

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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

D. D. César San Martín Castro.

En el recinto de audiencias de la Sede Judicial ubicada en el ex fundo Barbadillo del distrito de Ate Vitarte, siendo las nueve de la mañana **del día miércoles cuatro de marzo 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 Riojas, Juan Gabriel Mariño, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Robert Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Cóndor, Heráclides Pablo Meza y Hugo Muñoz Sánchez; y **Lesiones Graves** en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Albitres; y por delito contra la Libertad Personal – **Secuestro** – en agravio de Samuel Dyer Ampudia y Gustavo Gorriti Ellenbogen.-----

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

Presente el acusado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, con sus abogados Cesar Nakasaki Servigón, Gladys Vallejo Santa María y Adolfo Pinedo Rojas. -----
No concurrieron los abogados de la Parte Civil.-----

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 quincuagésima 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 novena 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.-----

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

En este estado con la venia del Tribunal la defensa del acusado Alberto Fujimori, doctor Cesar Nakasaki, refiere lo siguiente: Señor Presidente, hacemos entrega de nuestras conclusiones parciales (a fojas cincuenta y cinco) desarrollada en la audiencia anterior.-----

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

Continuando con el desarrollo del proceso, la Dirección de Debates cede el uso de la palabra a la defensa del acusado Alberto Fujimori Fujimori, doctor Cesar Nakasaki Servigón, quien prosigue con sus alegatos utilizando dispositivas (Power Point), en los siguientes términos: Señor Presidente, señores integrantes de la Sala Penal Especial Suprema, señor representante del Ministerio Público, colegas de la Parte Civil, colegas de la defensa, Presidente Fujimori; habiendo concluido con el desarrollo de los argumentos que contiene la pretensión principal de absolución por insuficiencia de pruebas, frente a la acusación por secuestro agravado, en el caso Dyer, corresponde ahora tocar las pretensiones subordinadas y lo vamos hacer de manera muy breve. La primera pretensión subordinada, es la prescripción de la acción penal y para ello por economía procesal de tiempo, nos remitimos a lo alegado ya en el caso Gorriti, porque son los mismos argumentos. Respecto a la segunda pretensión subordinada, atipicidad del hecho objeto de la acusación, la causa de atipicidad que invocamos solamente es una a diferencia del caso Gorriti; la atipicidad por falta de lesión al bien jurídico, libertad ambulatoria, la imposibilidad jurídica de lesionar un derecho suspendido, en el caso Dyer no tocamos el otro argumento de atipicidad que era el exceso de la participación, para la fundamentación también invocamos el principio de economía procesal de tiempo y nos remitimos a lo establecido en el caso Gorriti, la tercera y última pretensión subordinada era la no aplicación de la figura agravada de secuestro por trato cruel, en lo que respecta a el significado dogmático jurídico de esta agravante, igualmente nos remitimos a lo desarrollado en el caso Gorriti, se encuentra en el escrito veintiocho de nuestras conclusiones sobre este tema. Lo que si vamos a desarrollar de esta tercera pretensión subordinada, es lo referente al examen de la prueba, es decir vamos a demostrar porque no se ha probado, que en la detención de la cual fue víctima o la privación de la libertad de la cual fue víctima Samuel Dyer Ampudia, no se dieron las características de un trato cruel. Señor Presidente, señores miembros de este Supremo Tribunal Penal, y para demostrar la falta de trato cruel, vamos a evaluar pruebas en torno a dos temas. El tema

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

número uno, el internamiento de Samuel Dyer Ampudia en uno de los ambientes del Servicio de Inteligencia del Ejército, qué características se han probado que tuvo el internamiento de Samuel Dyer Ampudia en las instalaciones del SIE, dado a que la premisa es que el trato cruel se prueba, no se comenta, se prueba. Comenzaremos con el examen del testimonio del coronel Ejército peruano en situación de retiro Alberto Pinto Cárdenas, jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército, la declaración que nos interesa, es el testimonio que brindó en el plenario, en las sesiones números treinta y tres y treinta y cuatro, fechas siete y diez de marzo del dos mil ocho, qué dice el testigo Alberto Pinto Cárdenas, sobre el internamiento de Samuel Dyer refiere “que cuando viene el señor Dyer y en mi oficina de la mejor manera lo atiendo, le pregunté si quería médico, si necesitaba tomarse un café, que se sienta tranquilo, me presenté y le dije: “yo soy el coronel fulano de tal, siéntase tranquilo, para mi lo mas importante es que usted se sienta tranquilo”, entonces me dijo: “a mi me están trayendo acá porque soy amigo del doctor Alan García Pérez, a lo que le dije: no se preocupe, si desea hablar por teléfono ahí están los teléfonos” y me dijo: “si, ya sabe mi abogado”, con este testimonio del Alberto Pinto Cárdenas, importante porque era responsable de la detención de Dyer, tengamos presente que Dyer estuvo detenido en el SIE y Pinto Cárdenas era el jefe del SIE, por tanto el responsable de las condiciones de su detención, su testimonio es importante, este testimonio prueba los siguientes hechos: Prueba conforme graficamos que el detenido es recibido por el jefe del SIE, prueba que se le da un trato para tranquilizarlo al detenido, prueba que al detenido se le ofrece café, prueba que al detenido se le ofrece atención médica y prueba que al detenido se le ofrece comunicaciones telefónicas. Las atenciones que testimonia el jefe del SIE, resultan absolutamente incompatibles con las características de un trato cruel, conforme vimos extensamente en audiencias anteriores. Pasemos a examinar la segunda prueba, el testimonio de Samuel Dyer Ampudia, el agraviado o víctima de la detención, que dice este testigo en la sesión número diez, del once de enero de dos mil ocho, sobre el trato dado en el SIE, dice “ me dijeron simplemente que me iban a llevar a una institución, donde iba a tener mas comodidades que estar en la carceleta, junto con delincuentes comunes, no me tomaron ninguna declaración, no me dieron la oportunidad en ese momento de comunicarme con abogado, ellos se dirigieron por Javier Prado e hicimos una parada en la jugueria “Cuatro Estaciones”, él sugirió detenerse en “Las Cuatro Estaciones” porque tenía hambre, ya que la conocía perfectamente, ahí pedimos sandwich y gaseosas que

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

todos consumimos”, luego agrega, “al día siguiente me desperté en una celda pequeña, tenía un hueco para servicios, no tenía servicio de agua y había un colchón, luego fui trasladado a una celda mas cómoda, en el mismo piso donde estaba el jefe del Servicio de Inteligencia, yo salía constantemente cada vez que quería utilizar los servicios, pedía que me abrieran la puerta, también me traían los alimentos al sótano del SIE que eran de mala calidad, pedí otro tipo de alimentos, al final me llevaron a comer caminando, siempre custodiado por un oficial y dos soldados al comedor que tenían cerca de ahí, me pasaron a esa celda que era obviamente de otras condiciones, había cama colchón, incluso, un televisor que el oficial a mi insistencia, me dejó, incluso le pedí que me traigan mis cosas para cepillarme los dientes, que yo tenía mi estuche de viaje, increíblemente en uno de los compartimentos yo llevaba mi celular y pude llamar por el celular al exterior, llamé a diferentes personas, a mi esposa, a los Estados Unidos, a varias autoridades a militares en actividad y retiro, incluso llamé a Ketin Vidal, quien me dijo, que le habían llevado una información respecto a que estaba sujeto a una investigación por delito de terrorismo”; el testimonio del agraviado, demuestra los siguientes hechos: durante su captura a su pedido, comió con sus captores, en la juguería “las Cuatro Estaciones” fue trasladado de un ambiente de detención incómodo a un ambiente de detención con comodidades, incluido un televisor, contó con servicios higiénicos, por su reclamo de la comida se le permitió que ingiera alimentos en el comedor del SIE, se le entregaron sus cosas sin revisión, incluso un teléfono celular y finalmente mantuvo comunicación telefónica. Las características de detención que proporciona el mismo agraviado, son absolutamente incompatibles con las de un trato cruel, el otro hecho sobre el cual vamos a examinar pruebas dijimos que eran dos hechos, por los cuales íbamos a examinar la prueba, es el siguiente hecho, durante la detención Samuel Dyer Ampudia, fue puesto a disposición de la policía y el Ministerio Público. Examinemos la prueba sobre este segundo hecho, comencemos con el examen del testimonio del coronel, Alberto Pinto Cárdenas, qué dice al respecto, sobre la puesta a disposición del Ministerio Público del detenido, en las sesiones treinta y tres y treinta y cuatro, del siete y diez de marzo de dos mil ocho, dice “inmediatamente yo di cuenta y también el que estaba en servicio le comunicó al general Rivero, entonces era como el veintisiete de julio, creo, el señor contesta y me dice que no había problemas, que había problemas de disponibilidad por ser veintiocho de julio y estaba preocupado por lo que significaba fiestas patrias, me dijo que por favor lo ponga

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

a disposición posteriormente, yo lo pongo a disposición mientras eso el ingeniero Dyer, ya se había comunicado con su chofer, con su familia, con todos; el testimonio de Alberto Pinto Cárdenas, demuestra dos cosas: lo puso a disposición de la DINCOTE al detenido o en todo caso informó a la DINCOTE de la detención para que inicie la investigación. Examinemos ahora el testimonio del PNP en retiro Washington Rivero Valencia, que era miembro de la DINCOTE, él dice “fui comisionado por el comando general Ketin Vidal para recibir en el SIE documentariamente a un detenido, o sea recibir los documentos y que el detenido siga permaneciendo en el SIE, actuamos con presencia del Ministerio Público, en este caso la doctora Fabiola Peña de la décima Fiscalía, que asumía la titularidad de la investigación y era la representante de la legalidad”, esto lo declara la testigo Rivera Valencia, en la sesión diez, del once de enero de dos mil ocho; el testimonio prueba concretamente los siguientes hechos: el detenido es puesto a disposición de la DINCOTE para investigación documentariamente, porque permaneció físicamente en el SIE; en segundo lugar, el Ministerio Público participó en la investigación. Las características de esta detención resultan incompatibles con las de un trato cruel. Examinemos ahora el testimonio del general PNP en situación de retiro Antonio Ketin Vidal Herrera, en ese momento director de la DINCOTE, su declaración es dada en la sesión sesenta y cuatro, de fecha veintiocho de mayo de dos mil ocho, vayamos a las partes relevantes, dice “el jefe del SIE el coronel Alberto Pinto Cárdenas, envió a la dirección contra el terrorismo el oficio dos mil ciento cuarenta y cinco guión SIE guión dos, solicitando la colaboración de esta unidad para que realice las investigaciones en torno a la persona de Edward Moisés Dyer Ampudia, por presumirse que tenía vinculación con actividades subversivas, quedando físicamente detenida dicha persona en las instalaciones del SIE; le delegue dándole algunas instrucciones generales al coronel Sixto Gutiérrez, director ejecutivo, que era un hombre muy capaz y muy leal, entonces él prácticamente manejó las cosas; entonces, el coronel Sixto Gutiérrez nombró a un oficial que era el comandante Washington Rivero a fin que se hiciera cargo del caso y de inmediato se comunicó a la Décima Fiscalía, que creo que estaba de turno a cargo de la doctora Fabiola Peña Tavera, se le comunicó con el oficio número ochenta y cuatro treinta y ocho OCD DINCOTE, dicha señora Fiscal se presentó a la DINCOTE y desde ese momento como manda la ley asumió la jurisdicción del caso”; el testimonio del general Antonio Ketin Vidal Herrera, nos demuestra los siguientes hechos: primer dato, el jefe del SIE puso a disposición de la DINCOTE al detenido para investigación

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

por supuesta vinculación con el terrorismo; segundo dato, la DINCOTE designó un oficial responsable de la investigación, al comandante Rivera; tercer dato, participación en la investigación de la Fiscal penal Fabiola Peña; estos hechos resultan incompatibles con las características de un trato cruel. Veamos ahora, del general PNP en situación retiro Adolfo Cubas y Escobedo, en ese entonces Director General de la PNP, vayamos a la parte relevante, dice “por información del general Ketin Vidal, me informó que le habían cursado un documento del SIE pidiendo información de esa persona, - se refiere a Dyer Ampudia - que eso se puso en conocimiento de la Fiscal, la misma que tomó conocimiento de la existencia de la persona y que finalmente fue investigado, creo que a los cinco días por el SIE a la DINCOTE que le mande antecedentes”, - bueno así está escrito. Qué hechos o que datos probatorios nos permite extraer está testimonial, concretamente tres cosas: el SIE comunicó a la detención a la DINCOTE, la DINCOTE investigó al detenido, el Ministerio Público participó en la investigación; estos hechos, igualmente llegan a la misma conclusión, incompatibilidad con un trato cruel. Revisemos ahora, el testimonio de Samuel Dyer Ampudia, vayamos a las partes pertinentes, dice: “se identificó como un oficial de la DINCOTE que quería conversar, pasó a la habitación y me dijo que él estaba a cargo de una investigación que se iba a ser de supuestas actividades terroristas a favor de Sendero Luminoso que yo había realizado, le pedí si podía identificarse, se identificó y me enseñó su placa, me pidió firmar la orden de detención, finalmente accedí a firmar el documento, tengo copia del documento y en esas circunstancias ellos se retiran y me decían que mañana volverían a continuar con las diligencias y traerían a un Fiscal y me decían que yo también traiga a un abogado, es por eso que pedí a la gente del Ejército que llame a un abogado”, este testimonio permite probar concretamente tres datos: primer dato, se hizo conocer al detenido de la investigación de la DINCOTE; segundo dato, se regularizó la documentación de la detención; tercer dato, se comunicó la realización de diligencias con intervención de la Fiscalía,. Un tercer tema probatorio, que queremos examinar para demostrar la falta de prueba respecto al trato cruel es, que el detenido Samuel Dyer fue declarado no responsable del hecho por el cual se le investigó. Comencemos por el testimonio del coronel PNP Washington Rivera Valencia, oficial a cargo de la investigación, dice: “procedimos a comunicar su declaración en la sesión diez del once de enero de dos mil ocho, procedimos a comunicar al Ministerio Público y al juzgado de turno, ya con la Fiscal concurrimos para hacer los registros domiciliarios en sus oficinas y para

YANET CARAZAS GARAY
Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

tomarles las declaraciones en presencia de su abogado defensor, cuyo nombre obra en el parte, se formuló un parte al final, que fue cursado a la Fiscalía y al SIE, ahí se estableció que la verdadera identidad del detenido era Samuel Dyer y que no había ninguna evidencia que lo vinculara con el terrorismo, esas fueron las dos únicas conclusiones, el parte sugería que se ponga en libertad; este testimonio demuestra los siguientes hechos: Primer dato, las diligencias fueron comunicadas a la Fiscalía y al juzgado de turno; segundo dato, las diligencias se realizaron con participación de la Fiscalía y asistencia de abogado defensor; tercer dato, se elaboró un parte estableciendo un error de identidad, que Dyer no tenía vinculación con el terrorismo y se sugirió que sea puesto en libertad. Estos hechos igualmente son incompatibles con el trato cruel. Pasemos ahora al examen del testigo Antonio Ketin Vidal Herrera, dice “la policía se pone a disposición de la Fiscalía, recién ahí se establece que no era el señor Edward Moisés Dyer Ampudia, no era él, si no era Samuel Dyer su hermano, lo logran identificar y hacen un acta de identificación, por supuesto con la firma de la Fiscalía y todo, luego le toman una manifestación en presencia de su abogado, dirigida por la Fiscal y este comandante se pone a la máquina, luego de eso le hacen un registro domiciliario, siempre con las mismas autoridades, un registro en su trabajo, en su empresa, el médico legista constata su estado de salud, se hizo un parte dando cuenta que no tenía ninguna responsabilidad y de todas las diligencias que se había recomendado disponiendo su inmediata libertad”; el testimonio de Vidal Herrera demuestra los siguientes hechos: las diligencias fueron comunicadas a la Fiscalía y con participación de ésta y con la presencia de abogado defensor, se elaboró un parte estableciendo error de identidad que Dyer no tenía vinculación con el terrorismo y se sugirió que sea puesto en libertad. Examinemos el testimonio del mismo Samuel Dyer, en la parte pertinente dice “vinieron ya con varios oficiales de la DINCOTE y me dijeron que iban a ir a mi casa, la gente de la DINCOTE me indicó que eran unas diligencias con la presencia de la Fiscal para terminar esa investigación, fue la Fiscal Fabiola Peña Tavera, revisaron la casa y no encontraron absolutamente nada, en ese momento es cuando les pedí que por favor me dejaran ducharme y cambiarme de ropa y así lo hice, inclusive llegó mi abogado, el doctor Quiroz y regresamos al Pentágono y me tomaron mi manifestación, el abogado que me asistió fue el doctor Cesar Quiroz fue mi familia quien llamó al abogado, era un abogado amigo de la familia”; esta testimonial demuestra los siguientes hechos: primer dato: el personal de la DINCOTE inspeccionó el domicilio del detenido y el

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

resultado fue negativo; segundo dato, la diligencia se realizó con la intervención de la Fiscal Peña; tercer dato, la policía permitió al detenido en su casa bañarse y cambiarse de ropa; cuarto dato, la policía permitió al detenido comunicarse con su abogado; quinto dato, se tomó manifestación al detenido asistido por su abogado defensor y la conclusión es la misma; estos hechos son incompatibles con las características de un trato cruel. Corresponde examinar una prueba documental, la copia del parte dos mil ochocientos noventa y tres D dos guión DINCOTE sobre el resultado de la investigación a Samuel Dyer, obra de fojas dieciocho mil noventa y ocho a dieciocho mil ciento uno del tomo cincuenta y fue oralizada a pedido de la Fiscalía en la sesión de audiencia del veinticuatro de octubre del dos mil ocho, conforme aparece en la página tres del acta; este documento nos permite probar cinco datos: DINCOTE investigó a detenido, notificación de la detención, intervención del Ministerio Público en el registro domiciliario y la toma de manifestación, participación del abogado de confianza, la conclusión de no responsabilidad del detenido; señor Presidente, para concluir sobre este cargo deseo generar la siguiente reflexión, nosotros no negamos que fueron detenciones ilegales, discutimos tres cosas, la primera, qué tipo de delito constituyeron, ¿secuestro o abuso de autoridad?; el segundo tema en discusión es que si fue secuestro, ¿se ha probado que fue agravado?, ¿se ha probado en grado de certeza el trato cruel?, toda la jurisprudencia y doctrina que desarrollamos en audiencias anteriores dice que hay que probar en el grado de certeza el trato cruel. Los testimonios y el documento que hemos evaluado, que es la única prueba que hay, ¿permite demostrar en el grado de certeza que Samuel Dyer fue objeto de un trato cruel? ¿Puso en peligro su salud, puso en peligro su vida?, ¿se quebró su voluntad?, ¿lo sometieron a condiciones inhumanas?, ¿eso fluye de la prueba? Evidentemente no!, y el tercer, y más importante punto, es que no hay prueba alguna ni en el caso Gorriti ni en el caso Dyer que Alberto Fujimori Fujimori haya ordenado a Vladimiro Montesinos Torres la detención del periodista Gustavo Gorriti o del empresario Dyer, que es finalmente lo que a nosotros nos interesa en este caso, por qué se le detuvo a Dyer, ¿fue por una confusión, fue porque se le intentó extorsionar, por qué salió Dyer, acaso fue porque se fugó, porque sobornó a los miembros del SIE? bueno eso no ha querido investigar la Fiscalía, lo que a nosotros nos interesa es, ¿está probado en grado de certeza la afirmación que Alberto Fujimori Fujimori – Presidente Constitucional del Perú –ordenó a Vladimiro Montesinos Torres la detención de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer?, no está probado!. Señores

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

miembros del Tribunal Supremo, con esto concluimos la defensa en torno a los cargos de secuestro. **Iniciamos el tema LA DEFENSA FRENTE A LOS CARGOS DE ASESINATO**, - adelantando que también es la misma que para las lesiones graves - **QUE OPONEMOS COMO DEFENSA TÉCNICA A LAS ACUSACIONES POR ASESINATO EN LOS CASOS DE BARRIOS ALTOS Y LA CANTUTA**, un solo argumento, la absolución por insuficiencia de prueba de cargo, ese es el argumento que esboza la defensa frente a las dos acusaciones de asesinato, absolución por insuficiencia de prueba de cargo, y a demostrar este argumento nos dedicaremos en el resto de nuestra intervención. La defensa frente a las acusaciones de asesinato tiene que partir por trabajar tres temas que constituyen la base de la defensa frente a las acusaciones del asesinato, los temas son los siguientes, tres temas generales o temas bases; uno, la determinación procesal del hecho; dos, el significado jurídico de la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; y tres, la evolución de los hechos objeto de la acusación por asesinato. Vamos a demostrar que ha ido evolucionando en el tiempo el hecho que ha sido objeto de imputación, y para eso en su momento haremos un análisis desde el hecho que fue autorizado por el Congreso de la República, hasta finalmente el hecho que es objeto de la acusación oral. Por razones de orden voy a permitirme comenzar por el segundo de estos tres temas generales o tres temas bases, establecer el significado jurídico de la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, por qué la defensa de Alberto Fujimori considera indispensable en este caso que el Tribunal determine el significado jurídico del llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, por una sola razón, demostrar que Alberto Fujimori ejerció de iure la Presidencia de la república tanto en noviembre de mil novecientos noventa y uno como en julio de mil novecientos noventa y dos, ¿por qué señalo esto?, y me permito graficarlo de la siguiente manera: el caso Barrios Altos se cometió en noviembre de mil novecientos noventa y uno, Alberto Fujimori era Presidente del Perú, y era un Presidente de iure, investido en un proceso electoral y elegido por el pueblo, en el interín entre Barrios Altos y La Cantuta se da el cinco de abril, el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, entonces la pregunta que podría formularse válidamente alguien que está planteando tesis fácticas y no normativas, es ¿en julio de mil novecientos noventa y dos cuando Alberto Fujimori era Presidente del Perú seguía siendo un Presidente de iure o era un Presidente de facto? La Fiscalía plantea políticas anti subversivas de facto, dice que había una legal y una de facto, y lo plantea siendo

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Fujimori Presidente de la república, o sea que la Fiscalía hace el siguiente razonamiento, dice: "Fujimori: Presidente del Perú en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas dicta una política de guerra sucia de facto", nosotros sostenemos que un Presidente de la república en el ejercicio de cargo no puede dictar políticas de facto, ese es nuestro planteamiento. Entonces para poder desarrollar ese argumento de forma completa tenemos que establecer que Alberto Fujimori en noviembre de mil novecientos noventa y uno y en julio de mil novecientos noventa y dos tenía la misma investidura, era el Presidente de iure del Perú, no es que en Barrios Altos es el Presidente de iure y en La Cantuta es Presidente de facto, por eso es que nos vemos obligados a entrar al tema del cinco de abril. Nosotros desde ya sostenemos que las imputaciones contra Alberto Fujimori son normativas, es en ejercicio de funciones normativas, no de funciones de facto, ese es el tema central sobre el cual vamos a trabajar todo nuestro caso de asesinato, puede haber políticas antisubversivas de facto, puede haber potestades militares de facto, puede haber estrategias de facto, es como un Juez, ¿un Juez en el ejercicio del cargo puede dictar sentencias de facto?, por eso es que en todo momento hemos hecho una defensa formal y normativa, porque atribuyen actos del Presidente, no de un particular, pero acá nos vemos obligados a estudiar una figura excepcional, que fue el cinco de abril, ¿le quitó su condición de Presidente de iure o no se la quitó?, lo cual lleva a conclusiones tremendas, yo creo que el Tribunal que sentenció en el caso del cinco de abril no se ha dado cuenta de las consecuencias de haberlo declarado un gobierno usurpador, y consecuentemente la expresión de un delito de rebelión, porque el delito no genera efectos jurídicos. Vamos a demostrar que la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que los hechos del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos no constituyeron ningún delito de rebelión, y por tanto el Presidente Alberto Fujimori no perdió por tales hechos su investidura como Presidente de iure del Perú, y para demostrarlo vamos a comenzar por trabajar con un elemento central, que nos permite establecer cuando un hecho no es delito, concretamente cuando un hecho no es típico, que es el elemento de la imputación objetiva, ¿cómo funciona la imputación objetiva dentro de un tipo penal? Porque desde ya adelantamos que el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no fue un delito de rebelión, fue atípico por falta de imputación objetivo. Entonces brevemente detallaremos cómo funciona la imputación objetiva dentro de un tipo penal, para que un comportamiento pueda ser encuadrado dentro del tipo penal se requiera que

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

pueda ser imputable objetivamente. La imputación objetiva constituye un elemento de todo tipo penal, pues solamente a través de su verificación la acción resulta típica, si no hay imputación objetiva el hecho no es típico, ¿quién dice eso? Günther Jakobs, Claus Roxin, Hans Heinrich Jescheck y Tomas Weigend, Günter Stratenwerth, Cuello Contreras, Hurtado Pozo, en nuestras conclusiones dejamos la bibliografía correspondiente. El autor español Joaquín Cuello Contreras – no muy usado en el Perú pero de tremenda trascendencia, explica la función que tiene la imputación objetiva en la tipicidad, al señalar que los tipos penales constituyen abstracciones de la realidad, supuestos de hechos que no recogen todos los matices de la realidad normada, ello implica que a veces comportamientos reales que aparentemente resultan típicos deben excluirse del tipo penal porque no resultan desaprobados por el orden social subyacente – repito – porque no resultan desaprobados por el orden social subyacente; el cinco de abril de mil novecientos – pregunto - ¿fue desaprobado por el orden social subyacente?. Explica el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura que la imputación objetiva selecciona las acciones peligrosas o dañosas de bienes jurídicos que realmente están desaprobadas por el Derecho, y que lo hemos graficado de la siguiente manera: hay acciones peligrosas o dañosas a los bienes jurídicos, pero la imputación objetiva selecciona cuáles realmente pueden encuadrar en un tipo penal, lanzo la pregunta, ¿un golpe de Estado de acuerdo a las reglas de imputación objetiva puede encuadrar dentro del tipo penal de rebelión?, o sea, ¿todo golpe de Estado es igual a rebelión? vamos a demostrar que no. La jurisprudencia peruana viene reconociendo a la imputación objetiva como un elemento del tipo penal, un requisito para verificar que el hecho imputado es típico, los jueces nacionales hace algunos años han empezado a trabajar con criterios o filtros de imputación objetiva, solamente dos ejemplos, el famoso caso “Rock en Río”, objeto del recurso de nulidad número cuatro mil doscientos ochenta y siete guión noventa y siete del trece de abril de mil novecientos noventa y ocho, en el cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema trabajó con el criterio de imputación objetiva de “deber de autoprotección de la víctima”, o el caso del taxista, objeto del recurso de nulidad número cuatro mil ciento sesenta seis guión noventa y nueve, de fecha siete de marzo del dos mil uno, en el cual trabaja con el filtro de imputación objetiva “prohibición de regreso”, ambos casos de enseñanza o casos tipo en la Academia Nacional de la Magistratura. Para que se verifique la imputación objetiva es necesario que el autor haya creado un riesgo jurídicamente prohibido, lo que

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

solamente se produce si su conducta no queda atrapada por algunos de los filtros de imputación objetiva, que nos hemos permitido graficar de la siguiente manera: se crea por el autor un peligro para el bien jurídico, para que sea un bien jurídicamente desaprobado, haya imputación objetiva y sea un hecho típico no le tiene que ser aplicable ninguno de los filtros de imputación objetiva, si lo atrapa el Principio de Confianza ya no es un riesgo prohibido, si lo atrapa el filtro de Adecuación Social ya no es un riesgo prohibido, etcétera, ¿por qué sostenemos que el cinco de abril, la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no llegó a constituir un riesgo jurídicamente prohibido? porque se le aplican dos filtros de imputación objetiva, el filtro de Adecuación Social y el filtro del Consentimiento del Titular del Bien Jurídico, por esas dos razones nosotros sostenemos que el cinco de abril no llegó a constituir un riesgo jurídicamente prohibido, por Adecuación Social y por Consentimiento del Titular del Bien Jurídico, y lo graficamos de la siguiente manera, ¿por qué razón la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no llegó a constituir un riesgo jurídicamente prohibido, no afectó al bien jurídico: orden constitucional? porque quedó atrapado por los filtros de la Adecuación Social y del Consentimiento del Titular del Bien Jurídico, no hubo un riesgo jurídicamente prohibido, no hubo imputación objetiva, por tanto el hecho es atípico, no hubo delito de rebelión. Rápidamente ubiquemos a la imputación objetiva como un elemento del tipo penal de rebelión, no voy a detenerme a desarrollar todos los elementos del tipo penal de rebelión, solamente si me permiten seguir el gráfico (el abogado interviniente se refiere a la ayuda audiovisual de power point usado) dice, bien jurídico, parte objetiva, parte subjetiva, y en la parte objetiva uno de los elementos es la imputación objetiva, ¿en qué consiste la imputación objetiva dentro de la estructura típica del delito de rebelión? atribución de la afectación del orden constitucional al autor por verificarse que su conducta constituyó un riesgo jurídicamente desaprobado, o sea, ¿cuándo hay imputación objetiva para efecto del tipo penal de rebelión? cuando se puede atribuir la afectación del orden constitucional al autor porque creó un riesgo jurídicamente desaprobado, si el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado afecta al bien jurídico orden constitucional, entonces la pregunta es recurrente, ¿la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional constituyó un riesgo jurídicamente desaprobado, se le puede atribuir al Presidente Fujimori la afectación del orden constitucional?, veamos, hasta donde yo sé jamás se ha trabajado la adecuación social y el

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

consentimiento en este tipo de delitos, pero veamos qué resulta de su aplicación. Como adelantamos, son dos las causas por las que consideramos que no hay imputación objetiva en el caso de rebelión: la aplicación del filtro de imputación objetiva de Adecuación Social y la aplicación del filtro de imputación objetiva con Consentimiento del Titular del Bien Jurídico, ambos impiden establecer que el cinco de abril fue un delito, y por tanto que Alberto Fujimori perdió su condición de Presidente de iure para convertirse en un Presidente de facto, que es lo que nos interesa para efectos de este caso. Comencemos con la Adecuación Social, apliquemos el filtro de Adecuación Social a los hechos del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos; para explicar el filtro de Adecuación Social tenemos que partir del aporte de la Teoría de la Acción Social, ¿qué dice la Teoría de la Acción Social? Dice que toda ley, y por tanto también el tipo penal tiene su fundamento en la realidad social, la Teoría de la Acción Social establece que el significado social de los acontecimientos como matar, falsificar documentos, disolver el orden constitucional, etcétera, son los que determinan que sean objetos del tipo penal, en pocas palabras, la formula que graficamos a continuación: la realidad social determina el tipo penal, de doce Constituciones, nueve fueron cambiadas de la misma manera, ¿tendrá alguna relevancia?, ¿permitirá la aplicación del Derecho Penal?, eso vamos a verlo en un momento; y el aporte de la Criminología, el filtro de la Adecuación Social se construye con la Teoría de la Acción Social y con el aporte de la Criminología. Aporte de la criminología, las teorías sociológicas que explican criminalidad como una fenomenología social brindan aportes fundamentales a la operación de tipificación como se aprecia claramente en el caso de las Teorías de la Socialización Deficiente, en el proceso formativo de las leyes penales se definen como delitos los comportamiento sociales que exigen los miembros de la sociedad, por lo que la persona que infringe la ley presenta una deficiente socialización, porque va – y pongo énfasis en esto – porque va contra la voluntad de la mayoría representada en la norma, En el proceso de aplicación de las leyes penales la tipificación exige realizar el juicio de adecuación o inadecuación social, el encuadramiento del hecho en el tipo depende del consenso de lo prohibido, así como cuando uno va a comprar un CD de la película de Jack Bauer titulada “Veinticuatro Horas” a Polvos Rosados y a la salida no lo detienen y lo meten a la cárcel, y eso lo vemos en pequeño, en grande, ¿dar un golpe de Estado en este país es un acto que va contra el consenso social? es un tema que vamos a evaluar inmediatamente, ¿cuál es la formula que proponemos para aplicar el

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

filtro de la Adecuación Social?, si la acción realizada es inadecuada socialmente, no aceptada o tolerada por la mayoría de la sociedad es una acción típica, me permito repetir, si la acción realizada es inadecuada socialmente, no es aceptada o no es tolerada por la mayoría de la sociedad es una acción típica; en cambio, si la acción es adecuada socialmente, aceptada o tolerada por la mayoría de la sociedad, la acción no es típica, eso es lo que plantea la Adecuación Social. El cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, ¿la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional fue una acción aceptada, tolerada por la sociedad, o fue rechazada, intolerada por la sociedad?. La Adecuación Social es una causa de exclusión de la tipicidad, donde hay Adecuación Social no hay tipicidad, habrá otra cosa, tal vez infracción constitucional, ilícito administrativo, pero no hay una acción típica, no hay tipicidad, ¿por qué? La Adecuación Social es una causa de exclusión de la tipicidad, por tanto una conducta socialmente adecuada no puede generar responsabilidad penal, la Teoría de la Adecuación Social es una creación del gran maestro alemán Hans Welzel, en los términos más sencillos se puede establecer como planteamiento de la Adecuación Social el siguiente: el delito es violación, no aplicación de una regla social, a pesar que ésta sea disfuncional – repito – el delito es violación no aplicación de una regla social, por más que la regla social sea disfuncional; la prensa chicha es una regla social disfuncional, no es ideal que exista pero paga impuestos, paga aportes al Seguro, es admitida en los Colegios Profesionales, por las Facultades de Ciencias de la Comunicación, la gente los compra. La realización de una acción que responda a una regla social disfuncional, esto es, un comportamiento socialmente admitido no es delito, el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos no fue un delito de rebelión, no fue un gobierno de usurpación, de ese gobierno no salió un Presidente de facto. Ejemplos de conductas que se realizan observando reglas sociales y funcionales son, la prensa chicha como a cabo de citar, la adquisición para consumo personal o familiar de bienes provenientes del contrabando “Polvos azules”, “Polvos rosados”, atrapan a los que venden, nunca atrapan al que compra, la utilización por los estudiantes de libros fotocopiados sin autorización del autor, sino no habría estudiantes de medicina, la atención de los servicios públicos de salud, justicia, educación como se puede y no como se debe, no funcionaria las clínicas sobre todo en provincias; el planteamiento es el siguiente: si la acción se basa en una regla social y disfuncional es una acción socialmente adecuada y si es una acción socialmente adecuada no es delito por la exclusión de la tipicidad; hay una regla social disfuncional, la acción es

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

socialmente adecuada, si la acción es socialmente adecuada, no es delito por la exclusión de la tipicidad, entonces la pregunta es ¿la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional fue un acto contrario a las reglas sociales o fue el ejercicio de una regla social? Para saber si fue una acción socialmente adecuada o no, para saber si hubo o no tipicidad; castigar a una persona por seguir un comportamiento socialmente adecuado so pretexto de cuestionar la regla social sobre la que basa su conducta es, ir contra el límite material de la función punitiva del Estado, prohibición de exceso que consagra los artículos cuarenta y tres, cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco de la Constitución, eso nos lleva a un tema medular, ¿los golpes de Estado en el Perú son una regla social o no son una regla social? no nos gustan, no son ideales, no deberían existir, pero constituye en una regla social en este país o no. Una manifestación de la prohibición de exceso es el llamado principio de la necesidad que exige la aplicación del derecho penal como ultima ratio como carácter secundario. Es el carácter de la ultima ratio del derecho penal el que prohíbe que se utilice la represión penal contra una conducta socialmente adecuada so pretexto que la regla social en la que se baso a la conducta resulta cuestionada, como no debe de haber golpe de Estado, los golpes de Estado son delitos, no es tan fácil la operación. El Derecho Penal no es el medio de control idóneo para cambiar las reglas sociales sino para fortalecer su vigencia, el cambio de una regla social y disfuncional debe efectuarse mediante otros mecanismos de regulación de la vida social, la prensa chicha no se elimina con el derecho penal, los golpes de Estado no se elimina con el derecho penal; Welzel define a la Adecuación Social como un medio de corrección de la operación de tipificación, una especie de guía que permite determinar que no todas las conductas que formalmente o aparentemente encuadran en el tipo penal, resultan típicas por ser un Estado normal de la libertad social de la acción, en otros términos conductas socialmente permitidas. Las conductas socialmente adecuadas, no pueden ser subsumidas en un tipo penal, aunque según el texto normativo se pudiese considerar que encuadran en el mismo; según el maestro español Santiago Mir Puig, la Adecuación Social constituye un criterio de interpretación que obliga a restringir el alcance literal de los tipos penales de la parte especial de los Códigos Penales excluyendo de ellos los comportamientos que resulte socialmente adecuados. El gran maestro alemán Claus Roxin sobre la Teoría de la Adecuación Social dice “el punto de partida de un juicio crítico a de ser que el Principio de la Adecuación Social supone una importante perspectiva para la

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

teoría del tipo, la idea de que una conducta aprobada no puede encarnar ninguna clase de delito, por lo tanto tampoco puede ser nunca típica. Así pues la atipicidad de la conducta socialmente adecuada es una consecuencia necesaria” Hans Heinrich Jescheck sobre el mismo tema dice: “la Teoría de la Adecuación Social entiende que aquellas acciones que entran por completo dentro del marco del orden colectivo que ha llegado a ser normal en un momento histórico determinado no puede realizar ningún tipo de delito aunque implique peligro para bienes jurídicos protegidos penalmente”. Señores miembros del Tribunal, la Adecuación Social es un elemento implícito de los tipos penales que permite determinar cuando se justifica o no la intervención del derecho penal. Por qué es aplicable la Adecuación Social a los hechos realizados el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, por qué calza la teoría de la adecuación social en la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Cuando el Presidente Fujimori el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas dispuso su levantamiento en armas, para modificar el orden constitucional, disolviendo el Congreso, tomando por la fuerza los locales de las principales instituciones públicas e instaurando el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, realizó una conducta socialmente adecuada. Para demostrarlo, tenemos que establecer que los hechos del cinco de abril, constituyeron la observancia de una regla social y disfuncional, ahí esta la clave para entender por qué los hechos del cinco de abril fueron una conducta socialmente adecuada, porque se basaron en una regla social disfuncional que existe en el Perú, que forma parte de la realidad peruana y cuales esa regla social la graficamos de la siguiente manera o la enunciamos de la siguiente forma: la ruptura de un orden ilegítimo o ineficaz y la creación de un nuevo orden constitucional a partir de la instauración de un gobierno de facto constituye una regla social disfuncional en el Perú; por tanto el levantamiento en armas, la disolución del Congreso, la toma de los locales públicos y la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional respondieron a la regla social disfuncional enunciada y por tanto los hechos, resulta socialmente adecuados, por tanto la discusión es resulta correcto o incorrecto sostener que existe en el Perú esta regla social y para demostrar la existencia de esta regla social disfuncional, que en el Perú los ordenes constitucionales se cambia a través de golpes de facto, cuando existen gobiernos ilegítimos o ineficaces, plantemos tres formas de demostrar la existencia de esta regla social: primera forma, en el derecho constitucional se le reconoce al gobierno de facto como un instituto de

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

emergencia constitucional, así como en el derecho penal se le reconoce las causas de justificación, la legítima de defensa; así como en el derecho penal, matar dolosamente pueda ser o no delito, igual en el derecho constitucional se reconoce al gobierno de facto como un instituto de emergencia constitucional; segunda forma de demostrar la existencia de esta regla social. El pueblo peruano a través de su historia ha aceptado a los gobiernos de facto como una forma de cambio social, para la creación de un nuevo orden constitucional y la tercera manera de demostrar la existencia de esta regla social es la siguiente: el pueblo peruano reconoció la validez y eficacia del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Comencemos con la primera forma de demostración de esta regla social, - insito - la regla social que planteamos es la siguiente: frente a un gobierno ilegítimo e ineficaz el gobierno de facto es la manera de crear un nuevo orden constitucional, esa es una regla social disfuncional en este país no lo será en Suiza pero lo es que en Perú. El derecho constitucional, admite dos institutos de emergencia atípicos no previstos en la Constitución formal, el golpe de facto y la revolución, su fundamento es la denomina "doctrina de facto". Como decía hace algún momento, así como el derecho penal admite causas de justificación, admite legítima defensa, estado de necesidad, etcétera, igual en el derecho constitucional existen los institutos de emergencia típicos y atípicos, los típicos lo graficamos a continuación: son el Estado de emergencia, el Estado de sitio, el decreto de urgencia y la insurgencia; los atípicos son el gobierno de facto y la revolución. El gobierno de facto es admitido, como un instituto de emergencia constitucional atípico, ¿por qué se le dice atípico? porque no existe en la Constitución formal; el gobierno de facto, es un mecanismo excepcional de modificación de la organización y funcionamiento del Estado, no previsto en la Constitución formal, si en la Constitución material, que es aceptado por diversa razones, hecho consumado, necesidad que haya gobernantes, reconocimiento popular, etcétera. Sidfredo Vergoso Venegas, dice "que a los actos del gobierno de facto se les reconoce validez jurídica sobre la base de la doctrina de los hechos consumados, el gobierno de facto tiene investidura plausible o admisible, hay defecto o irregularidad en el título, pero se le reconoce y se le admite, no se le puede impugnar judicialmente" y lo graficamos de la siguiente manera: el gobierno de facto se basa en su investidura plausible o admisible, tiene título, el Presidente de un gobierno de facto no es un Presidente de hecho, porque sino sus actos no podrían comprometer, no podrían generar efectos jurídicos, por eso es que en la Teoría del Derecho Constitucional para el gobernante de facto, darle

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

legitimidad y validez se desarrolla el concepto de la investidura plausible o admisible, tiene título, tiene causa jurídica para existir. Víctor García Toma ex integrante del Tribunal Constitucional del Perú a pesar de su evidente postura crítica a los gobiernos de facto, acepta que tiene, investidura plausible o admisible, al reconocerles capacidad jurídica sui generis, para comprometer al Estado en sus relaciones dentro y fuera del territorio estatal, así actúa como administración pública, en el plano de las relaciones entre gobernantes y gobernados y como sujeto de derecho internacional, la investidura admisible del gobierno de facto parte de la constatación de una realidad, tiene el poder para asegurar la paz y el orden, porque está en condiciones de proteger la vida, la libertad y propiedad de los habitantes, es decir de garantizar la seguridad jurídica de las personas, la investidura plausible o admisible distingue al gobierno de facto del gobierno usurpador, legitima su acceso irregular al poder, mediante un golpe de Estado o una revolución, no por una estimación positiva de su finalidad o motivación, si no por las siguientes razones, ¿cuales son las razones por las que al gobierno de facto se les da investidura admisible o plausible?, se les da un reconocimiento jurídico, si no los decretos leyes no serían derecho; por dos razones: el respaldo popular o la aceptación pacífica de la comunidad; y en segundo lugar la disposición de los medios, incluyendo fuerzas armadas y policía para garantizar la seguridad jurídica de las personas y la continuidad de los servicios públicos. García Toma en la línea establecida señala, que los gobiernos de facto alcanzan firmeza, solidez y permanencia cuando A) tiene la fuerza necesaria para mantenerse en el poder, cumpliendo las funciones del Estado en el territorio; B) cuando alcanzan respaldo, consenso popular, tolerancia respecto de su presencia y actuación. El gobierno de facto, como instituto de emergencia constitucional tiene las siguientes características principales: primera característica, quebranto total o parcial del orden constitucional formal no material, la Constitución de mil novecientos setenta y nueve nunca dejó de regir, por eso hay que diferenciar entre Constitución formal y material, así como en derecho penal se habla de antijuricidad formal y material, el quebranto total o parcial del orden constitucional formal. Segunda característica, Constitución de una autoridad que ejerce todas las funciones del Estado. Tercera característica, creación de un nuevo orden jurídico, ese es la gran diferencia con el gobierno usurpador, no crea un nuevo orden jurídico. Cuarta característica, reconocimiento o aceptación por el pueblo, y quinta característica, capacidad jurídica para comprometer al Estado en relaciones

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

dentro y fuera del territorio, en base al principio de efectividad, ejercicio real y efectivo de las funciones del Estado dentro de su territorio con aceptación expresa o tacita de los gobernados. Jesús De Andrés, en su tesis doctoral sobre el golpe de Estado afirma que el resultado exitoso del alzamiento en armas supone la implementación de una nueva legalidad y la función de un nuevo Principio Legitimador; además de cambio de personas y normativa legal en el gobierno, instituciones y régimen en general". Señores miembros del Tribunal, por tanto la regla social que planteamos frente a un gobierno ineficaz, el gobierno de facto es la forma de crear un nuevo orden constitucional, desde el derecho constitucional tiene fundamento. El gobierno de facto es un instituto de emergencia atípico, reconocido por el derecho constitucional. La segunda forma que planteamos de demostrar la existencia de esta regla social, una regla social que puede ser dura de aceptar, pero finalmente es jurídica, es ya de orden sociológico. El pueblo peruano a través de su historia ha aceptado a los gobiernos de facto como una forma de cambio social, para la creación del nuevo orden constitucional. El Perú a través de su historia acepto a los gobiernos de facto como una forma de cambio social, para la creación de un nuevo orden constitucional. Durante la Republica el Perú ha tenido doce Constituciones, fijemos en cada una de estas Constituciones que institución convoco al pueblo, a través del Poder Constituyente para formar el orden constitucional, ¿quién convoco al pueblo?, ¿En la Constitución de mil ochocientos veintitrés quién ejerció el Poder Constituyente?, fue el Congreso General Constituyente, ¿quién convoco al Poder Constituyente?, el protector el General Don José de San Martín; ¿En la Constitución de mil ochocientos veintiséis quién ejerció el Poder Constituyente?, los colegios electorales y consejo de gobierno aprobaron el proyecto de constitución de Simon Bolívar, ¿Quién llamo al Poder Constituyente, quién llamo al pueblo? el libertador General Don Simon Bolívar; ¿En la Constitución de mil ochocientos veintiocho, quién tenia el Poder Constituyente?, el Congreso General Constituyente, ¿quién lo convoco?, el Mariscal Andrés Santa Cruz, Presidente del Consejo de Gobierno; ¿En la Constitución de mil ochocientos treinta y cuatro, quién tenia el Poder Constituyente?, la convención nacional, ¿quién convoco al Poder Constituyente?, el Mariscal Luis José de Orbegoso, Presidente provisorio; ¿En la Constitución de mil ochocientos treinta y nueve, quién tuvo el Poder Constituyente?, el Congreso Nacional unicameral, ¿Quién lo convoco?, el Mariscal Agustín Gamarra, Presidente provisional; ¿En la Constitución de mil ochocientos cincuenta y seis, quién tenia el Poder

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Constituyente?, la Convención Nacional de Diputados, ¿quién la convoco?, el gobierno provisorio o de la moralidad; ¿En la Constitución de mil ochocientos sesenta, quién tenía el Poder Constituyente?, el Congreso de la Republica, ¿quién lo convoco?, el Presidente Constitucional Ramón Castilla elegido por el Congreso; ¿En la Constitución de mil ochocientos sesenta y siete, quién tenía el Poder Constituyente?, el Congreso Constituyente, ¿quién lo convoco?, el dictador General Manuel Ignacio Prado, ¿En la Constitución de mil novecientos veinte, quién tenía el Poder Constituyente?, la Asamblea Nacional, ¿quién la convoco?, el gobierno provisional; ¿En la Constitución de mil novecientos treinta y tres, quién tenía el Poder Constituyente?, el Congreso Constituyente, ¿quién lo convoco?, la Junta Nacional de Gobierno; ¿En la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, quién tenía el Poder Constituyente?, la Asamblea Constituyente, ¿quién lo convoco?, el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas; y ¿En la Constitución de mil novecientos noventa y tres, quién tenía el Poder Constituyente?, el Congreso Constituyente y Democrático, ¿quién lo convoco?, el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Señores miembros del Tribunal, el pueblo peruano a lo largo de la historia Republicana ha establecido una forma de variación o cambio del orden constitucional, que se puede graficar de la siguiente manera: hay un gobierno de forma que es cuestionado socialmente por la falta de eficacia o legitimidad, se produce un levantamiento en armas, ese levantamiento en armas genera una ruptura del orden constitucional, la ruptura del orden constitucional genera un gobierno de facto, el gobierno de facto convoca al pueblo para ejercer el Poder Constituyente, se forma una Asamblea o Congreso Constituyente y se da un nuevo orden constitucional, que asume todas las funciones del Estado, esa es la regla que hemos apreciado a lo largo de nuestra historia. De las doce Constituciones que ha tenido el Perú, la mayoría, nueve se han producido siguiendo la regla social de la ruptura del orden constitucional, ilegítimo, ineficaz a través de la instauración de un gobierno de facto y la convocatoria al pueblo, para ejerciendo el Poder Constituyente, crear un nuevo orden constitucional, de doce, nueve. Vean por ejemplo, ustedes el caso de la Constitución establecida con la carta política de mil ochocientos veintitrés, se deja sin efecto la constitución de mil ochocientos veintitrés, ¿por qué? , porque el diez de febrero de mil ochocientos veinticuatro el Congreso General Constituyente suspende la Constitución y entrega las funciones a Bolívar y luego fruto de eso aparece la Constitución de mil ochocientos veintiséis; ¿Qué paso con la Constitución de mil ochocientos

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

veintiséis?, se dejó sin efecto, igual el veintiséis y veintisiete de enero de mil ochocientos veintisiete José Bustamante lideró el alzamiento en armas a través de un motín que declaró abolida la carta vitalicia y restauró la de mil ochocientos veintitrés, ¿cómo se cambió la carta política de mil ochocientos treinta y cuatro?, igual, el veintidós de febrero de mil ochocientos treinta y cinco Felipe Santiago Salaverry se subleva en el Callao y se proclama Jefe Supremo de la República, se instaura el Estado nor sur peruano y la confederación Perú boliviana y se da la Constitución de mil ochocientos treinta y nueve; ¿Qué paso con la Constitución de mil ochocientos treinta y nueve?, en enero de mil ochocientos cincuenta y cinco, el General Ramón Castilla derrota al Presidente Echenique e instaura el gobierno provisorio, crea el gobierno de la moralidad y surge la Constitución de mil ochocientos cincuenta y seis; ¿Qué paso con la Constitución de mil ochocientos sesenta o cincuenta y seis?, - según algunos -, el seis de noviembre de mil ochocientos sesenta y seis Pedro Diez Canseco tomó Lima y derrocó al Presidente Pezet; Mariano Ignacio establece una dictadura y se crea la Constitución de mil ochocientos sesenta y siete, ¿Qué paso con la Constitución de mil ochocientos sesenta y siete?, el cuatro de julio de mil novecientos diecinueve Augusto B Leguía da un auto golpe de Estado, se instaura el gobierno de la Patria Nueva y surge la Constitución de mil novecientos veinte; ¿Qué pasó con la Constitución de mil novecientos veinte? El veintidós de agosto de mil novecientos treinta Sánchez Cerro se subleva en Arequipa, se instaura una Junta de gobierno y surge la Constitución de mil novecientos treinta y tres. ¿Qué pasó con la Constitución de mil novecientos treinta y tres? El tres de octubre de mil novecientos sesenta y ocho el general Juan Velasco Alvarado derroca al Presidente Fernando Belaúnde, se instaura el gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas y surge la Constitución de mil novecientos setenta y nueve. ¿Y finalmente qué pasó con la Constitución de mil novecientos setenta y nueve? El cinco de abril de mil novecientos noventa y dos el Presidente Fujimori instaura el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional y se da la Constitución de mil novecientos noventa y tres. ¿Que podemos extraer de este análisis histórico del Perú para ver si existe o no la regla social utilizada el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos? Nueve de los doce órdenes constitucionales que existieron en el Perú se han creado con la regla social, ruptura del orden constitucional, gobierno de facto, poder constituyente, nuevo orden constitucional. Un dato muy importante, desde mil ochocientos sesenta y siete el pueblo peruano ha aplicado de manera permanente la regla social que acabo de

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

enunciar, esto es, que desde mil ochocientos sesenta y siete al año dos mil nueve, en el Perú, todos los órdenes constitucionales han cambiado siguiendo la misma regla: ruptura del orden constitucional, gobierno de facto, poder constituyente, nuevo orden constitucional. Esto está vigente de manera ininterrumpida desde mil ochocientos sesenta y siete ¿Habría tocado algún punto la sentencia de la Sala Penal Especial Suprema en el caso que ha condenado por rebelión? ni uno, ni una línea. Salvo Alberto Fujimori Fujimori. Ningún Presidente de un gobierno de facto ha sido procesado por delito de rebelión en toda la historia. ¿La Constitución de mil ochocientos veintitrés cambió con la regla que digo? Si; ¿Bolívar fue procesado? No. ¿La Constitución de mil ochocientos veintiséis cambió con la regla que señalo? Si; ¿Santa Cruz fue procesado? No. En la de mil ochocientos veintiocho no se aplicó la regla. ¿La de mil ochocientos treinta y cuatro? Si; ¿Salaverry fue procesado? No. ¿La de mil ochocientos treinta y nueve? Si se aplicó; ¿Castilla fue procesado? No. En la Constitución de mil novecientos cincuenta y seis no se siguió la regla. ¿La de mil ochocientos sesenta? Si; ¿Prado fue procesado? No. ¿La de mil ochocientos sesenta y siete? Si; ¿Leguía fue procesado? No; “ojo”, Leguía fue procesado por Enriquecimiento ilícito, no por haber dado un gobierno de facto. ¿La de mil novecientos veinte se aplicó la regla? Si; ¿Sánchez Cerro fue procesado? No. ¿En la de mil novecientos treinta y tres se aplicó la regla? Si; ¿Velasco y Morales Bermúdez fueron procesados? No. ¿La Constitución de mil novecientos setenta y nueve? Si, y el único procesado, Alberto Fujimori. O sea, al único que no se le aplica la regla es a Alberto Fujimori ¿por qué será? De doce Constituciones sólo tres nacieron de la convocatoria de un gobierno formal. Todas las demás nueve, nacieron de la convocatoria de un gobierno de facto. ¿Cuál es la regla social utilizada en el Perú para el cambio de los órdenes constitucionales? una vez más, ruptura del orden constitucional, gobierno de facto, poder constituyente, nuevo orden constitucional. Si esa regla existe señores Vocales, entenderán porque sostenemos que el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos resultaba una acción socialmente adecuada, no sólo la admite el derecho constitucional si no que la ha admitido la historia del Perú desde mil ochocientos sesenta y siete de manera ininterrumpida; y la tercera forma para terminar con este punto, mediante la cual pretendemos que existe esta regla social; primero a través del derecho constitucional, segundo: a través de la historia del Perú y tercero: a través de este método. El pueblo peruano ha reconocido la validez y eficacia del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, ¿cómo verificamos esto?, de

YANET CARAZAS GARIAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

cuatro formas, como verificamos que el pueblo peruano ha reconocido validez y eficacia del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, por tanto Fujimori en julio de mil novecientos noventa y dos seguía siendo tan Presidente de iure como lo fue en noviembre de mil novecientos noventa y uno. La primera forma es: verificación de la voluntad del pueblo expresada a través del poder constituyente; la segunda verificación, mediante la participación del pueblo en diversos actos de la vida pública del Perú derivados del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; la tercera forma, la verificación de la opinión pública con relación a los hechos realizados el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos y la cuarta forma, verificación de la posición que el pueblo asumió frente a los actos del Congreso disueltos el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos; comparación San Román- Paniagua. Preguntas que al ex Premier del Castillo y ha San Román no les gustó responder, estas son las cuatro formas de verificar que el Perú reconoció validez y eficacia en el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Comencemos por la primera; verificación de la voluntad del pueblo expresada a través del Poder Constituyente, el Congreso Constituyente y Democrático a través de la ley constitucional del seis de enero de mil novecientos noventa y tres y publicada el día nueve estableció, artículo tres: “el Presidente de la república elegido en mil novecientos noventa en actual ejercicio es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la nación”- eso dijo el Congreso Constituyente y Democrático a través de la ley constitucional del seis de enero de mil novecientos noventa y tres. Alberto Fujimori Fujimori, Presidente de la república elegido en mil novecientos noventa es el Jefe Constitucional del Estado, qué peso tiene esa ley, o es una mera declaración o de repente ustedes pueden ejercer un control difuso y decir que no es inconstitucional, no la aplico, ¡es un dictador!. Veamos, Marcial Rubio Correa, -el comentarista más importante de la Constitución del año mil novecientos noventa y tres- afirma “El Presidente Fujimori, el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, incurrió en varias de las conductas que contenía el artículo similar a este en la Constitución entonces vigente de mil novecientos setenta y nueve. El Congreso Constituyente elegido en noviembre de mil novecientos noventa y dos, lejos de someterlo a juicio, lo declaró Presidente Constitucional y dio validez constitucional a todos los actos del Gobierno de Facto, que fue denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Casos como este muestran el borde de la tensión entre el texto de la norma política y el poder real que, en el caso del Presidente Fujimori fue tanto poderío material, como apoyo electoral masivo. De acuerdo a

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

la Teoría del Poder Constituyente -al cual vamos aplicar en un momento- puede afirmarse que la legitimación del gobierno que emergió el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, ocurrió cuando el pueblo, ampliamente apoyó la elección de los candidatos que respaldaban al Presidente Fujimori, en las elecciones del Congreso Constituyente de noviembre de mil novecientos noventa y dos”, esto es, es el Poder Constituyente el que legitimó a Alberto Fujimori como Presidente Constitucional del Perú. Lo que planteamos es lo siguiente: ¿En el mes de julio de mil novecientos noventa y dos, Alberto Fujimori era Presidente Constitucional del Perú? Sí, ¿por qué lo era? Por aplicación de la regla o la Teoría del Poder Constituyente, porque el pueblo a través del Poder Constituyente así lo declaró en la ley constitucional antes invocada; para entender mejor este punto señor Presidente, señores Vocales Supremos, veamos brevemente que es el Poder Constituyente, que peso tiene esa ley constitucional que acabamos de invocar, porque para cierto sector de la Corte Suprema no tiene ninguno, ningún peso; el Poder Constituyente del pueblo es la voluntad política suprema, el derecho fundamental a establecer el orden y la organización del Estado, permítanme repetirme, el Poder Constituyente del pueblo es la voluntad política suprema, el derecho fundamental a establecer el orden y organización del Estado, ¿quién establece como se organiza un Estado? El Poder Constituyente, o el pueblo a través del Poder Constituyente; el pueblo es el “sujeto titular del Poder Constituyente supremo”, es una manifestación del principio constitucional de la soberanía del pueblo, y lo graficamos de la siguiente manera (expone con diapositivas): ¿Quién es el titular del Poder Constituyente? El pueblo, el pueblo en virtud del Poder Constituyente es el que establece el orden y la organización del Estado. Sieyes, el padre de la moderna Teoría del Poder Constituyente, gran constitucionalista francés, cuando hizo la exposición razonada de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve, señaló que una Constitución exige la existencia previa de un Poder Constituyente, distinto y superior a los órdenes y poderes que crea la Constitución, esto es, al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial; el Poder Constituyente es el poder de poderes, más poderoso que el Poder Legislativo, más poderoso que el Poder Ejecutivo, más poderoso que el Poder Judicial, la máxima expresión del poder del pueblo es el Poder Constituyente, que se manifiesta en los Congresos Constituyentes, en Asambleas Constituyentes, en esa ley constitucional que dice “Alberto Fujimori es Presidente Constitucional del Perú”. Sieyes, afirma que la nación tiene un Poder

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Constituyente distinto de los creados por la Constitución, la nación establece y cambia las constituciones sin estar sujeta a ninguna regla anterior, que importante, la nación establece y cambia las constituciones sin estar sujeta a ninguna regla anterior, el Poder Constituyente es omnímodo, supremo e ilimitado, si el Poder Constituyente dice “el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional es válido, entonces es válido, ni siquiera podrían decir “voy a Control Difuso”, ni siquiera el Tribunal Constitucional podría decir “voy a Poder Concentrado, o a Control Concentrado”, porque son poderes constituidos no constituyentes, son contenidos no continentes. Maurice Hauriou, otro gran maestro francés del Derecho Constitucional, habla de una Operación Constituyente que es la suma del Poder Constituyente, y el procedimiento mediante el cual se ejerce, la singularidad de esta operación la constituye el ser siempre un hecho revolucionario, afirma “que el establecimiento y la revisión de las constituciones siempre es revolucionaria, porque se realiza con la participación de la soberanía nacional, poder mayoritario, y en nombre de la libertad política”; Hauriou habla de una dualidad entre dos formas de derecho, el derecho del Estado y el derecho de la libertad primitiva, éste último anterior al primero, porque la libertad es inherente al ser humano, el hombre tiene libertad desde que existe, antes de la aparición del Estado, que es precisamente una creación de la libertad política de los hombres para establecer su organización social, el surgimiento del derecho del Estado -explica Hauriou- no desapareció el derecho a la libertad del hombre, siempre se mantuvo que cabría llamarlo de manera subterráneo bajo la capa superficial del derecho del Estado, y se muestra siempre presto a hacer erupción, el pueblo dice “no quiero este gobierno ineficaz, aceptó este Gobierno de Facto, aceptó su convocatoria ha ejercer el Poder Constituyente, y creo el nuevo orden constitucional”; el derecho solidificado del Estado colisiona siempre con el derecho en fusión a la libertad primaria, y eso se expresa en el Poder Constituyente, por eso que los cambios de orden constitucional vienen necesariamente del pueblo y del Poder Constituyente, hasta ahora el Congreso de la República no ha podido reformar la Constitución, desde la época del Ex Presidente Alejandro Toledo lo intenta, y sin embargo no ha podido sacar una reforma constitucional, porque la gente no cree en el Congreso, no le reconoce ese poder, por eso uno es Poder Constituido y el otro es Poder Constituyente. Sieyes, define el Poder Constituyente en los siguientes términos: “Potestad que tiene el pueblo de constituir un Estado, y de darse la organización jurídica y política que más le convenga”, el Poder Constituyente es

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

el que se da su organización, el que dice quien es su Presidente. Carl Schmitt, el gran maestro alemán, lo define como la “Voluntad política, cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto, sobre el modo y forma de la propia existencia política”. El argentino Linares Quintana, refiere que es la “Facultad inherente a toda comunidad soberana a darse su ordenamiento jurídico y político fundamental, por medio de una Constitución, y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. Luis Sánchez Agesta, ¿qué dice sobre el Poder Constituyente? “Voluntad política y creadora del orden, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador”. El gran maestro Bidart Campos, afirma que es “La capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídica - política”. Gregorio Badeni, sostiene lo mismo, así como Xifra Heras, etcétera, etcétera, etcétera; el Poder Constituyente es un poder absoluto, el titular es el pueblo para poder establecer su organización política. Hay dos clases de Poder Constituyente: Uno, el Originario, y dos, el derivado; primero: El Poder Constituyente Originario sólo lo ejerce el pueblo, es el poder de establecer y fijar las normas fundamentales relativas al ejercicio del poder político, *su objeto* es la fundación de un nuevo orden constitucional; el gran constitucionalista francés Georges Burdeau, afirmaba que el Poder Constituyente Originario “existe al margen de toda norma de derecho positiva relativa a su ejercicio”; refiriéndose al objeto del Poder Constituyente Originario, el maestro Bidart Campos señala que el acto constituyente es “el que da una nueva expresión constitucional a un Estado ya constituido”. La autora española Pilar Mellado Prado, explica que la “doctrina mantiene sin vacilaciones el carácter ilimitado y absolutamente libre del Poder Constituyente Originario, es decir, la inexistencia de límites formales o materiales en su ejercicio, en cuanto es expresión de una potestad suprema que se identifica con la soberanía”, ¿qué significó la ley constitucional del CCD que dice “Alberto Fujimori Fujimori, Presidente Constitucional del Perú”?; el Poder Constituyente Originario no puede encontrar fundamento en ninguna norma, y por tanto no posee una naturaleza jurídica. Como se ha afirmado, la tarea del Poder Constituyente es política no jurídica; el Poder Constituyente al ser el origen del derecho no puede tener dicha naturaleza, es anterior al derecho; Sieyes, establece dos características al Poder Constituyente Originario, no puede encontrar fundamento fuera de sí y es incondicionado, no posee límites formales o materiales, el Poder Constituyente Originario no puede ser definido jurídicamente, sí políticamente en términos de legitimidad; el Poder

YANEY CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Constituyente Originario es el que crea la Constitución, y una vez cumplida su labor desaparece.-----

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: Decíamos señor Presidente, señores Vocales Supremos, que el Poder Constituyente tiene dos clases, el Originario y el Derivado; segundo: El Poder Constituyente Derivado, lo que hay que señalar, es que se entiende por aquel, al establecido en la propia Constitución y funciona a través de reformas de la Constitución, el rasgo esencial del Poder Constituyente Derivado es su subordinación al Poder Constituyente Originario o fundacional, es el que ejerce por ejemplo el Congreso de la República. Pasamos a establecer ya no la regla a partir de la aplicación del Poder Constituyente, como el pueblo peruano legitimó el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a partir del Poder Constituyente, si no mediante la verificación de la participación del pueblo en diversos actos de la vida pública del Perú, que fueron derivados del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, esto es, decíamos hace un momento que sostenemos que el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional fue reconocido por el pueblo peruano, le reconoció validez y legitimidad, *primero*, a partir de la Teoría del Poder Constituyente o a través del Poder Constituyente, y ahora a través de su participación en diversos actos de la vida pública, derivados del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; el pueblo ha participado en diversos actos convocados o derivados del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, la formación y funcionamiento del Congreso Constituyente Democrático, la Constitución de mil novecientos noventa y tres, el proceso electoral de mil novecientos noventa y cinco, en el que se reeligió a Alberto Fujimori como Presidente de la República, el reconocimiento de la validez y eficacia de los decretos leyes que se dieron por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, al aceptarse como parte del derecho positivo, los procesos electorales realizados al amparo de la Constitución de mil novecientos noventa y tres, tanto para la formación del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo durante los regimenes presidenciales de Valentín Paniagua, Alejandro Toledo y actualmente Alan García, así como los procesos municipales llevados acabo; profundicemos en la participación del pueblo, por ejemplo en el proceso electoral para la formación del CCD, comparándolo con el realizado en el caso de la Asamblea Constituyente de mil novecientos setenta y nueve, en la Asamblea Constituyente de mil novecientos setenta y nueve participan diversas

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

fuerzas políticas, la más importante fue el APRA, que saca un millón doscientos cuarenta mil seiscientos setenta y cuatro votos, equivalente al treinta y cinco por ciento de los votos válidamente emitidos, en cambio el Congreso Constituyente de mil novecientos noventa y dos, cuando fue convocado en las elecciones, la principal fuerza política fue "Nueva Mayoría - Cambio Noventa", con tres millones cuarenta mil quinientos cincuenta y dos votos, esto es, el cuarenta y nueve por ciento de los votos válidamente emitidos, este cuadro (muestra diapositiva) comparativo es importante para ver el nivel de convocatoria que hizo el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas en el año mil novecientos setenta y ocho, y que hizo el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional en el año mil novecientos noventa y dos, como las últimas dos aplicaciones de la regla que estamos demostrando; los votos emitidos fueron cuatro millones ciento setenta y dos mil novecientos sesenta y dos en el año mil novecientos setenta y ocho, el treinta y cuatro por ciento de la población votó, en cambio en mil novecientos noventa y dos con ocho millones ochenta y seis mil trescientos doce sufragantes votó el setenta y uno por ciento, por eso el ausentismo es sumamente marcado, en mil novecientos setenta y ocho el ausentismo fue de sesenta y seis por ciento, en cambio en mil novecientos noventa y dos el ausentismo fue de un veintinueve por ciento, que establecía la opinión pública; *tercera forma de demostrar la aprobación del pueblo peruano* al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, las encuestas en esa época marcaron resultados como el que establecemos a continuación: En el editorial de la edición del diario El Comercio, del jueves cinco de abril del dos mil siete -no hace mucho tiempo-, bajo el título "El nefasto auto-Golpe de mil novecientos noventa y dos ¿qué hemos aprendido?" se consigna un sondeo, una comparación entre los sondeos con un intervalo de quince años de diferencia, o sea qué pensaba la gente en el dos mil siete sobre el cinco de abril, y qué pensaba la gente en el mismo mes de abril de mil novecientos noventa y dos; la empresa encuestadora APOYO pregunta: ¿en abril de mil novecientos noventa y dos, aprueba usted el Golpe de Estado? Aprueba el setenta y ocho por ciento de la población, desaprueba el veintidós por ciento de la población, miren que interesante la encuesta realizada en el mes de abril de dos mil siete, con toda una persecución mediática contra Alberto Fujimori y su grupo político, desaprueba el cincuenta y uno por ciento y aprueba el cuarenta y nueve por ciento, o sea en el año dos mil siete un cuarenta y nueve por ciento de la población sigue aprobando las medidas que se dieron el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos; en el mes de abril de mil novecientos noventa y dos el

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

setenta y ocho por ciento aprobó y sólo desaprobó el veintidós por ciento, en el mes de abril de mil novecientos noventa y siete con todo y demolición mediática, el cuarenta y nueve por ciento dijo sí y el cincuenta y uno por ciento dijo no, estableciendo claramente la legitimidad del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a pesar de los años, el Presidente Alan García ha sido elegido Presidente con mucho menos del cuarenta y nueve por ciento; ésta es una encuesta (muestra las diapositivas) realizada por la encuestadora APOYO el siete de abril de mil novecientos noventa y dos, que es utilizada por la Comisión de la Verdad, a la pregunta ¿cree usted en este momento, que el gobierno es democrático o dictatorial? Democrático cincuenta y un por ciento, este porcentaje del Perú conceptuaba el siete de abril de mil novecientos noventa y dos que se trataba de un gobierno democrático, el treinta y tres por ciento establecía que era un gobierno dictatorial, y el dieciséis por ciento no precisaba; y la segunda pregunta que se formula ¿está usted de acuerdo o en desacuerdo con el planteamiento de que Fujimori ha violado la Constitución, y por tanto debe ser declarada la vacancia de la presidencia? De acuerdo el veintiún por ciento y en desacuerdo el sesenta por ciento el sesenta por ciento del pueblo peruano estaba en desacuerdo que se intente vacar al Presidente Fujimori por las medidas dadas el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos; a la pregunta ¿aprueba la disolución del Congreso? Setenta y un por ciento aprueba y el veintinueve por ciento desaprueba, en el mes de abril de mil novecientos noventa y dos; ante la pregunta ¿aprueba la reestructuración del Poder Judicial? Ochenta y nueve por ciento aprobaba y el once por ciento desaprobaba; Carmen Rosa Balbi en su trabajo “Del Golpe del cinco de abril al CCD; los problemas de la transición a la democracia” establece “luego del Golpe sin embargo las encuestas de opinión registraron una alza importante de aprobación de la gestión de Fujimori, en acuerdo con la interrupción del régimen constitucional, anunciando que se ubicó las mediciones entre el setenta por ciento y el ochenta y cuatro por ciento de aprobación”; Ibán Rementería, en su trabajo “Situación política al primer semestre de mil novecientos noventa y dos” comentó “Cuando el Presidente Fujimori clausura el Parlamento, satisface el sentimiento de frustración popular ante una institucionalidad política -partidos y Congreso- que se muestra incapaz de representar los intereses políticos de los diversos sectores de la nación. La intervención del Poder Judicial satisface el sentimiento de indignación popular ante la corrupción de las instituciones públicas, en particular la corrupción en la administración de justicia, tanto civil como penal, que afecta directa o

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

indirectamente a toda la población”; Samuel Abad Yupanqui y Carolina Garces Peralta, en su trabajo “El gobierno de Fujimori: antes y después del Golpe”, igualmente afirman: “La democracia formal prevista por la Constitución carecía de legitimidad entre la mayor parte de la población. La sociedad civil no se sentía identificada con ella, ni tampoco con su defensa.... No resulta extraño, entonces, que el cinco de abril, cuando se anunciaron diversas medidas contrarias a la Constitución, la población no se haya manifestado negativamente, si no más bien la haya respaldado... Todo ello explica que la ciudadanía haya aprobado en su conjunto la política adoptada por el gobierno. En esta dirección, es importante destacar que luego del autogolpe, el porcentaje de aprobación de la gestión gubernamental se incrementó en diecinueve puntos. Efectivamente, según cifras de la firma APOYO, en Lima Metropolitana a abril de mil novecientos noventa y dos antes del Golpe, el porcentaje de aprobación subió de cincuenta y nueve a ochenta y dos por ciento”. Y finalmente para demostrar esta legitimidad que dio el pueblo peruano al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, verificar cual fue la posición que asumió el pueblo frente a los actos del Congreso disuelto el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, comparación entre San Román y Paniagua: Cuando el CCD en la Ley Constitucional del nueve de enero de mil novecientos noventa y tres declaró que Alberto Fujimori era Presidente Constitucional del Perú no hizo otra cosa que llevar a una norma lo que existía en la realidad su reconocimiento por el pueblo peruano, sin la aceptación del pueblo la declaración del CCD hubiera sido una mera formalidad, sin posibilidad de efecto en la realidad, como lo demuestran otros casos de designaciones de Presidente ya no por una Asamblea Constituyente sino por el Poder Legislativo; Máximo San Román y Valentín Paniagua -nuestro querido maestro de Derecho Constitucional-, fueron designados Presidentes de la República por un Congreso; el señor San Román nunca llegó a realizar ningún acto presidencial; el señor Paniagua fue Presidente, dirigió el Gobierno de Transición que llevó adelante el proceso electoral, en el que resultó el economista Alejandro Toledo, Presidente del Perú, ¿por qué San Román no, y Paniagua si fue Presidente en la realidad, si los dos fueron elegidos por el Congreso? La respuesta es clara, el pueblo reconoció como Presidente a Valentín Paniagua, nunca aceptó como tal a Máximo San Román, pues al Congreso que designó a San Román le negó legitimidad, y al que nombró a Paniagua si se la dio. El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no constituyó una rebelión delictiva, como tampoco lo fue el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas

YANET CARAZAS GARAY
Secretaría
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Armadas que convocó a la Asamblea Constituyente en mil novecientos setenta y nueve, o como no lo podrían ser el pueblo argentino que con cacerolas derrocó al Presidente Fernando de la Rúa; mientras que en el caso de Valentín Paniagua se aprecia la adecuación social de su designación como Presidente, en el caso de Máximo San Román es evidente una inadecuación, y me permito hacer el siguiente gráfico para demostrarlo: El pueblo peruano dio su respaldo, y cuando da su respaldo funciona un Gobierno de facto -como pueden ver en la parte de arriba del gráfico-, en cambio el pueblo peruano cuando no da su respaldo, da su desaprobación o indiferencia al Congreso de mil novecientos noventa a mil novecientos noventa y cinco, ¿qué resultó? El Congreso de mil novecientos noventa a mil novecientos noventa y cinco vacó al Presidente Fujimori por incapacidad moral, sin embargo Fujimori continuó siendo Presidente, designó a Máximo San Román como Presidente del Perú, él nunca hizo un acto de gobierno, clausuró la Segunda Legislativa ordenando la instalación de la Comisión Permanente, nunca hizo un acto legislativo; mientras que el pueblo respaldó al Gobierno de facto nació lo que existe hasta hoy, en cambio el Congreso de mil novecientos noventa a mil novecientos noventa y cinco, jamás tuvo respaldo, por eso todos los actos que realizó nunca operaron en la realidad. Hay un punto final que debemos examinar en este tema de la adecuación social, y es verdad que la adecuación social tiene límites; entonces es importante establecer si el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional operó dentro de los límites establecidos por la regla de la Adecuación Social; son tres restricciones: Uno, el carácter secundario, dos, el fundamento constitucional, y tres, la legitimidad histórica, esas son las tres limitaciones de la Teoría de la Adecuación Social; Primera: El carácter secundario, la adecuación social solamente debe ser empleada en la operación de tipificación, cuando el resto de filtros de imputación objetiva no sean suficientes o aplicables al tipo penal. La adecuación social es el filtro de imputación objetiva último en aplicar; segunda: El fundamento constitucional, la aplicación de la adecuación social tiene que conectar con la Constitución a la conducta que se pretende excluir del tipo penal, y, tercera: La legitimidad histórica, la conducta que se pretende calificar como socialmente adecuada tiene que ser una actividad permitida, consagrada por el uso históricamente, a veces forzando el marco, dice Günther Jakobs. A continuación demostramos como los tres límites se respetan en este caso: Comencemos por el límite carácter secundario, solamente el filtro de la adecuación social es el que permite explicar la regla social: “cambio del orden

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

constitucional-gobierno de facto-poder constituyente”, o sea necesariamente hay que trabajar con el filtro “adecuación social”, porque la falta de imputación objetiva aquí, radica en que los hechos del cinco de abril se basaron en una regla social; la regla social “cambio de orden constitucional, Gobierno de facto, Poder Constituyente”; el segundo límite, *el fundamento constitucional*, ¿cuál es el fundamento constitucional de esta regla social, que el pueblo cambia los órdenes constitucionales utilizando gobiernos de facto?, el artículo número ochenta y uno de la Constitución del año mil novecientos setenta y nueve establecía, y el artículo número cuarenta y cinco de la Constitución del año mil novecientos noventa y tres establece, que el poder emana del pueblo; el artículo número veintiuno - inciso tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público”; el artículo número uno - inciso uno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preceptúa: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en virtud de este derecho establecen libremente su condición política...”. El Poder Constituyente, como máxima expresión del poder del pueblo tiene reconocimiento constitucional; y finalmente el *límite de la legitimidad histórica*, - carácter secundario, fundamento constitucional, legitimidad histórica- ya se ha demostrado que nueve de las doce constituciones que ha tenido el Perú se crearon con la regla social: “ruptura del orden constitucional-gobierno de facto-poder constituyente-nuevo orden constitucional”. Hemos destacado que desde mil ochocientos sesenta y siete el pueblo ha aplicado esta regla de manera permanente, esto es, primero se rompe con el orden constitucional formal, se instituye un Gobierno de facto, se convoca al Poder Constituyente, y se crea el nuevo orden constitucional, con esta regla -repetimos- han sido creados todos los órdenes constitucionales ininterrumpidamente, desde mil ochocientos sesenta y siete; decíamos señor Presidente, señores Vocales Supremos, que invocamos dos razones, para establecer que el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no quitó la condición de Presidente de iure de Alberto Fujimori, primero, la falta de imputación objetiva, aplicando la regla de la “adecuación social”, y en segundo lugar, el consentimiento, que es lo que toca en este momento desarrollar, ¿por qué el consentimiento del titular del bien jurídico legitimó el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional?, lo *primero* que vamos a ver es el consentimiento como una causa de exclusión de la tipicidad, la causa de exclusión de tipicidad en el caso del consentimiento es la libertad de disposición del bien jurídico por su titular, garantizada por la Constitución, así lo

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

establece Claus Roxin, Günter Stratenwerth y José Hurtado Pozo; la libertad de acción o de disposición, sobre el bien jurídico, provoca que el consentimiento efectivo impida que la conducta encuadre en el tipo penal, así lo sostienen los mismos autores citados -Roxin, Stratenwerth y Hurtado Pozo-, que lo hemos graficado de la siguiente manera: *La libertad de acción o de disposición del bien jurídico genera consentimiento efectivo*, y donde hay consentimiento efectivo falta la tipicidad, justamente por ausencia de imputación objetiva, el consentimiento efectivo elimina la imputación objetiva, y por tanto la tipicidad del hecho; el comportamiento que se realiza con el consentimiento del titular del bien jurídico no lo lesiona, no puede ser típico, porque impide la verificación de la imputación objetiva, pues la acción cubierta con consentimiento eficaz no produce un riesgo jurídicamente desaprobado, la acción cubierta por consentimiento eficaz no produce un riesgo jurídicamente desaprobado, entonces lo que corresponde verificar acá, ya no es si el Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional se dictó sobre la base de una regla social disfuncional, lo que planteamos ahora es lo siguiente: ¿El Gobierno de Emergencia o Reconstrucción Nacional se hizo con el consentimiento eficaz del pueblo peruano, del titular del bien jurídico, orden constitucional?, para responder esta pregunta, hay que establecer cuales son los elementos del consentimiento, el artículo número veinte - inciso diez del Código Penal de mil novecientos noventa y uno dice “está exento de responsabilidad penal, el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”, del examen dogmático-jurídico de este artículo, podemos establecer los siguientes elementos del consentimiento, que graficamos de la siguiente manera: Primer elemento: Disponibilidad del bien jurídico, segundo elemento: Los sujetos, el agente y el consintiente, tercer elemento: El consentimiento válido, y para que haya consentimiento válido se respeta la forma y la oportunidad, esos son los elementos del consentimiento. Empecemos por el primer elemento: Disponibilidad del bien jurídico, el consentimiento se caracteriza por la renuncia a la tutela que la norma otorga al bien jurídico, repito, el consentimiento se caracteriza por la renuncia a la tutela que la norma penal otorga al bien jurídico, el consentimiento es la expresión de conformidad con la conducta del agente, que el consintiente o sea el titular del bien jurídico otorga, la disponibilidad sobre el bien jurídico es una capacidad legal, un poder de disposición reconocido por el ordenamiento jurídico; la *doctrina* señala que los bienes jurídicos individuales cuyo titular es la persona, son la regla general del objeto de consentimiento, esto no significa desconocer que existen bienes

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

jurídicos supra individuales, colectivos o institucionales, cuyo titular es la sociedad o el Estado, que también son materia de consentimiento, por ejemplo el orden constitucional cuyo titular es el pueblo, que puede disponer libremente de él a través del Poder Constituyente, el bien jurídico es el orden constitucional ¿quién es su titular? El pueblo, ¿puede el pueblo disponer del orden constitucional? Sí, a través del Poder Constituyente, que ya hemos visto que es absoluto, ilimitado, etcétera. La autora española María José Segura García, -siguiendo al maestro Antonio Quintano Repolles- señala como ejemplo de aplicación del consentimiento a bienes jurídicos supra individuales, precisamente el caso del orden constitucional y el delito de rebelión, pues la ley es la que reconoce al pueblo, el poder de disposición del bien jurídico mediante el Poder Constituyente; al no existir norma legal que indique expresamente a los bienes jurídicos disponibles, el examen de su naturaleza jurídica es el que permitirá determinar cual puede ser o no, objeto de consentimiento. El autor brasileño José Henrique Pierangeli, señala que para diferenciar cuándo el bien jurídico es disponible o indisponible, se tiene que investigar “las fuentes que regulan la disponibilidad, y entre dichas fuentes el examen de los usos y costumbres”; para la determinación de la disponibilidad o indisponibilidad del bien jurídico se tiene el siguiente método, primero, se tienen que examinar todas las ramas del derecho, los principios generales que forman la base del ordenamiento jurídico estatal, en segundo lugar, se tiene que considerar todas las fuentes de derecho, inmediatas o mediatas, desde la ley hasta la costumbre, y en tercer lugar, el bien jurídico es un elemento indispensable para determinar los hechos que corresponden sean encuadrados en el tipo penal, ese es el método que se sigue para saber si un bien jurídico es disponible o indisponible. Segundo elemento: Los sujetos, el agente y el consintiente -sujetos del consentimiento-, el agente es la persona o personas que realizan la conducta con el consentimiento justificado, en este caso el Presidente de la República, las fuerzas del orden, etcétera, el consintiente es el titular del bien jurídico, solamente este puede expresar el consentimiento válido, expresando su voluntad de aceptación del hecho o su renuncia a la protección legal. Tercer elemento: El consentimiento válido, el tipo permisivo del artículo número veinte - inciso diez, solamente exige respecto del consentimiento que sea válido, no se exige una forma y oportunidad específica, solamente se requiere que permita considerar a la expresión de voluntad de disposición del bien jurídico del consintiente, como válida; el consentimiento incluso puede ser tácito o expreso, siempre que sea claro, libre,

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

serio, determinado; Pierangeli, comenta un caso especial de consentimiento tácito, la llamada “tolerancia consuetudinaria” del titular del bien jurídico, en relación a determinados hechos, la tolerancia consuetudinaria, esto es, que a lo largo del tiempo el titular del bien jurídico, mantiene una posición de aceptación o de renuncia, respecto del bien jurídico. Apliquemos o verifiquemos los elementos del consentimiento en la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional: Primero, la verificación de la disponibilidad del bien jurídico “orden constitucional”, ¿es disponible el bien jurídico “orden constitucional” para que pueda operar el consentimiento eficaz?, el bien jurídico “orden constitucional” es el sistema constitucional, la organización y funcionamiento de las instituciones políticas fundamentales; el orden constitucional es un bien jurídico disponible, porque su titular es el pueblo a través del Poder Constituyente, el pueblo es el sujeto titular del Poder Constituyente supremo, es una manifestación del principio constitucional de la soberanía del pueblo, y graficamos (muestra diapositivas) de la siguiente manera: El pueblo es el que ejerce el Poder Constituyente, y a través del Poder Constituyente establece el orden y la organización del Estado, el artículo número cuarenta y cinco de la Constitución del año mil novecientos noventa y tres, artículo número ochenta y uno de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, el artículo número veintiuno - inciso tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo número uno - inciso uno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que el pueblo es el titular del bien jurídico “orden constitucional” al reconocerle el Poder Constituyente; Víctor García Toma, afirma que la titularidad del Poder Constituyente Originario corresponde a la pluralidad de personas, a quienes se les imputa o atribuye la decisión de establecer el texto fundamental del Estado, esto es, el pueblo; el constitucionalista argentino Jorge Reynaldo Vanossi, afirma que la titularidad del Poder Constituyente no es un problema jurídico sino ideológico, depende del sistema político que se elija, y en el caso de la democracia, el titular del Poder Constituyente es el pueblo no el partido, como lo sería en un orden estatal comunista; Jorge Xifra Heras, señala que conforme al principio de la soberanía nacional se atribuye el poder político o al pueblo, el pueblo mediante el Poder Constituyente dispone del orden constitucional, porque lo puede crear, modificar, suspender o cambiar, como ya se estableció al trabajar con al adecuación social, el Poder Constituyente Originario es el poder de establecer y fijar, las normas fundamentales relativas al ejercicio del poder político, *su objeto* es la fundación de un nuevo orden constitucional; Segundo: El

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

agente y el consintiente, los agentes fueron el Presidente de la República como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, los miembros de éstas que permitieron la constitución del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, el consintiente fue el pueblo peruano. Tercero: El consentimiento válido, ¿el pueblo peruano dio consentimiento válido, consentimiento eficaz, respecto a la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional?, el pueblo del Perú consintió que el Presidente Fujimori tome las medidas que llevaron a la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, y el consentimiento del pueblo peruano se prueba de la siguiente manera: A) La tolerancia consuetudinaria del pueblo, su consentimiento tácito a través de toda la historia de la República, que las constituciones del Perú se cambien a partir de un Gobierno de facto que convoca al Poder Constituyente, desde la Constitución de mil ochocientos sesenta, señor Presidente, señores miembros de este Supremo Tribunal Penal Especial, todos los cambios de orden constitucional en el Perú siguieron la misma regla, el pueblo peruano evidentemente expresó su consentimiento a través de la tolerancia consuetudinaria, incluso sería interesante preguntarse, si alguien podría asegurar si el pueblo peruano ha derogado esta regla actualmente, y ya no se va dar. B) La conducta que asumió el pueblo ante el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, en vez de calificarlo conforme al artículo número ochenta y uno de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, como un gobierno usurpador, y ejercer el derecho de insurgencia, desobedeciéndolo y enfrentándolo, lo consideró un gobierno legítimo, lo aceptó y obedeció, este es un punto muy importante, la Constitución establece que finalmente el pueblo -una especie de pre-judicialidad constitucional- es el que finalmente establece, si el Gobierno de facto es un gobierno usurpador o es un gobierno válido; el artículo número ochenta y uno de la Constitución del año mil novecientos ochenta y nueve decía, que frente a la ruptura del orden constitucional, debía el pueblo insurgir, revelarse frente al usurpador, pero en cambio ¿el pueblo del Perú que hizo el cinco de abril? Lo considero legítimo, lo aceptó y obedeció; el pueblo ante un gobierno usurpador, esto es, instaurado contra su voluntad -porque finalmente eso es un gobierno usurpador, un gobierno que se instaura contra la voluntad del pueblo- tenía el derecho de insurgencia, el derecho de desobediencia civil, el de resistencia, incluso podía pacíficamente sin necesidad de enfrentamientos dejar de pagar impuestos, no votar, etcétera, la resistencia pacífica, sin embargo el pueblo peruano no calificó al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional como

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

usurpador, en consecuencia no lo desobedeció, no lo enfrentó, no insurgió desobedeciéndolo o resistiéndolo, por el contrario como se vuelve a insistir, se conformó con su instauración y acudió a sus llamamientos. Me he permitido graficar, ¿cuál es el mecanismo para calificar?, ¿dónde hay un gobierno legítimo, y dónde hay un gobierno usurpador, tratándose de un Gobierno de facto?, ¿cuándo el Gobierno de facto es legítimo y cuándo el Gobierno de facto es usurpador?, y eso no lo dice una sentencia, jamás lo va decir una sentencia, eso lo dice el pueblo, si el pueblo considera que el gobierno es legítimo cumple con el deber de obediencia, en cambio si el pueblo considera que el gobierno es usurpador, que es un gobierno que está contra su voluntad ejerce el derecho de insurgencia, ejerce el derecho de desobediencia civil, ejerce el derecho de resistencia legal, ¿cuál de estos derechos ejerció el pueblo, por qué opción optó el pueblo peruano, frente al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, por considerarlo un gobierno legítimo y obedecerlo, o por considerarlo un gobierno usurpador y ejercer la insurgencia, la desobediencia civil, o la resistencia legal?. Otra prueba que el pueblo peruano consintió, C) Es la indiferencia o rechazo, frente a los integrantes del Congreso de mil novecientos noventa a mil novecientos noventa y uno, éste Congreso -como decíamos hace un momento- vacó al Presidente Fujimori por incapacidad moral, nombró al Ingeniero Máximo San Román como Presidente del Perú, ¿esos dos actos tuvieron virtualidad real? Ninguna. D) El consentimiento del pueblo peruano para el cambio del orden constitucional a través del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional fue válido, porque cumplió con el único requisito que se le puede exigir al Poder Constituyente, la legitimidad de quien lo ejerce, en este caso el mismo pueblo por intermedio del Congreso Constituyente Democrático; al consentimiento que esa expresión del Poder Constituyente Originario, no se le puede exigir forma u oportunidad, o sea, eso que existe en la doctrina, que el consentimiento tiene que ser anterior, y que el consentimiento que es posterior al hecho no tiene efectos de justificación, eso que establece la doctrina penal no es aplicable al Poder Constituyente porque el Poder Constituyente es ilimitado, el mismo García Toma admite que el Poder Constituyente no tiene límite jurídico alguno, la validez del consentimiento que exige el artículo número veinte - inciso diez del Código Penal se verifica mediante *dos hechos*, el pueblo conforme a la Teoría del Poder Constituyente legitimó al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; el Congreso Constituyente a través de la Ley Constitucional número uno, del seis de enero de mil novecientos noventa y tres,

YANET GARAZAS GARAY

Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Gala Penal Especial de la Corte Suprema

publicada el nueve de enero del mismo año, estableció que Alberto Fujimori Presidente de la República elegido en mil novecientos noventa en actual ejercicio, es el Jefe Constitucional del Estado, y personifica a la nación. El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, esto es importante, porque hay que sopesar bien qué es una ley constitucional, se tiene claramente que es una ley ordinaria, se tiene claramente que es la Constitución, que es un decreto legislativo, que es un decreto ley, pero no se ha doctrinado lo suficiente sobre lo que es una ley constitucional. El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, mediante Decreto Ley número veinticinco mil seiscientos ochenta y cuatro, determinó que el Congreso Constituyente Democrático tuviera tres funciones: Uno, constituyente, dos, legislativa, y tres, fiscalizadora, o sea, el Congreso Constituyente Democrático tuvo tres funciones, función constituyente, función legislativa, y función fiscalizadora; el Congreso Constituyente Democrático es una de las pocas asambleas constituyentes que ejerció las dos clases de Poder Constituyente: El Originario y el Derivado; aquí una notable diferencia con el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, que conforme al Decreto Ley número veintiún mil novecientos cuarenta y nueve del cuatro de julio de mil novecientos setenta y ocho, convocó a una Asamblea Constituyente pero sólo le dio la función constituyente, el gobierno militar retuvo la función legislativa y de fiscalización. El Congreso Constituyente Democrático mediante Ley Constitucional de normas legales aprobadas por el Congreso -así se llamaban- del quince de enero de mil novecientos noventa y tres, en un artículo único estableció que el CCD dictaría tres clases de normas, y aquí la clave de este argumento, según esta ley constitucional el CCD daría tres clases de normas, -textualmente- “artículo único: Las normas legales que apruebe el Congreso Constituyente Democrático son: Uno, leyes constitucionales de igual rango que la Constitución; dos, leyes; y tres, resoluciones legislativas”, o sea, el Congreso Constituyente Democrático daba tres tipos de leyes, leyes constitucionales, leyes ordinarias y resoluciones legislativas; Primero: Las leyes constitucionales fueron expresión del Poder Constituyente, y aquí lo más importante, las leyes constitucionales forman parte de la Constitución, todas las leyes constitucionales que dio el CCD integraron la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, por eso, cuando en la ley constitucional el CCD dice “Alberto Fujimori es Presidente del Perú” dice “Alberto Fujimori Presidente de la República, elegido en mil novecientos noventa, en actual ejercicio, es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la nación”, esa ley no rige a partir del

YANET CARAZAS GARAY

Secretaría

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

seis de enero de mil novecientos noventa y tres, para decir “en julio de mil novecientos noventa y dos entonces era un gobernante de Facto” porque se trata de una ley constitucional, y la ley constitucional por una ficción jurídica se integra a la Constitución, por tanto, la ley constitucional es parte de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, entonces, esa declaración que hace el Poder Constituyente a través del CCD “Fujimori Presidente Constitucional del Perú” rige para todos los años de ese periodo de gobierno que tuvo, o sea, en el mes de julio de mil novecientos noventa y dos Alberto Fujimori era Presidente Constitucional del Perú, y lo era porque así lo determinó el pueblo a través del Poder Constituyente, mediante la Ley Constitucional número uno, el problema es darle el significado que tiene una ley constitucional, por eso recordar esta norma que cada vez desaparecen más del SPIJ (Sistema Peruano de Información Jurídica), cada vez es más difícil encontrar las leyes constitucionales en el SPIJ, esta ley constitucional del quince de enero de mil novecientos noventa y tres que dice “Las normas legales que apruebe el Congreso Constituyente Democrático son las siguientes: Leyes constitucionales de igual rango que la Constitución política, por eso cuando se estudia la doctrina del derecho constitucional se establece claramente que las leyes constitucionales, las leyes que da el Poder Constituyente, sólo pueden formar parte de la Constitución vigente, no tienen otra ubicación, una ley constitucional es distinta a una ley ordinaria, no puede formar parte del Código Penal o del Código Civil, las leyes constitucionales sólo forman parte de la Constitución, no son como las leyes ordinarias, puede haber un Código Penal y puede haber una ley penal especial, existe el Código Penal y existe la ley penal de lavado de activos, o sea no todas las leyes penales tienen que estar en el Código, pero las leyes constitucionales sólo pueden estar en la Constitución, no hay leyes constitucionales aparte de la Constitución, por eso es que la ley constitucional dice expresamente “las leyes constitucionales tienen rango de norma constitucional”, entonces la ley que declara a Alberto Fujimori Presidente Constitucional del Perú, formaba parte de la Constitución de mil novecientos sesenta y nueve, por eso es imposible que cometa rebelión, por eso es imposible que sea gobernante de facto, porque el pueblo del Perú determinó mediante el Poder Constituyente que él era Presidente Constitucional, aun después del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos; y algo que es muy importante, ¿podría un Tribunal de la República incluso el Tribunal Constitucional del Perú, inaplicar la Constitución?, ¿podría desconocerse la ley constitucional que declaró al Ingeniero Alberto Fujimori

YANET CARAZAS GARAY

Secretaria

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Fujimori Presidente Constitucional del Perú, para decir “no, en julio de mil novecientos noventa y dos no era Presidente Constitucional era un Presidente de Facto”?, el único mecanismo que tienen los magistrados es el control difuso, y sólo se aplica respecto a leyes ordinarias, y el Tribunal Constitucional tiene el control concentrado, sólo se aplica respecto a leyes ordinarias, por eso cuando el doctor Borea presentó su acción para que se deje sin efecto la Constitución de mil novecientos noventa y tres le dijeron “no podemos, dejaríamos de existir”, por eso es que sostenemos que Alberto Fujimori Fujimori tenía la misma calidad presidencial en el mes de noviembre de mil novecientos noventa y uno y en el mes de julio de mil novecientos noventa y dos, esto es importante -para ir terminando- por lo siguiente: la fiscalía ha planteado en su tesis de acusación que Alberto Fujimori siendo Presidente del Perú, implementó políticas antisubversivas de facto, que es el tema que vamos a desarrollar con posterioridad, para ver si eso es posible o no, si es posible que un Presidente de la República dicte políticas de facto, haciéndonos la pregunta que nos hacíamos al inicio, ¿si un juez puede dictar una sentencia de facto en el ejercicio de su cargo?; en conclusión: Alberto Fujimori Fujimori durante los años mil novecientos noventa y uno y mil novecientos noventa y dos fue Presidente de la República de acuerdo a la Constitución, en la Constitución estaban las potestades militares de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, en la Constitución estaba cual era su rol en el Sistema de Defensa Nacional, en la Constitución estaba como podía dictar una política antisubversiva, y ese camino es tan válido para el “Caso Barrios Altos, como para el “Caso Cantuta”, porque el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos no significó que pierda su condición de Presidente Constitucional del Perú, por las razones expuestas en esta intervención. Señor Presidente, si me lo permite estaríamos terminando la intervención correspondiente a esta sesión.-----

En este Estado, estando al pedido formulado por el señor abogado defensor del acusado, el doctor César Nakasaki y a la hora, el Tribunal DISPONE LA SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA PARA SER CONTINUADA EL DÍA LUNES NUEVE DE MARZO PRÓXIMO A HORAS NUEVE DE LA MAÑANA, fecha en la que se continuará con los alegatos finales de la defensa del acusado; dándose por notificadas las partes, ante mi doy fe.-----

San Martín

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema