabla (el abogado interviniente hace mención a la ayuda audiovisual Power Point que utiliza) el texto primigenio regulaba como autor al particular, la modificatoria mediante Ley número veintiséis mil doscientos veintidós del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y tres dice el particular, luego la Ley número veintiséis mil seiscientos treinta de fecha veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis, por el decreto legislativo número ochocientos noventa y seis del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho, luego por la Ley número veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos del cinco de junio del año dos mil uno, y por la Ley número veintiocho mil ciento ochenta y nueve del dieciocho de marzo del año dos mil cuatro, y en ninguna de las cinco modificaciones se ha agregado secuestro agravado por la condición del autor funcionario público, en todas el autor del secuestro es el particular. El Código Penal de mil novecientos noventa y uno, regula de forma distinta el delito de abuso de autoridad, ya no se emplea como el Código Penal de mil novecientos veinticuatro, un tipo alternativo en el que se describe distintas formas de realización, sino hoy día se utiliza un tipo penal subsidiario el del artículo trescientos setenta y seis, con una fórmula general que se aplica cuando no se puede utilizar los otros supuesto delitos de función. El hecho que en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno, no se considera expresamente a la detención ilegal como una modalidad de abuso de autoridad, no es obstáculo para sostener que utiliza el sistema de la diferenciación y no el sistema de la calificación igual que su antecedente el Código Penal de mil novecientos veinticuatro, y para eso damos cinco razones, que vamos a ir desarrollando, uno, la naturaleza legislativa del sistema de calificación o agravación; dos, la relación de los objetos de protección penal entre el tipo de secuestro y el tipo de abuso de autoridad por detención ilegal; tres, la lectura constitucional del artículo cuatrocientos diecinueve del Código Penal; cuatro, la subsidiaridad del tipo de abuso de autoridad, y cinco, la doctrina penal en el caso de la privación de la pena de la libertad cometida por el funcionario público. Ya que querían razones jurídicas traemos algunas, cinco vamos a presentar para demostrar porque el Código Penal de mil novecientos noventa y uno utiliza el sistema de la diferenciación o sea privación de la libertad por el particular secuestro, privación de la libertad por el funcionario público que abusa de su

YANET GARAYZAS GARAY

Secretaria
Cala Penal Especial de la Corte Suprema

cargo, abuso de autoridad. Empecemos por **la primera razón, la naturaleza legislativa del sistema de calificación o agravación**, como ya se señaló el sistema de calificación exige que en el Código Penal se incorpore obviamente mediante una ley, no una doctrina, el tipo penal de secuestro agravado por la condición de funcionario público del autor, tal como se ha hecho en el Código Penal Español de mil novecientos noventa y cinco mediante el artículo ciento sesenta y siete y esto es muy importante en el Código Penal Español derogado se seguía el sistema de la diferenciación y como la doctrina chanco ese sistema en el nuevo Código se sigue el sistema calificado agravado, pero tuvo que darse un cambio de sistema legislativo. En el Código Penal Español derogado en el artículo ciento ochenta y cuatro, capítulo dos, de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de la persona, reconocidos por la ley se tipificaba la privación de la libertad cometida por un funcionario público, como un caso de abuso de autoridad por detención ilegal o sea en el Código Penal Español derogado se reconocía que la privación de la libertad del funcionario público era abuso de la autoridad, en cambio en el artículo cuatrocientos ochenta, siempre el Código derogado la privación de la libertad de un particular era secuestro o sea - como repito - el Código Español derogado utilizó el sistema de la diferenciación igual que nuestro Código Penal de mil novecientos noventa y cuatro. El Código Penal Peruano de mil novecientos noventa y uno, no contempla de los tipos penales de secuestro una figura de secuestro agravado por la calidad de funcionario público del autor, el texto normativo "el que" debe interpretarse en el sentido que el autor es un particular, pues cuando el legislador requiere mencionar al funcionario público lo hace de manera expresa. Luis Roy Freire, principal exponente nacional en la parte especial del derecho penal refiriéndose al artículo doscientos veintitrés del Código Penal derogado, que utilizaba la misma fórmula "el que" decía, "el que expresa que solo los particulares pueden ser sujetos activos de secuestro y los funcionarios públicos de abuso de autoridad", precisamos el cambio legislativo de un sistema de la calificación o la agravación por un sistema de la diferenciación se hace por ley, no se hace por interpretación ni por doctrina, si el Tribunal no está de acuerdo con el sistema de la diferenciación, le propone su cambio al congreso a través del conducto correspondiente, pero no puede hacer que la ley diga lo que no dice, insisto el sistema de la calificación o la agravación y el sistema de la distinción o diferenciación lo establece la ley, no la doctrina, no la interpretación, no es un problema de *lex ferenda*, es un problema de *lex lata*; **segunda razón** que hemos dado para establecer que el Código Penal

YANET CABEZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

de mil novecientos noventa y uno, recoge el sistema de la diferenciación y no el de la calificación o agravación es la **relación del objeto de tutela penal entre el tipo penal de secuestro y el tipo penal de abuso de autoridad por detención ilegal**, es necesario diferenciar en la teoría del bien jurídico que al ser objeto de protección mediante los tipos penales, el legislador en ciertos casos recurre a distinguir, aunque al doctor Prado no le gustaba el termino macro bien jurídico y micro bien jurídico recuerdo en la Academia de la Magistratura o como refieren los Italianos entre objetos genérico y objeto específico del bien jurídico; o sea en cierto sistemas de técnicas legislativas se protege el mismo bien jurídico pero en distintos aspectos, macro bien jurídico y micro bien jurídico o objeto genérico y objeto específico; lo importante es tener presente, que no se trata de bienes jurídicos diferentes como por ejemplo la vida y el patrimonio, sino de diferentes aspectos del mismo objeto de tutela penal. La diferencia del objeto de protección penal puede referirse a distintas manifestaciones del bien jurídico, por ejemplo la posesión mueble en el tipo de hurto, la posesión inmueble en el tipo de usurpación son manifestaciones del bien jurídico patrimonio. El tipo penal de secuestro, protege como macro bien jurídico u objeto genérico a la libertad personal, así lo establece el Título uno de la Sesión Quinta, pero su micro bien jurídico u objeto específico de Tutela Penal es la libertad ambulatoria o de desplazamiento; por su parte, el tipo penal de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal del artículo trescientos setenta y seis tiene como objeto genérico de protección a la administración pública, pero como objeto específico al sistema de garantía constitucionales de la libertad, del cual son garantes los funcionarios públicos competentes esto es los que tiene función de detención, - repito - en el caso del delito de abuso de autoridad el objeto genérico es la administración pública y el objeto específico para el abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal es el sistema de garantías constitucionales de la libertad, del cual son garantes los funcionarios públicos que la tiene potestad de detención, así lo establece de manera expresa Jorge Luis Diez Ripolles, Comentarios al Código Penal - Parte Especial - Tomo uno, página setecientos catorce a setecientos dieciséis, Tiran Lo Blanch - Valencia - España mil novecientos noventa y siete, uno de los comentarios más importante que hay en el Código Español actualmente es de Quintano Repollés e igualmente Juan Muñoz Sánchez en esta obra que me permitido señalar, es la más importante en habla hispana para diferenciar, privación de la libertad del particular versus privación de la libertad del funcionario público, que es una obra de editorial

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Trota de mil novecientos noventa y dos, Juan Muñoz Sánchez, las partes pertinentes las estamos dejando en nuestras conclusiones. La libertad ambulatoria y el sistema de garantías constitucionales de la libertad no pueden considerarse bienes jurídicos distintos, como lo sería la salud y el orden constitucional por ejemplo, existe entre ambos, entre la libertad ambulatoria y el sistema de garantía constitucionales de la libertad una relación especial, la que corresponde al derecho fundamental y a la garantía, no son bienes jurídicos distintos porque tienen la relación que existe entre derecho y garantía, la última asegura mediante una exigencia al Estado que el primero sea la realidad, o sea entre el bien jurídico libertad ambulatoria y el bien jurídico sistema de garantías constitucionales de la libertad no existe la diferencia de ser bienes jurídicos distintos son dos aspectos del mismo bien jurídico, mantienen la relación especial que existe entre un derecho y una garantía. Muñoz Sánchez sobre el objeto jurídico del tipo penal de abuso de autoridad por detención ilegal comenta que si bien se considera la libertad ambulatoria, se hace en relación a la forma de actuación de los poderes públicos, es decir, se consideran las garantías que la Constitución y las leyes establecen como límites a la intervención del Estado en la libertad individual a través de la detención; la relación entre derecho y garantía determina que la libertad ambulatoria y el sistema de garantías constitucionales de la libertad sean dos aspectos del mismo bien jurídico; como bien explica Ferrajoli "un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho, no es posible escindir derecho y garantía, el derecho forma parte de la garantía"; no es posible diferenciar derecho a la defensa y garantía de la defensa procesal; la relación entre los objetos de tutela penal del tipo de secuestro y del tipo de abuso de autoridad por detención ilegal permite establecer las siguientes conclusiones -dos concretamente-, primera conclusión: al protegerse dos aspectos distintos del mismo bien jurídico, la libertad ambulatoria y el sistema de garantías constitucionales de la libertad, se justifica la existencia autónoma de los supuestos de hecho típicos de secuestro y abuso de autoridad por detención ilegal, y esto me he permitido graficarlo de la siguiente manera: el objeto genérico de protección es el mismo, la libertad, pero se protegen en el tipo penal de secuestro y en el de abuso de autoridad dos aspectos distintos del mismo bien jurídico, el derecho o sea la libertad ambulatoria está protegida por el tipo de secuestro, pero la garantía, el sistema de garantías constitucionales de la libertad está protegido por el tipo de abuso de autoridad por detención ilegal; esto es muy importante señores miembros del Tribunal para establecer por qué existen dos

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

tipos independientes, por qué el Código Penal mantiene el sistema de la diferenciación y no el sistema de la calificación o la agravación, por qué en el Perú no es secuestro básico y secuestro agravado, por qué es abuso de autoridad y secuestro, porque en el Perú correctamente como en la mayoría de países del mundo se analiza el bien jurídico, y se encuentra que en el bien jurídico se están protegiendo dos aspectos distintos del mismo bien jurídico, la libertad ambulatoria por el tipo penal de secuestro y el sistema de garantías constitucionales de la libertad por el tipo penal de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal. Segunda conclusión, al protegerse dos aspectos distintos del mismo bien jurídico, entre los tipos penales de secuestro y abuso de autoridad por detención ilegal, existe un concurso aparente de leyes no un concurso ideal de delitos, que se soluciona con la regla de la especialidad; se aplica el tipo penal de abuso de autoridad por detención ilegal, porque su objeto de protección el sistema de garantías constitucionales de la libertad constituye un aspecto más específico que la libertad ambulatoria, la libertad ambulatoria es el todo, el sistema de garantías es un aspecto, y por eso lo hemos graficado de la siguiente manera "entre el tipo penal de secuestro y el tipo penal de abuso de autoridad por detención ilegal, existe un concurso aparente de leyes, no un concurso ideal de delitos porque son dos aspectos del mismo bien jurídico", ustedes bien saben que en el concurso ideal tiene que haber bienes jurídicos distintos, acá se protege dos aspectos del mismo bien jurídico, la libertad ambulatoria es el derecho, el sistema de garantías constitucionales de la libertad la garantía, por eso una relación de especificidad permite la aplicación de la regla de la especialidad, prima el tipo penal de abuso de autoridad por detención ilegal sobre el tipo penal de secuestro, por eso es que existe el sistema diferenciador, por eso es que cuando priva la libertad el funcionario público que abusa de su potestad de detención, lo que comete es abuso de autoridad y no comete secuestro. Señor Presidente, faltan veinte minutos para las once de la mañana, voy a empezar un argumento, si pudiéramos adelantar, cinco razones señale para sostener que el Código Penal utiliza el sistema de la diferenciación, he desarrollado dos, están pendientes tres.-----

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Suspendida y reiniciada sesión; con la anuencia del Tribunal el señor abogado de la defensa, el doctor César Nakasaki continúa sus alegatos orales en los siguientes términos: De los cinco puntos que hemos establecido para afirmar que el Código Penal de mil novecientos noventa y uno recoge el sistema normativo del sistema diferenciado y no el sistema de la calificación o la

agravación. **Desarrollo la tercera razón "Una interpretación constitucional del artículo cuatrocientos diecinueve del Código Penal de mil novecientos noventa y uno"**: En el Código Penal de mil novecientos noventa y uno aparece el tipo penal del artículo número cuatrocientos diecinueve, que se refiere a la detención ilegal cometida por el juez, y que resulta sumamente importante en esta discusión si se recoge el sistema de diferenciador o el sistema de la agravación, doy lectura al artículo número cuatrocientos diecinueve "El juez que maliciosamente -o sea intencionalmente-, o sin motivo legal ordena la detención de una persona, o no otorga la libertad de un detenido o preso que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años", es decir, el juez que maliciosamente o sin motivo ordena una detención ilegal, no es autor de secuestro si no es autor de detención ilegal o arbitrario, eso ya no dice el Código del veinticuatro si no el Código de mil novecientos noventa y uno; cuando el Código Penal del año mil novecientos noventa y uno establece que el juez que dolosamente detiene ilegalmente a una persona comete delito de función y no delito de secuestro, demuestra que el Código Penal del año mil novecientos noventa y uno al igual que el Código del año mil novecientos veinticuatro utiliza el sistema de la diferenciación, en el cual solamente los particulares que privan de la libertad ilegalmente cometen secuestro, en cambio los funcionarios públicos que privan ilegalmente de la libertad abusando de su potestad de detención cometen abuso de autoridad por detención ilegal; es necesario tener presente que en el sistema constitucional peruano el primer garante de la libertad de las personas es el juez no el policía o el militar, cuando estudiamos los diversos funcionarios públicos que tienen el deber de garantizar la libertad o en otras palabras que son garantes de la libertad, nadie como el juez para ser el garante de la libertad de un ser humano, por eso el juez tiene el arma más poderosa en defensa de la libertad que es el Habeas Corpus; una interpretación constitucional del artículo número cuatrocientos diecinueve exige que una política criminal, en la cual se califique al juez que detiene ilegalmente a una persona como autor de un delito de función y no de secuestro, no admite que un militar o un policía que privan ilegalmente de la libertad incurran en secuestro, en otras palabras una interpretación constitucional del artículo cuatrocientos diecinueve exige la siguiente reflexión: "si un juez que es el primer garante de la libertad detiene ilegalmente a una persona de manera dolosa comete delito de función y no delito de secuestro, cómo un soldado, un militar o un policía cometiendo el mismo hecho si podrían

YANET CARAZAS-GARAY

Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

incurrir en secuestro”; tal política criminal sería inconstitucional porque no cumpliría con el test de razonabilidad; veamos (dirigiéndose a las diapositivas) un momento de acuerdo al test de razonabilidad si sería constitucional un sistema legislativo donde el juez que detiene dolosamente comete delito de función, en cambio el policía o el militar que detiene dolosamente comete delito de secuestro, ¿qué exige el test de razonabilidad?, el debido proceso tiene dos manifestaciones, existe un debido proceso legal y un debido proceso procesal; el debido proceso legal regula la actividad legislativa y por ende la política criminal que se expresa en ella, el Tribunal Constitucional en la sentencia del catorce de marzo del dos mil seis emitida en el Proceso de Amparo por el “Caso de la cervecera Ambev”, establece en los fundamentos veintiocho y treinta y uno que los principios de proporcionalidad y razonabilidad son componente del debido proceso legal; en la sentencia del Tribunal Constitucional en el “Caso del proceso de inconstitucionalidad, que el Colegio de Abogados del Callao, el Colegio de Abogados del Cusco, y más de cincuenta mil ciudadanos siguieron contra las leyes de las pensiones sociales”, en el fundamento ciento trece hacen referencia al test de razonabilidad y lo define en los siguientes términos “un análisis de proporcionalidad vinculado al valor superior justicia para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando se afectan derechos fundamentales”; refiriéndose al test de razonabilidad en el debido proceso legal, el constitucionalista argentino Juan Francisco Linares afirma que en sentido estricto razonable es lo justo, entonces el test de razonabilidad lo que exige es determinar o responder a la siguiente pregunta ¿resulta justo o realiza el valor justicia que el juez que detiene dolosamente a una persona sólo cometa delito de función, y el policía y el militar que detengan dolosamente a una persona cometan delito de secuestro?, en otros términos ¿por el mismo hecho más pena puede tener el policía y el militar que el juez? No sería razonable, ¿esto es justo?, que el juez sea sancionado con una pena menor que el policía o el militar que cometen el mismo hecho, de privar ilegalmente de la libertad a un ser humano, porque siendo los tres garantes de la libertad, el juez tiene el primer papel, el rol principal de garante de la libertad, en nuestro gráfico establecemos que la Constitución consagre el principio de razonabilidad, y aplicado el principio de razonabilidad al artículo número cuatrocientos diecinueve del Código Penal establece la siguiente interpretación “si la detención ilegal del juez es un delito de función, la detención ilegal de un policía y la detención ilegal de un militar también es un delito de función”, consecuentemente sólo se podría aplicar el tipo

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

penal de abuso de autoridad del artículo número trescientos setenta y seis. Señor Presidente, ¿cuántas veces se han dictado medidas cautelares de detención ilegal?, ¿cuántas veces se han dictado medidas cautelares de detención sabiendo el juez que no hay peligro procesal, sabiendo el juez que no hay prueba suficiente?, ¿cuántas veces la policía ha detenido ilegalmente sabiendo que no hay delito flagrante?, ¿en alguna oportunidad la fiscalía ha denunciado al juez por secuestro?, ¿en alguna oportunidad de detención ilegal la policía o el fiscal ha denunciado a la policía por secuestro?, la historia de las detenciones ilegales del Perú presenta a este hecho como un delito de función, como un delito de infracción de deber, no como un delito de dominio, de secuestro; cuando se declara fundada un Habeas Corpus reparador por detención ilegal del juez, la ley dice que hay que denunciar al funcionario público cuando se declara fundado un Habeas Corpus, pregunto ¿en la historia de la ley anterior de Habeas Corpus y de Amparo, y en la historia no larga del Código Procesal Constitucional, las veces que se declara fundado un Habeas Corpus reparador, y las pocas veces en las cuales se ha ordenado que se denuncie penalmente por detención ilegal a un juez, a un policía, por qué se ha denunciado?, la Presidenta de la Primera Sala Anticorrupción fue objeto de un Habeas Corpus, dispuso en una oportunidad que a una persona que supuestamente le estaba soplando al acusado la respuesta la detengan, y ese Habeas Corpus fue declarado fundado, dicho sea de paso a pesar del mandato judicial del Juez Constitucional que la denuncien penalmente, nunca la han denunciado hasta la fecha, pero pregunto ¿alguien la denunciaría por secuestro? Nadie, nadie se atrevería a denunciar a un juez, o a un policía por detención ilegal, por secuestro, y en este caso tendrían razón porque en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno rige el sistema de la diferenciación, el particular que priva de la libertad - secuestrador, el funcionario público que priva de la libertad abusando de sus potestades comete un delito de función; no nos gusta ese sistema lo cambiamos pero no lo violamos. **Cuarta razón** -el penúltimo argumento- que traemos para sostener que en el Código del año mil novecientos noventa y uno se sigue el sistema de la diferenciación y no el sistema de la calificación o la agravación, es **“La subsidiaridad de del tipo penal de abuso de autoridad”**, el tipo penal de abuso de autoridad es subsidiario, es un tipo penal subsidiario; Fidel Rojas Vargas -el autor nacional más importante en el tema de los delitos contra la administración pública- comenta sobre el tipo de abuso de autoridad, que es aplicable a todas las extralimitaciones o ejercicio arbitrario de potestades o funciones cometidas por

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

funcionarios públicos, lesivas de bienes jurídicos como la administración pública, la familia, la salud pública, la libertad, la ecología, etcétera, que no estén previstos en otros supuesto típico, y esto llamo la atención al Tribunal, el tipo penal de abuso de autoridad por ser subsidiario -como vamos a ver más adelante- no protege sólo al bien jurídico administración pública, si no protege a otros bienes jurídicos dependiendo del tipo de abuso de autoridad, por eso es que el artículo número trescientos setenta y seis así como protege a la administración pública como bien explica Rojas Vargas, puede proteger también a la salud, a la libertad personal, a la ecología, etcétera; Rojas Vargas expresamente reconoce el carácter subsidiario del tipo de abuso de autoridad, solamente se aplicará a los actos de funcionarios de no existir un tipo penal específico, se considera que es un delito genérico innominado porque se aplica -cito textualmente- "a los hechos abusivos del funcionario público que no se encuentren previstos, ni como delito autónomo ni como circunstancia agravante de otro delito", es decir, que el tipo de abuso de autoridad se ha hecho precisamente para sancionar al funcionario público que abusa de sus potestades, siempre y cuando no esté contemplado como otro delito más o menos grave; Manuel Abanto Vásquez en la misma línea, siguiendo al maestro argentino Carlos Fontán Balestra comenta respecto al tipo de abuso de autoridad, que busca garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo, cuyas violaciones no son castigadas por otras disposiciones legales; el insigne maestro italiano Giuseppe Maggiore enseñaba que el abuso innominado de autoridad consistía en el hecho que el funcionario público que abusando de los poderes inherente a sus funciones comete cualquier hecho no previsto en otra ley como delito; en el mismo sentido Silvio Ranieri señala que el abuso de autoridad sanciona los abusos de poderes inherente a los funcionarios cuando no están previstos en otra ley como delitos específicos; Fontán Balestra en la misma línea señalaba que solamente se protegen a través del abuso de autoridad los actos de abuso de la función o de la potestad que no estén previstos en otro tipo penal; lo mismo plantea Ricardo Núñez cuando reconoce la naturaleza subsidiaria del abuso de autoridad; actualmente el autor argentino Jorge Buompadre igualmente señala, que conforme a la tradición legislativa el supuesto típico de abuso de autoridad sólo se aplica a los hechos que importan un ejercicio abusivo de la autoridad confiada a los funcionarios públicos, que afecta el orden regular de la administración pero que no constituya otro delito previsto en el Código Penal, donde no hay secuestro calificado por la condición del autor donde el secuestro

YANET CAPAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

básico sólo es para el particular por las razones expuestas, surge el tipo de abuso de autoridad como un tipo subsidiario que se aplica frente al abuso del funcionario que no está previsto en otro tipo penal como delito; los autores colombianos Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, recogiendo la doctrina de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en su sentencia del veintidós de marzo de mil novecientos setenta y nueve explican lo que al modo de ver de la defensa demuestra por qué se tiene que aplicar el tipo de abuso de autoridad de manera subsidiaria frente a la falta de un secuestro calificado y frente a un secuestro básico que sólo hable de particulares, dicen los autores colombianos que el objeto de protección del tipo de abuso de autoridad no sólo es la administración pública si no otros bienes jurídicos, esto es, por ser subsidiario el abuso de autoridad además de proteger al bien jurídico "administración pública" protege a otros bienes jurídicos, dice textualmente la Corte Suprema de Justicia Colombiana "constituye esa norma en consecuencia -refiriéndose al abuso de autoridad- una doble garantía de los intereses del Estado por una parte y de los derechos de los particulares por otra"; el autor colombiano William René Parra Gutiérrez también señala que el tipo de abuso de autoridad se aplica a los actos arbitrarios que cometen los funcionarios públicos o servidores públicos fuera de los casos expresamente previstos en otros tipos penales; señores miembros de la Sala cuando se estableció la diferencia entre el abuso de autoridad y el secuestro, se pidió tener en primer lugar el elemento sin derecho, el particular que sin derecho priva de la libertad a otro, o el funcionario público que fuera del cargo, el policía que en la noche se convierte en asaltante realiza un secuestro extorsivo, pero en el caso del abuso de autoridad nos estamos encontrando con funcionarios públicos que si tienen la potestad de detener, y que teniendo la potestad de detener abusan de la misma, o sea cometen un delito, pero el delito que cometen no es un delito de dominio, no es el delito de secuestro si no es un delito de infracción del deber, un delito de función, esto es, el abuso de autoridad; como conclusión de este punto formulamos el siguiente gráfico, que de acuerdo a la naturaleza subsidiaria del tipo de abuso de autoridad todos los abusos por parte de autoridades, funcionarios o servidores de las potestades reconocidas por la función o cargo que ejercen que no se encuentre definida como delito específico más o menos grave en ninguna otra ley, en virtud del principio de subsidiaridad resultan encuadrados en el tipo penal de abuso genérico o abuso innominado; la pregunta insisto es la siguiente ¿los militares en el Estado de Emergencia, tienen o no

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

potestad de detención?; y la **quinta razón** -último argumento- que hemos dado para explicar porque el Código Penal del año mil novecientos noventa y uno sigue el sistema diferenciador igual que el Código del año mil novecientos veinticuatro, y no el sistema de la calificación o la agravación, es **"La doctrina penal que rige en los casos de privación de la libertad cometidas por funcionarios públicos"** que se extralimitan en su potestad de detención; la última obra hasta donde tengo conocimiento que en Argentina se ha escrito sobre delitos contra la libertad, es la obra de Daniel Rafecas en su libro "Delitos contra la libertad" define acertadamente a la detención arbitraria como la privación de libertad realizada por funcionarios que abusando de sus atribuciones delinquen a pesar de estar autorizados para restringir la libertad de las personas, -repito- según Daniel Rafecas, la detención arbitraria es cometida por un funcionario público que tiene potestad para detener y abusa de la misma, esos son los tres elementos de la detención ilegal, un funcionario público que tiene la potestad de detención de acuerdo a su cargo o función y que abusa de la misma privando ilegalmente a otras personas, en otras palabras, el razonamiento no podría ser "es secuestro porque la privación de libertad fue ilegal", ese no podría ser el razonamiento, el razonamiento tendría que ser "la privación de libertad es ilegal", correcto, ¿pero quién la cometió?, ¿un particular que no tenía potestad para detener o un funcionario público que sí tenía potestad para detener pero abusó de la misma?; como vuelvo a repetir en el caso del señor Gorriti no discutimos que el hecho es delito, lo que discutimos es qué delito, y en segundo lugar, si mi cliente puede responder o no por ese delito. El maestro argentino Sebastian Soler consideraba a la detención ilegal como una forma de abuso de autoridad; Núñez el maestro Cordobés se refería a los abusos funcionales lesionadores de la libertad personal, dentro de los que ubica la privación de la libertad personal ejecutada "por el funcionario con ejercicio abusivo de las funciones públicas propias de su cargo", por eso es que a un juez no lo procesan por secuestro cuando dolosamente da una medida cautelar de detención, por eso es que al policía no lo denuncian por secuestro cuando detiene ilegalmente a una persona en una comisaría, si no como delitos de función, porque tienen la potestad de detener, lo que pasa es que abusan de la misma; Fontán en sentido similar señala, que obra con abuso de sus funciones el funcionario público que priva a alguien de la libertad personal, ejerciendo funciones que genéricamente son propias de su cargo, pero excediéndose o extralimitándose en el caso concreto; Maggiore afirmaba que el arresto ilegal consiste en el hecho del funcionario público que procede a un

YANET GARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

arresto abusando de los poderes inherente a sus funciones; y Ranieri definía el arresto ilegal como el apresamiento ejecutado por el funcionario público a sabiendas de que abusa de los poderes inherente a sus propias funciones, es decir, señor Presidente, señores miembros del Tribunal Penal Supremo, para la doctrina de manera uniforme, el funcionario público que abusa de su función de detener comete un delito de función, no comete un delito de secuestro; solamente podría cometer delito de secuestro en un sistema de la calificación o la agravación, pero es un sistema que requiere norma expresa que lo recoja, por eso como vuelvo a repetir, el Código Penal español actual justamente para superar el problema del Código Penal español anterior, textualmente en el artículo ciento sesenta y siete dice "la autoridad o funcionario público que fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito cometiera alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores -el secuestro- comete delito de ...", en la actual legislación penal española, si la privación de la libertad cometida por el funcionario público es un secuestro agravado, pero porque se tuvo que cambiar el Código Penal anterior por un nuevo Código Penal que recoja otro sistema; el sistema de la agravación y el sistema de la diferenciación son sistemas legislativos no discusiones doctrinales, o no discusiones de interpretación de la ley, por eso es que término este punto reiterando que el Código Penal de mil novecientos noventa y uno siguiendo la tradición del Código de mil novecientos veinticuatro recoge el sistema de la diferenciación y no el sistema de la agravación; en la legislación penal peruana el funcionario público que abusa de su función de detener comete abuso de autoridad y no comete delito de secuestro; por tanto, toda la cuestión se reduce a un punto concreto que ya lo he lanzado a través de varias preguntas que he repetido en esta mañana, ¿Un militar en Estado de Emergencia tiene o no tiene potestad de detención?, ¿tiene o no tiene función de detención?, si no la tiene, he hablado por gusto, si la tiene, algún sentido entonces corresponde asignar a esta diferenciación entre abuso de autoridad y secuestro; dicho sea de paso permítanme hacer un pequeño paréntesis, cuando revisen ustedes la acusación oral del Ministerio Público que la Sala ha resaltado sobre la acusación escrita por cierto dentro de ciertas limitaciones en una importante sentencia, respecto a la fundamentación jurídica a enfrentar nuestros argumentos, la Fiscalía, la Parte Civil no dijo nada a pesar que ha acreditado abogado el señor Gustavo Gorriti, que dicho sea de paso no está acá para escuchar los argumentos de su cargo, de su cliente o los cargos que defienda respecto a su cliente; lo cierto y concreto, es que lo único que

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

mencionó el Fiscal Peláez ni siquiera Guillen en su cierre, fue que el argumento de que este hecho es secuestro es el siguiente, la Sala Penal Especial Suprema en el caso del cinco de abril dijo que era secuestro, es decir, la fiscalía no nos ha regalado, no diría un faro, no nos ha regalado ni un fósforo con luz para explicarnos por qué con la misma locuacidad que toca los medios debería explicar por qué es secuestro y por qué no es abuso de autoridad, y el único argumento entre comillas -repito- es secuestro porque la Sala Especial Suprema en el Caso del cinco de abril dijo que era secuestro, quizá uno podría pensar en esa sentencia de repente hay algún argumento luminoso que nos obligue a leerlo con lentes para sol, yo he leído con detenimiento esa sentencia, me tocó participar en ese caso, así que he leído varias veces esa sentencia, es la sentencia del veintiséis de noviembre del dos mil siete dictada en el proceso número trece guión dos mil cuatro, la que ha sido oralizada en este juicio oral, en el apartado quince "delito de secuestro" - párrafo G se establece textualmente "la privación de libertad cometida por un funcionario público es delito de secuestro", ¿Por qué? Pregunta que nunca le gusta contestar a la fiscalía, los "que" los adora, los "por qué" no se porque les fastidian, pero ese famoso argumento, remítanse a la sentencia, se van a remitir por gusto porque no dice nada, no le dedica ni cuatro líneas, y hay una persona privada de su libertad por ese cargo, y no hay una sola línea que explique por qué es secuestro y por qué no es abuso de autoridad, el General Juan Briones Dávila Ex Ministro del Interior está preso por ese cargo, lo han condenado a diez años de pena privativa de libertad, y cuando vamos a la sentencia para ver la luminosa argumentación, encontramos que no hay ninguna, hay un "que" pero sin ningún "por qué", verdad sintáctica no verdad semántica; pero regreso a mi pregunta -cerrando este paréntesis-, ¿los militares tienen o no potestad de detención -a fin de poderlos ubicar en el secuestro o en el abuso de autoridad?, y tenemos que trabajar con un dato fáctico, con un hecho, la circunstancia en la cual se da la privación de la libertad de Gustavo Gorriti, que insisto es un delito, lo que está en discusión "¿qué delito?", y lo más importante "si mi cliente es autor del mismo". El seis y el siete de abril de mil novecientos noventa y dos en Lima regía un Estado de Emergencia, creo que ese es el dato que la fiscalía ha obviado en toda su acusación, ese es el dato que se ha obviado en la condena del General Briones, ¿qué significado tiene que el seis y siete de abril de mil novecientos noventa y dos Lima haya estado bajo el régimen constitucional de un Estado de Emergencia?, el Decreto Supremo número cero diecinueve guión noventa y dos guión DE guión CCFFAA del veintiséis de marzo

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

de mil novecientos noventa y dos prorrogó el Estado de Emergencia por sesenta días en el departamento de Lima y en la provincia Constitucional del Callao, por el Estado de Emergencia se suspendieron las garantías constitucionales de la inviolabilidad del domicilio, la libertad ambulatoria, la prohibición de ser expatriado salvo por causa legal, la libertad de reunión, y la libertad a no ser detenido salvo mandato judicial o delito flagrante - artículo número dos - inciso veinte - párrafo G de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve - vigente en aquella época-; las Fuerzas Armadas por expresa disposición de la ley -recuerden sin derecho, sin autorización legal- asumieron el control del orden interno, el cual abarcaba la potestad de detener sin necesidad de contar con un mandato judicial ni encontrarse en un caso de delito flagrante; la potestad de detención de las Fuerzas Armadas durante el Estado de Emergencia está expresamente reconocido en la doctrina constitucional, cito al doctor Bidart Campos como ejemplo, a Pedro Saquiés que desarrollan este instituto de emergencia, o al mismo Diego García Sayán cuando menciona el Habeas Corpus en los estados de emergencia, y a pesar de toda su crítica termina reconociendo que es una potestad de la cual se abusa, eso no lo niego, pero acá la discusión no está en que se abusó o no se abusó, agregó, sí se abusó, Gustavo Gorriti nunca debió ser privado de su libertad, y adelanto una idea, la detención de Gustavo Gorriti fue un exceso de cumplimiento de las órdenes, las órdenes eran medidas políticas de inmovilización de personas, como por ejemplo los Presidentes de las Cámaras legislativas pero no el periodista Gorriti, y cierro mi paréntesis porque eso viene para otro capítulo; el artículo número doscientos treinta y uno - inciso A de la Constitución de mil novecientos sesenta y nueve, los artículos uno y dos de la Ley número veinticuatro mil ciento cincuenta que ni siquiera ha mencionado la Fiscalía pero ni el número, y el artículo tres del Decreto Supremo número cero diecinueve guión noventa y dos guión DE guión CCFFAA son el fundamento legal de la potestad de detención de las Fuerzas Armadas; en un régimen de Estado de Emergencia rigen o se aplican reglas distintas a un estado de normalidad constitucional, en un estado de normalidad constitucional quien tiene la función de detención es el juez, y la policía en caso de delito flagrante, pero en un estado constitucional de emergencia -insisto- en un estado constitucional de emergencia los militares al asumir el control del orden interno asumen la potestad de detener sin mandato judicial y sin flagrancia, la discusión está en si esos actos pueden ser objeto de control, la tradición decía que no, la modernidad dice que sí, la tan venerada Constitución

YANET GARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

de mil novecientos setenta y nueve no admitía el Habeas Corpus en los estados de emergencia, y la Ley de Habeas Corpus y Amparo prohibía los Habeas Corpus en los estados de emergencia; hubo un juez Instructor que tenía los pantalones de recoger Habeas Corpus en ese tiempo y lo acusaban de terruco, lo cierto y lo concreto es que según la ley un militar en Estado de Emergencia tiene potestad de detención, si es objeto de control es otra discusión, particularmente creo que sí, pero que tiene la potestad de detener es evidente porque si no ¿qué control?, ¿para qué tanta discusión si es o no controlable si no tiene esa facultad?, no voy a decir que voy a controlar la función jurisdiccional del fiscal porque el fiscal no tiene función jurisdiccional, pero si toda la doctrina moderna dice: "vamos a controlar la potestad de detención de los militares en un Estado de Emergencia" es porque evidentemente la tienen; los militares que privaron de la libertad a Gustavo Andrés Gorriti Ellembogen si tenían potestad de detener o arrestar, podían -como lo hicieron- abusar de la misma en el ejercicio de su cargo, pero tal conducta por las razones expuestas no podría configurar un delito de secuestro pero sí un delito de abuso de autoridad, y eso nos llevaría a establecer el último o penúltimo punto de este día porque pienso agotar hasta la una de la tarde exactamente, y más si la Sala me permite, eso nos llevaría a explicar porque sostenemos que la acción penal está prescrita, ¿y por qué estaría prescrita si es que el hecho debe ser tipificado como abuso de autoridad y no como secuestro?, y es importante explicarlo porque acá ha funcionado la suspensión y la interrupción del plazo de prescripción, las dos. **Empecemos por determinar el plazo de prescripción en el caso de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal o arbitraria:** El plazo ordinario de prescripción son dos años conforme al artículo número ochenta del Código Penal, el plazo extraordinario de prescripción son tres años conforme al artículo ochenta y tres del referido Código Penal, esos eran los plazos a trabajar, plazo ordinario de prescripción son dos años, y plazo extraordinario de prescripción son tres años, verifiquemos cómo se ha cumplido este plazo, y aquí debemos trabajar con las figuras de la suspensión y la interrupción, confieso que es el primer caso en que tengo que trabajar con las dos, suspensión e interrupción, nuestro defendido como Presidente de la República gozó de los privilegios constitucionales de inmunidad y antejuicio, por lo que para la prescripción es aplicable la figura de la suspensión establecida en el artículo número ochenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha seis de julio del dos mil cinco emitida en el proceso de Habeas Corpus

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

número cuatro mil ciento dieciocho guión dos mil cuatro guión HC barra T - "Caso Luis Alberto Velásquez Angulo contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura", en el fundamento siete de la sentencia el Tribunal Constitucional establece que el plazo de prescripción de la acción penal se suspende hasta que termine el antejuicio con la resolución de contenido penal del Congreso que autoriza el procesamiento penal del alto funcionario público, lo mismo se repite en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha quince de noviembre del dos mil seis, en el proceso de Habeas Corpus número cinco mil sesenta y ocho guión dos mil seis, "Caso César Humberto Tineo Cabrera contra los Vocales Instructores Supremos Jovino Cabanillas Zaldivar y José María Balcázar Zelada", en los fundamentos doce y trece se reitera que el antejuicio es causa de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal; la Resolución Legislativa número cero cero catorce guión dos mil tres guión CR mediante la cual el Congreso primero levantó la inmunidad al Presidente Fujimori y luego autorizó su procesamiento penal por el secuestro de Gustavo Gorriti, finalizando el antejuicio es de fecha doce de noviembre de dos mil tres y se publicó en el diario oficial El Peruano el catorce del mismo mes, como hemos graficado el momento consumativo de la detención se produce el siete de abril, no puede comenzarse a computar el plazo de prescripción porque el plazo queda suspendido hasta que termine el proceso de antejuicio, el proceso de antejuicio termina con la publicación de la resolución autoritativa del Congreso el catorce de noviembre de dos mil tres, ese es el término inicial del plazo de prescripción, el catorce de noviembre del dos mil tres, porque se levanta la suspensión, pero a los pocos días, el nueve de diciembre del dos mil tres la Fiscal de la Nación denuncia y por tanto ya se había levantado la suspensión, y ahora viene la otra figura, la interrupción, exactamente la denuncia es del nueve de diciembre del dos mil tres, por lo cual ya no se puede trabajar con el plazo ordinario si no con el plazo extraordinario de prescripción, el plazo extraordinario de prescripción conforme podemos apreciar, tiene como termino inicial catorce de noviembre del dos mil tres y tiene como término final, catorce de noviembre de dos mil seis, esto es, si se comparte la tesis que no se trata de una figura de secuestro si no una figura de abuso de autoridad por detención ilegal la acción penal habria prescrito el catorce de noviembre del dos mil seis, estamos febrero de dos mil nueve, ese es el primer argumento que oponemos al cargo de secuestro agravado, la acción penal estaria prescrita si se hace una adecuada tipificación y se corrige el encuadramiento de secuestro agravado a abuso de autoridad por detención

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

ilegal; un segundo argumento que vamos a desarrollar con el propósito -si me permite el Tribunal- de despresionar el cargo, de quitarle presión al cargo, porque una cosa es enfrentar una acusación por secuestro agravado y otra cosa es enfrentarla por secuestro básico, el segundo argumento entonces que presentamos es el siguiente: El hecho objeto de acusación no debe ser encuadrado como secuestro agravado si no debe ser encuadrado como secuestro básico o simple, cuya pena es evidentemente distinta, en el secuestro básico la pena máxima es cuatro años, es relevante por tanto la diferencia, el General Briones no estaría preso, claro que ese es otro caso, y ahí nuevamente señor Presidente, permítame decirlo, el hecho de trabajar con verdad sintáctica o narración de cuentos y no con verdad semántica, porque cuál es el argumento que nos ha presentado la fiscalía y el abogado ausente de la parte civil, mi cliente no era el único ausente cuando comenzó la instrucción, hay otro ausente en este momento que es el doctor Rivera, la pregunta es ¿por qué era secuestro agravado y no secuestro básico la privación de la libertad de Gustavo Gorriti en el supuesto negado que no sea abuso de autoridad?, correcto, no es abuso de autoridad, estos argumentos son unas tonterías, es secuestro, ya, ¿pero por qué secuestro agravado y no secuestro básico?, nos dijeron la fórmula, nuevamente el que pero no el porqué, secuestro agravado por trato cruel a la víctima, ¿eso está probado?, ¿se ha probado que el seis y siete de abril de mil novecientos noventa y dos Gustavo Gorriti fue sometido a trato cruel?, claro él dirá o alguien del juicio mediático dirá sí porque se asustó, sufrió, bueno más allá que no creo que se haya asustado porque él dijo que desde las cuatro de la tarde estuvo esperando que lo detengan para luchar por la libertad y la democracia, era valeroso más bien que asustadizo, lo cierto y lo concreto es que no nos quedemos en pareceres que es lo que le gusta a mis contrapartes, el me parece, el me gusta, el me conviene, no vayamos al derecho, y ¿qué dice el derecho?, ¿cuál es el significado dogmático jurídico del elemento típico del secuestro calificado? Trato cruel a la víctima, en cristiano, ¿qué dice el derecho que es trato cruel a la víctima?, ¿alguna línea en la acusación fiscal? Cero líneas, ¿alguna línea en la defensa de la parte civil? Cero líneas, cero argumentos, les gustan los ceros, mi cliente era cero defensa en la instrucción y aquí estamos en cero argumentos, pero en el juicio mediático dicen "faltan argumentos", puro mediáticos, puro político, vamos a ver si es puro mediático, puro político, parece que Jayo (futbolista) no reconoce a Cubillas (futbolista); al tratarse de un tipo calificado, se adiciona al tipo base un elemento que constituye una circunstancia agravante en la pena, en el caso

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

del trato cruel a la víctima, es un plus de sufrimiento, un plus de afectaciones de bienes jurídicos a los que degenera de por sí la privación de libertad, tema muy interesante señor Presidente, porque en la doctrina nacional, muy poco, por decir nada, se ha escrito sobre esta agravante del secuestro, el que más ha escrito es el maestro Roy, el resto de autores dedica cuatro líneas a esta agravante, por eso es que la defensa del Presidente Fujimori pretende establecer con algún nivel de profundidad, el que corresponde a una acusación de treinta años de cárcel, ¿qué significa trato cruel desde un punto de vista jurídico no mediático, ni estomacal, ni hepático?, la doctrina penal ha trabajado este elemento agravante del secuestro del trato cruel, partiendo del homicidio calificado, porque en el ámbito del homicidio calificado sí se ha trabajado en gran profundidad que significa crueldad, por eso es que la mejor doctrina va al homicidio en busca de los criterios dogmáticos de qué es crueldad para traerlos al secuestro, ese es el camino que le propongo a la Sala, queremos establecer cuál es el significado de secuestro, perdón cual es el significado de crueldad en el secuestro, vamos primero al homicidio, porque el homicidio es el que ha desarrollado a profundidad que es la crueldad el secuestro no, es cuestión de comparar libros en cantidad no en calidad solamente, incluso la jurisprudencia nacional todavía nos debe en ese punto. **Entonces comencemos aplicando la doctrina de la crueldad del asesinato al secuestro calificado por trato cruel a la víctima**, en otras palabras, adecuemos la doctrina del asesinato al secuestro agravado para entender que es gran crueldad o trato cruel; Roy Freire -primera autoridad del Derecho Penal Peruano - parte especial, no desconozco los importantísimos aportes que otros autores han hecho en parte especial, pero por la extensión Roy Freyre sigue marcando el principal aporte a mi modo de ver en parte especial en este país- él se refiere a la crueldad como el acrecentar deliberadamente e inhumanamente el sufrimiento a la víctima, causándole un dolor innecesario, distingue dos elementos en la crueldad: a) El aumento deliberado del sufrimiento, es decir, tiene que ser doloso; b) La falta de necesidad del padecimiento, no es indispensable para cometer el delito. Siguiendo a Roy Freire afirmamos que las condiciones materiales evidencian la crueldad, actos que hayan causado un padecimiento a la víctima mayor a la que ordinariamente produciría la privación de la libertad -esta es una idea central-, ¿qué supondría trato cruel? Causar un padecimiento mayor al que normalmente causa toda privación de la libertad, por ejemplo se puso triste, bueno no se va a poner alegre, no sabía donde iba, el secuestrador no le va a decir no te preocupes te voy

YANET CAPAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

a llevar a Santa María (playa) para que veranees, eso no hace un secuestrador, por eso de cuatro años pasamos a diez años, repito actos que hayan causado un padecimiento a la víctima, mayor al que produce ordinariamente la privación de la libertad, se trataría de verificar la presencia real, probada, de una suma de dolores físicos que no sean necesarios para quitar la libertad de la persona, lo agarró y se lo llevó por la fuerza, no le va a decir "por favor hermano acompáñame que te voy a secuestrar unos meses, ten la amabilidad de seguirme", quizás en el mundo de los cuentos, de las narraciones, pero lo lógico es que se lo lleven a la fuerza. El doctor San Martín integraba un Tribunal en el cual un alcalde de Arequipa -no recuerdo de que provincia- se enoja porque encuentra un hombre volanteando en contra de él, y éste alcalde se lo lleva a la comisaría y en la comisaría aparece con golpes, y se dijo que eran los golpes normales porque obviamente el hombre no se va a ir con su voluntad, y no se le aplicó trato cruel, eso está en el compendio de tres tomos "La jurisprudencia de la Corte Suprema". Al cometerse un delito de secuestro se violarían en términos del profesor nacional, dos derechos, uno, el derecho a no ser privado de la libertad, y dos, el derecho a no ser sometido a dolores corporales; José Hurtado Pozo, máximo exponente "El derecho penal - parte general del Perú", también me merece mucho respeto los otros esfuerzos, pero nadie puede discutir el papel que sigue teniendo Hurtado Pozo en este ámbito del derecho, José Hurtado Pozo con base en la doctrina alemana se refiere a la crueldad como la realización de una acción que produzca dolores físicos o psíquicos intensos y duraderos, ojo, intensos y duraderos, por eso es que digo no basta refiera "me asusté, me angustié", ha es trato cruel diez años. José Luis Castillo Alva mejorando el mediocre libro de "Homicidio" que hizo hace muchos años, Pepe Lucho dice que lo hizo porque bueno eran sus años juveniles, ha hecho un libro mejor, y en este libro citando distintos casos de la jurisprudencia nacional y la doctrina, permite establecer que crueldad significa dolor físico y psíquico extraordinario, y pone ejemplos interesantes, producir torturas a la víctima con golpe de puños, puntapiés, culatazos con el fusil, ahogándolo en el agua, enterrándolo hasta el cuello, que contemple la muerte de su hijo, simulando matarla con arma de fuego, o simulando un fusilamiento, haciendo que tome su orina, etcétera, ¿alguno de esos casos se dio en la privación de libertad de Gustavo Gorriti el seis y siete de abril de mil novecientos noventa y dos?, -y por lo cierto lo que se responde, es lo que se responde en el juicio, porque ahora en la noche sale en un programa y me cuenta otra historia- el autor argentino Roberto Terán Lomas

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

refiriéndose a la crueldad como ensañamiento o sevicia persiste en la idea del aumento deliberado del mal que ocasiona el delito, en este caso la privación de libertad con otros males innecesarios, la idea de innecesario es vital, con otros males innecesarios para la ejecución del secuestro, aumento deliberado e inhumano del dolor a la víctima, los ejemplos de Terán Lomas que recoge de la jurisprudencia argentina son muy gráficos para entender el significado de trato cruel, la privación del sueño y de los alimentos de manera prolongada, golpes duraderos o permanentes, tormento diario, malos tratos morales administrados con intensidad y extensión, todo el día llamándolo homosexual, o simplemente como el caso famoso de Ingrid Betancourt, tenerla encadenada y obligarla a que haga sus necesidades fisiológicas delante de los captores durante tres años, eso es trato cruel según la doctrina; parece que acá era buscar una fórmula para sumar como globo de fiesta la pena de Fujimori, y como todo globo le vamos a meter el pinchazo del derecho y se va a ir desinflando y desinflando hasta que al final no va a quedar nada, un tremendo globo ni siquiera aerostático; en Argentina hay un "leading case" para establecer el trato cruel, y es la naturaleza y el número de lesiones, y la continuidad de los maltratos provocaron que la víctima enferme de tuberculosis, ese es trato cruel; el autor argentino Carlos Creus afirma que el ensañamiento o crueldad está conformada por dos elementos, el elemento objetivo, se refiere a que el dolor de la víctima debe significarle un padecimiento no ordinario e innecesario, un padecimiento en otras palabras extraordinario e innecesario para cometer el delito, ese es el elemento objetivo del trato cruel, un padecimiento extraordinario y que no era necesario para cometer el delito, por ejemplo secuestrarlo y tenerlo desnudo, ¿para qué lo tiene que tener calato para privarle la libertad?, salvo que tenga mucho calor; y el elemento subjetivo, la tendencia sádica, la acción debe estar deliberadamente dirigida a producir dolor o sufrimiento al sujeto pasivo, o sea me lo capturas y me lo haces sufrir, que sufra, que llore, que se aterrice, que se infarte; el autor colombiano Orlando Gómez López también comenta sobre la sevicia y el ensañamiento como crueldad, y consiste en este caso en cometer el secuestro ocasionando padecimientos innecesarios a la víctima, ejecutando actos de barbarie que irroge sufrimiento y dolor a la víctima que no son indispensables para cometer la privación de la libertad, igualmente exige que la crueldad se verifique con dos elementos, subjetivo, voluntad de hacer sufrir más a la víctima, y objetivo, actos que ocasionen sufrimiento innecesario a la víctima; el autor colombiano Carlos Mario Molina Arrubla señala que sevicia es sinónimo

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

de crueldad excesiva o trato cruel, ensañamiento con la víctima, produciéndole dolor innecesario y excesivo, en este caso para privar la libertad, refiere como expresiones de esta agravante un número plural de golpes, impactos físicos, etcétera; dentro de las últimas obras que en España se han escrito sobre el asesinato, y por lo tanto sobre lo que significa la crueldad, está la obra de Luis Gracia Martín y Jorge Vizueta Fernández – editorial Tirant lo Blanch, consideran que la agravante del ensañamiento o crueldad es una variante de la agravante general del Código Penal español, aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento a la víctima, en España en lo que equivale a nuestro artículo número cuarenta y seis se ha puesto como una circunstancia agravante de la pena general, el aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento a la víctima, o sea mucho se ha trabajado en España sobre la crueldad, y se trata de causar padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, este es una clave, padecimientos innecesarios para la ejecución de delito, esto no era necesario para privar la libertad; Gracia y Vizueta consideran que en esta agravante el autor siempre realiza además del mal del delito otros males adicionales, que pueden consistir en la lesión de otro bien jurídico, o en la de especiales intereses valiables a los que sirve el bien jurídico vulnerado, de lo que se trata -dicen Gracia y Vizueta- es producir un dolor innecesario a la víctima, razón por la cual la doctrina habla de un doble resultado, lesiono la libertad y lesiono la salud por ejemplo, si hay trato cruel tiene que haber doble resultado, lo secuestré y además de privarle la libertad le malogré un riñón; el autor español Carlos María Romeo Casabona que es otro de los últimos textos que se han escrito en España sobre crueldad, también señala que el ensañamiento o crueldad es el aumento deliberado e inhumano del dolor de la víctima, afirma conforme con la doctrina y jurisprudencia española que el autor se propone a ser más vivo, y sensible el dolor del agraviado lo que exterioriza prolongando su sufrimiento físico, martirizándolo, atormentándolo de manera innecesaria para lograr la privación de su libertad; Romeo Casabona igualmente exige dos elementos en el caso de la crueldad, el objetivo, el dolor innecesario para realizar el hecho delictivo, y el subjetivo, el propósito de producir el dolor, Romeo Casabona sostiene que en la crueldad el dolor habrá de ser necesariamente físico, producto de la agresión física que se infringe a la víctima sin perjuicio que provoque adicionalmente dolor psicológico; el autor español Joan Queralt Jiménez en su última edición del dos mil ocho, dice que el ensañamiento o crueldad deliberada se castiga porque se trata de ejercicio de sadismo contra la víctima, la gran crueldad es una expresión

patológica del sadismo y existe un mayor peligro contra el bien jurídico porque el autor tiene una personalidad desviada; el autor español Fermín Morales Prats comparte la opinión que la gran crueldad supone que el autor además del daño producido por el delito produzca daño a otro bien jurídico, tal daño debe ser innecesario para cometer el delito, en nuestro caso la privación de la libertad; además de la *De Gracia y Romero Casabona*, la otra obra que se ha escrito recientemente es "Lecciones de Derecho Penal - Parte Especial" que dirige Silva Sánchez, en esa obra la parte de crueldad la tiene Felip I Saborit comparte la línea doctrinal que el ensañamiento o crueldad es el aumento deliberado e inhumano del dolor de lo ofendido, señala que el fundamento de la agravante está en un plus de gravedad objetiva del hecho, que se realiza mediante una ejecución especialmente cruel, así a la negación de la libertad ambulatoria se adiciona como plus el ataque a la dignidad e integridad moral de la víctima, vuelvo a poner el ejemplo de Ingrid Betancourt, encadenada haciendo sus necesidades delante de sus captores; Felip I Saborit comenta que la jurisprudencia y la doctrina hispana destacan el elemento subjetivo, la perversidad o el sadismo para incrementar el dolor, el incremento del dolor debe ser sustancial e innecesario para la ejecución del hecho; el autor español José María Luzón Cuesta de igual forma habla del ensañamiento o crueldad como aumento deliberado e inhumano del dolor de la víctima, afirma que se trata de un elemento típico, agravante de naturaleza mixta porque se configura con dos elementos, el objetivo, el aumento del dolor del sujeto pasivo, innecesario para ejecutar el delito, y el subjetivo, la intención del autor de aumentar el dolor lo que manifiesta su perversidad; señalo al Tribunal que es la última versión del texto de Luzón, es del año pasado; el autor español Juan José González Rus mantiene el criterio sobre el significado de ensañamiento o crueldad, como aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima, habla del "lujo de males", incremento o prolongación, actos de sufrimientos al sujeto pasivo que no son necesarios para cometer el delito, tormento, martirio, tortura de manera innecesaria y cruel, ¿eso le hicieron a Gustavo Gorriti el seis y siete de abril de mil novecientos noventa y dos?, y vuelvo a repetir -un pequeño paréntesis- no discuto que Gorriti fue víctima de delito, lo que estoy discutiendo es que no es secuestro si no abuso de autoridad y alternativamente que no es secuestro agravado si no secuestro básico, estoy aplicando la ley no faltándole el respeto al hecho del cual fue víctima. Los autores españoles Carbonell Mateu y González Cussac siguen el contenido de saneamiento o gran crueldad como aumentar

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, pudiendo ser dolor físico o síquico, en nuestro caso el secuestro con crueldad arroja dos resultados, la privación de la libertad y el dolor del secuestrado, los padecimientos puntualizan una vez más tienen que ser innecesarios para cometer el delito de secuestro. De la doctrina sobre la crueldad traída del homicidio hacia el secuestro podemos extraer los siguientes elementos que me he permitido graficar: la crueldad tiene tres elementos: Primer elemento: *Provocación de un dolor físico o psíquico a la víctima*, este primer elemento tiene tres características, es un dolor intenso, es un dolor innecesario, y es un dolor inhumano, vuelvo a poner porque lo tengo grabado en la mente el caso de Ingrid Betancourt y su encadenamiento, segundo elemento: *Un doble resultado*, el secuestro agravado por trato cruel a la víctima produce dos resultados, *primero*, produce la privación de la libertad, y *segundo*, produce una afectación a otro bien jurídico, ataque a la integridad moral o a la dignidad de la víctima, tiene que haber dos resultados, insisto se le quitó la libertad y se le malogró la función visual, libertad y salud, y el tercer elemento subjetivo: *Es la tendencia al sadismo*, ya la doctrina ha dicho no basta ochenta puñaladas para que haya gran crueldad, hay que demostrar que fueron hechas intencionalmente para prolongar el sufrimiento de la víctima, dicen "se llevaron cincuenta soldados", eran cincuenta soldados porque Montesinos quería demostrar que era poderoso, o eran cincuenta soldados para aterrorizar a Gorriti, ¿qué dice la prueba?. Señor Presidente, tendría que ingresar a desarrollar otro punto, y faltan cuatro minutos para la una de la tarde, por lo que le solicito que usted se sirva indicarnos.-----

El Tribunal, en este estado estando a que no va a ser posible captar el contenido del tema que le corresponde exponer a la defensa del acusado, dispone SUSPENDER LA AUDIENCIA PARA CONTINUARLA EL DÍA MIÉRCOLES VEINTICINCO DE FEBRERO PRÓXIMO A HORAS NUEVE DE LA MAÑANA; fecha en la que también se va a escuchar la opinión de las partes sobre las Reglas para la deliberación, votación y la sentencia - Texto preliminar, a los efectos de dictarla; dándose por notificadas las partes, de lo que doy fe.-----

San Martín

YANET CABAÑAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema