

PARTE TERCERA

FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES

CAPÍTULO I

DELITOS COMETIDOS

§ 1. *El delito de secuestro agravado: Gorriti Ellenbogen – Dyer Ampudia.*

678°. El señor fiscal supremo en su acusación fiscal de fojas veintidós mil setecientos cincuenta tipifica los hechos referidos a los casos conocidos como “Sótanos SIE” en el delito de secuestro agravado, previsto y sancionado en el artículo 152°, inciso 1), del Código Penal vigente, en atención al trato cruel y humillante sufrido por los agraviados Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia.

1. El delito en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen se produjo en la madrugada del día seis de abril de mil novecientos noventa y dos y cesó, al ser puesto en libertad, el día siete de abril en horas de la mañana. Dicho agraviado, previa incursión a su domicilio, fue privado de su libertad por efectivos militares y del SIE fuertemente armados, ocasión en que se le sustrajo sus pertenencias de trabajo –computador personal y documentación diversa–. Acto seguido –sin comunicación previa ni información del procedimiento que se seguiría en su contra y en un contexto de interrupción del sistema democrático– se le trasladó coactivamente a las instalaciones de esta última dependencia militar donde fue ingresado con todo sigilo a los sótanos en los que existían ambientes de reclusión. En horas de la madrugada del día siguiente fue remitido a la Prefectura de Lima, a cargo de la Dirección de Seguridad del Estado de la Policía Nacional, donde finalmente obtuvo su libertad, no sin antes dar lugar a una fuerte presión internacional por su condición de periodista, en atención a que tomó las precauciones necesarias, inmediatamente antes de la privación de libertad de que fuera víctima, para comunicar lo ocurrido al diario El País de España, del que era corresponsal, y poner en ejecución las medidas de salvaguarda correspondientes a su condición de periodista.

2. El delito en agravio de Samuel Dyer Ampudia se perpetró el día veintisiete de julio de mil novecientos noventa y dos y cesó el cinco de agosto de ese año. El citado agraviado, sin orden judicial ni precisión formal de cargos, fue conducido coactivamente y sin una información previa, violando las reglas del procedimiento regular, a los calabozos del SIE. En ese lugar tampoco se le comunicó formalmente los cargos en su contra. El primer día fue amenazado con armas de fuego y se le tildó de terrorista. Estuvo cuatro días en una habitación muy pequeña y porque se declaró en huelga de hambre fue trasladado a otra habitación. Recién el día treinta de julio fue investigado formalmente por terrorismo pero insólitamente siguió privado de

su libertad en las instalaciones del SIE, y pese a que el tres de agosto la DINCOTE comunicó su inocencia continuó privado de su libertad sin justificación ni explicación alguna, hasta el cinco de agosto en que pudo fugarse con apoyo interno de desconocidos.

679°. Los dos hechos en cuestión sucedieron cuando estaba vigente el texto original del artículo 152°, inciso 1), del Código Penal de mil novecientos noventa y uno. La indicada norma establecía lo siguiente: *“El que, sin derecho, priva a otro de su libertad personal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.– La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años cuando: 1. El agente [...] trata con crueldad o pone en peligro la vida o la salud del agraviado”*. El sub tipo agravado en cuestión fue modificado, en cuanto a la pena, por la Ley número 26630, del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis, que la fijó en privación de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Esa misma pena ha sido prevista en la penúltima modificación del sub tipo agravado, establecida por la Ley número 27472, del cinco de junio de dos mil uno –que en lo que respecta al tipo básico adicionó la expresión: *“El que sin [...] motivo ni facultad justificada”*–. Por último, mediante la Ley número 28760, del catorce de junio de dos mil seis, y el Decreto Legislativo número 982, del veintidós de julio de dos mil siete, se agravó la pena a privación de libertad no menor de treinta años.

Es evidente que en los casos de los agraviados Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia, la norma objeto de aplicación es la originaria, vigente cuando se cometió el delito materia de acusación. Las demás normas modificatorias, por ser agravatorias, no son de aplicación en virtud del principio de *irretroactividad de la ley penal no favorable*. Rige lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 6° del Código Penal, que a la letra dice: *“La ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales”*.

680°. El delito de *secuestro* tutela, como bien protegido, la libertad ambulatoria o libertad de movimiento, que no es sino la facultad que tiene el sujeto pasivo de poder fijar libremente su situación en el espacio, trasladándose o permaneciendo en un lugar deseado⁹⁵⁹.

El tipo básico, desde la *tipicidad objetiva*, requiere que el agente prive, sin derecho, sin motivo, ni facultad justificada para ello, la libertad personal de la víctima.

⁹⁵⁹ Conforme: DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO [*Derecho Penal Español – Parte Especial*. Manuel Cobo del Rosal (Coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 773]. A la libertad del sujeto de trasladarse de un lugar a otro, a la libertad de movimientos en el espacio, alude la doctrina nacional [BRAMONT ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO / GARCIA CANTIZANO, MARIA DEL CARMEN: *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Cuarta Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, página 186. PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo I, Ediciones jurídicas, Lima, 1992, página 479. VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal - Parte Especial*, Tomo – IB, Editorial San Marcos, Lima, 1998, página 112. SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Derecho Penal - Parte Especial*, Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, página 438].

1. El *sujeto activo* puede ser cualquier persona, incluyendo al funcionario público.
2. Respecto de la *materialidad típica* del injusto en cuestión se requiere que se prive a una persona de la facultad de movilizarse de un lugar a otro –de decidir el lugar donde quiere estar o no estar–, aún cuando se le deje cierto ámbito de desplazamiento que la víctima no puede físicamente traspasar, configurándose el delito precisamente por la existencia de tales límites impeditivos⁹⁶⁰. En similares términos se ha pronunciado la Ejecutoria Suprema del nueve de junio de dos mil cuatro, número 975–2004/San Martín. La privación de libertad puede producirse, indistintamente, por diversos medios, y puede concretarse por diversas formas. Es indispensable, eso sí, que el agente actúe al margen del Derecho, lo que comprende todos aquellos casos de exceso en el ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, así como que el comportamiento en cuestión se realice sin el consentimiento del sujeto pasivo.
3. El *elemento normativo* del tipo legal es la ilegalidad intrínseca de la privación de libertad; dice el artículo 152°, primer párrafo, del Código Penal: “...sin derecho, motivo ni facultad justificada”. Se exige que no medie consentimiento del sujeto pasivo y que se trate de una imposición no justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación, al darse situaciones de hecho o de derecho que condicionan su existencia, o porque existiendo ellas, el agente priva de la libertad de modo abusivo: más allá de la necesidad justificada o por medio de procedimientos prohibidos por la ley⁹⁶¹.

681°. No hay duda que el agraviado GORRITI ELLENBOGEN fue privado de su libertad por un grupo de intervención militar, cuyos efectivos, en el contexto de un golpe de Estado, incursionaron en su domicilio –otro grupo, que llegó en un camión portatropas rodearon la cuadra donde se encontraba el predio– y coactivamente lo condujeron a los sótanos del SIE, donde se le encerró e incomunicó por más de veinticuatro horas. Está probado igualmente que esa acción fue llevada a cabo por efectivos militares en los marcos de una medida más amplia de definida alteración inconstitucional de los poderes públicos, que incluso importó la privación ilegítima de la libertad de numerosos ciudadanos y políticos. Los atacantes estaban de civil, pero con armamento de guerra –que el agraviado identificó como AKM con silenciador–, no se identificaron, no permitieron que la víctima fuera reconocido o visto por terceros, incluso por los militares que custodiaban el acceso al Cuartel General del Ejército, ni le dieron razón de los motivos de la privación de libertad ni le indicaron clara y satisfactoriamente dónde lo llevarían.

1. Es evidente, en estas condiciones, que se carecía de derecho, motivo razonable o facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para privar de su libertad a un ciudadano que no había cometido delito. La destrucción del Estado de Derecho que significó la instauración del

⁹⁶⁰ ROY FREIRE, LUIS EDUARDO: *Derecho Penal Peruano – Parte Especial*, Tomo II, Editorial EDDILI, Lima, 1986, página 266.

⁹⁶¹ CREUS, CARLOS: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, páginas 277 y siguiente.

denominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, por su propia naturaleza subversiva del orden constitucional –bien jurídico colectivo de primer nivel–⁹⁶², no puede erigirse en motivo suficiente desde el Derecho penal para justificar o, en todo caso, exculpar una rebelión y los secuestros que se suscitaron para “consolidar” el nuevo régimen dictatorial.

2. No sólo no existía una *situación de necesidad* –los peligros o riesgos derivados de los ataques del terrorismo podían y debían ser enfrentados y vencidos en democracia–, sino que *el peligro* para la sociedad y el Estado que representaba el terrorismo *era y podía ser evitado de otro modo* –no cabía sacrificio tanto del Estado de Derecho ni de la libertad personal de los ciudadanos–, más aún si –como ha quedado demostrado– no existía el alegado equilibrio estratégico entre el Estado y las organizaciones terroristas. La acción que se realizó: destrucción de las instituciones constitucionales y privación de la libertad personal del agraviado –entre numerosas personas afectadas con motivo o a propósito del golpe de Estado–, no era necesaria, pues existían otros medios menos lesivos para evitar el mal que amenazaba. Además, no concurría un *interés protegido* –subsistencia del Estado constituido– que pueda estimarse esencialmente superior a la vigencia del régimen democrático y de las libertades que ése garantizaba. No se estaba, por consiguiente, frente a la salvaguarda de intereses legítimos –sin duda, la instauración de un régimen de emergencia, al margen y contra la Constitución, no constituye interés legítimo alguno–, y menos para vulnerar bienes jurídicos de máxima protección, como la libertad de inocentes ajenos por completo a la violencia terrorista, y declarar en esa medida la impunidad de conductas incompatibles con los postulados inspiradores del Estado de Derecho.

3. La delictuosidad de las conductas relacionadas con el golpe de Estado ha sido establecida por el Tribunal Constitucional. En la STC número 0014–2003–SI/TC, del diez de diciembre de dos mil tres, no sólo destaca que los acontecimientos del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos constituyeron un golpe de Estado y la instauración de una dictadura, sino que invocando el artículo 81° de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, afirma que constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional [Fundamento Jurídico sexto]. Asimismo, en las SSTC número 010–2002–AI/TC, del tres de enero de dos mil tres, Fundamento Jurídico tercero, y 0014–2002–AI/TC, del veintiuno de enero de dos mil dos, Fundamento Jurídico quincuagésimo segundo, se precisa que si bien se

⁹⁶² El bien jurídico protegido en el delito de rebelión es el orden constitucional, entendido como la organización y funcionamiento normal de las instituciones políticas fundamentales, o en otros términos, la organización democrática del Estado [MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 752. VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 802]. Este delito está caracterizado por la finalidad que persigue la conducta de los agentes: levantarse en armas con el objetivo de quebrantar las leyes y autoridades legítimamente constituidas, afectando la organización política del país. Es un delito común o de dominio, de carácter pluriofensivo, de peligro concreto, y de agentes activos plurales –delito de convergencia–, en el que el sujeto pasivo siempre es el Estado como titular del bien jurídico.

encuentra vigente la Constitución de mil novecientos noventa y tres, ello no impide que contra los golpistas del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307° de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país.

4. La exigencia del castigo para quienes perpetraron el golpe de Estado está reconocida por la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, bajo cuya vigencia tuvo lugar, y por lo demás –es de insistir– ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional. Ello importa, desde el Derecho penal, consecuencias adicionales, siendo la más notoria la imposibilidad de alegar causas de atipicidad por falta de imputación objetiva, justificación o de inculpabilidad –adecuación social y consentimiento– que puedan eximir de sanción bajo el argumento de un supuesto peligro a la supervivencia del Estado, de su régimen político y de la sociedad por la acción terrorista o, en todo caso, bajo consideraciones *ex post* radicadas en la coyuntural aprobación ciudadana a esas acciones, que a final de cuentas implicaron la instauración de una dictadura [fundamento jurídico sexto de la STC número 0014–2003–AI–TC], inaceptables desde todo punto de vista⁹⁶³. En consecuencia, los actos realizados para consolidar la ruptura del orden institucional, tales como la privación de libertad de ciudadanos, pueden y deben ser sancionados penalmente bajo el tipo legal de secuestro.

5. La vulneración del régimen democrático por quien era Presidente de la República, en unas condiciones en que éste, con su sistema de pesos y contrapesos, estaba funcionando y ni siquiera se había puesto en tela de juicio el ejercicio del poder por el ciudadano que había sido elegido por la ciudadanía, sin que haya sido, al menos, convocada para una reforma a través de métodos y pautas propias de una democracia, no puede calificarse de una conducta socialmente adecuada como alega la defensa. Por lo demás, **(i)** un golpe de Estado no constituye un comportamiento practicado por la mayoría de los ciudadanos ni puede calificarse de “corriente” en el ámbito social, pues se trata de un acto de fuerza de determinados agentes –en gran medida vinculados a los aparatos de seguridad del Estado y con relevante poder político–, siempre de carácter sorpresivo y contrario a las reglas del debate institucional democrático; y, **(ii)** el tipo legal de rebelión no está redactado con excesiva amplitud ni extiende en demasía el ámbito de prohibición, que exige una interpretación restrictiva para no incluir dentro de sus supuestos determinadas conductas violentas contra el orden constitucional.

⁹⁶³ En el plano del Estado social y democrático de derecho –así consagrado por las Constituciones de mil novecientos setenta y nueve y mil novecientos noventa y tres: artículos 79° y 43°–, como apunta MUÑOZ CONDE, no es posible admitir ningún ataque a las bases fundamentales del régimen constitucional fuera de las vías legales y mucho menos mediante un alzamiento violento y público [*Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 755].

6. Los hechos que determinaron la ejecución del golpe de Estado, asimismo y pese a la alegación de la defensa, tampoco pueden estar comprendidos dentro del ámbito de eficacia del consentimiento (artículo 20°. 10 del Código Penal)⁹⁶⁴. Cuando el tipo legal, como en este caso, protege un bien jurídico colectivo –en los delitos contra la colectividad–, que trasciende la voluntad de un individuo o grupo de individuos –la protección a la persona y sus bienes opera de manera indeterminada–, es evidente que el consentimiento de éste o éstos no excluye la tipicidad del acto⁹⁶⁵; el bien jurídico no es disponible al dirigirse a la comunidad. Por otro lado, el consentimiento, de existir, debe ser prestado con anterioridad o al momento de la acción, nunca con posterioridad; en el caso del golpe de Estado, más allá de la relevancia que puedan tener las encuestas de opinión o el resultado de votaciones producidas tiempo después del hecho en cuestión, es claro que si el perjudicado hubiera manifestado su conformidad con lo sucedido, no hace sino perdonar al agente por lo que ha realizado, lo que de ninguna manera excluye la tipicidad⁹⁶⁶.

682° La defensa del acusado Fujimori Fujimori, como sustento de su pretensión absolutoria por insuficiencia de pruebas, como primer tema, propuso la significación jurídica de la instauración del denominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, a partir de la cual afirmó que su instauración no hizo perder al acusado Fujimori Fujimori su condición de presidente *de iure* porque los acontecimientos del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos no constituyeron delito de rebelión – es imposible, en estas condiciones, como plantea la acusación, que se puedan dictar políticas de facto–, no obstante que como jefe supremo de las FFAA dispuso su levantamiento en armas para modificar el orden constitucional disolviendo las principales instituciones públicas.

Ya se ha analizado, y rechazado, la tesis de la ausencia de imputación objetiva por adecuación social y consentimiento. Sin embargo, cabe referirse a un dato añadido incorporado por la defensa del acusado, según el cual “*el pueblo peruano reconoció la validez y eficacia del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*”. Sobre esa base se

⁹⁶⁴ **Artículo 20° del Código Penal.** *Está exento de responsabilidad penal: 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición*”.

⁹⁶⁵ Debe tratarse de un bien jurídico que esté protegido exclusivamente en interés individual [STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho Penal Parte General I*, Cuarta Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, página 213]. En los delitos contra la comunidad, como insisten COBO DEL ROSAL - QUINTANAR DIEZ, se niega toda eficacia, pues “...la voluntad colectiva de los ciudadanos se manifiesta por medio de la Ley, y fuera de ella ningún acto realizado por cualquier autoridad o funcionario puede estimarse como manifestación de la voluntad comunitaria. Las Leyes expresan, y por lo general, de forma terminante, la conducta que la comunidad está dispuesta a “consentir”. Por ello, un “consentimiento” comunitario, respectivo de una conducta que infrinja la Ley es, según se ha dicho, inimaginable” [COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho Penal Parte General*, obra citada, páginas 492-493]. En consecuencia, se niega la posibilidad de consentimiento, *primero*, porque no se tiene libre disposición del bien; y, *segundo*, porque al ser colectivo ese bien jurídico le pertenece a todos, nadie puede ser titular individualmente de un bien jurídico colectivo; nadie es dueño de algo que le pertenece a todos.

⁹⁶⁶ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal Parte General I*, obra citada, página 502.

señaló que el Congreso Constituyente Democrático, en ejercicio de su poder constituyente originario, a través de la Ley Constitucional del seis de enero de mil novecientos noventa y tres, artículo 3°, estableció que *"El presidente de la República elegido en mil novecientos noventa en actual ejercicio es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la Nación"*, disposición que por su propia naturaleza, en función al órgano de la que dimana, es de imposible inaplicación, y que en todo caso reflejaba una regla social aplicada y aceptada por la colectividad nacional.

683°. Este planteamiento, es, asimismo, rechazable. Los motivos son los siguientes:

1. Es cierto que los golpes de Estado existen y tienen consecuencias jurídicas –teoría de la *continuidad*, sustentada en razones de seguridad jurídica–, de suerte que los Decretos Leyes que se dictan mantienen su vigencia y la nueva Constitución que surge tras el golpe de Estado instaura las reglas destinadas a volver a una situación de normalidad –sin que a ello tampoco sea de rigor afirmar, como lo hace la STC número 0014–2003–AI/TC, párrafo 6, que quien impulsó la creación de la Constitución de mil novecientos noventa y tres carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento–. Empero, ello no significa que la Constitución los reconozca y legitime –menos que se deduzca que por su pertenencia al ordenamiento jurídico desaparezca su ilegitimidad de origen y del régimen que los expidió–, al punto que la Constitución de mil novecientos setenta y nueve quiso ser muy explícita para evitar los golpes de Estado y sancionar a los que lo promuevan. La real perpetración de un golpe de Estado, en todo caso, dio lugar como consecuencia de la crisis institucional que generó y debido a la presión internacional a la convocatoria a elecciones para el denominado Congreso Constituyente Democrático –en adelante, CCD–, a través del Decreto Ley número 25684.

2. El artículo 138° del citado Decreto Ley, en su inciso a), estableció un marco definido al CCD en orden a su poder constituyente. Debía fijar la nueva estructura, carácter y composición del futuro Poder Legislativo, lo que importaba reconocer que el marco de referencia –conjuntamente con las labores legislativas y de fiscalización que también le reconoció– era la Constitución de mil novecientos setenta y nueve.

3. El CCD, sin embargo, dictó, primero, la Ley Constitucional del seis de enero de mil novecientos noventa y tres, que no sólo declaró la vigencia de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, sino que además dejó a salvo los Decretos Leyes expedidos por el Poder Ejecutivo, y declaró que el acusado era el jefe constitucional del Estado y personifica a la Nación; y, segundo, la Ley Constitucional del once de enero de ese mismo año, que facultaba al CCD a dictar las denominadas "Leyes Constitucionales".

4. Esas normas, que reclamaban jerarquía constitucional, no la tienen porque carecían de sustento en la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, que era su marco de referencia –evidenciaban, por tanto, una clara inconstitucionalidad formal–. Además, según sus disposiciones, tenían vicios materiales, pues no podían convertir en "constitucional" algo que no lo era: desconocer el golpe de Estado y proclamar al rebelde como Presidente Constitucional, estatus que perdió al promover precisamente el golpe de

Estado –tal ha sido la precisión que en su día afirmó el Tribunal Constitucional–. Asimismo, resultaba contradictorio declarar por un lado la vigencia de la Constitución, y a la vez mantener la plena vigencia de los Decretos Leyes dictados por el gobierno de facto. Su rol fue, en todo caso, tratar de dar visos de legalidad a actuaciones efectuadas al margen de la Constitución y para ratificar la vigencia de normas inconstitucionales, plasmando un modelo autoritario de gobierno⁹⁶⁷.

5. La STC número 00014–2002–AI/TC, del veintiuno de enero de dos mil dos, párrafos 18 b) y 29, estableció que el estatus de Presidente Constitucional de la República lo perdió el acusado Fujimori desde el cinco de abril de mil novecientos noventa y dos. La STC número 00010–2002–AI/TC, del tres de enero de dos mil tres, se pronunció sobre los alcances de la convalidación de los Decretos Leyes por una Ley Constitucional; en el párrafo 19 anotó que la convalidación no significa que su contenido haya quedado “constitucionalizado” ni que no se pueda intentar reforma legislativa sobre ellas una vez disuelto el CCD, o, a su turno, que hayan quedado inmunes a un control posterior –es una simple declaración de pertenencia al ordenamiento jurídico nacional pese a su origen espurio, lo que no es sinónimo de validez [párrafo 20]–. Por último las SSTC número 00014–2002–AI/TC y 050–2004–AI/TC, han reconocido que el proceso de reforma en un sistema constitucional que define el carácter constitucional del Estado reconoce límites materiales en sus principios supremos, entre los que está el sistema democrático de gobierno –régimen político y forma de Estado– y los derechos inviolables del ser humano.

En atención a lo expuesto es de concluir que el golpe de Estado importó no sólo la instauración de una dictadura e hizo perder el estatus de Presidente Constitucional al acusado, sin que las denominadas Leyes Constitucionales –plenamente controlables en un Estado Constitucional– puedan alterar esa realidad dada sus notorios vicios de forma y fondo. La pérdida de ese estatus y la necesidad de su sanción ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC número 014–2003–AI/TC, párrafo 18, del diez de diciembre de dos mil tres, a la vez que los filtros aducidos de adecuación social y consentimiento para negar la tipicidad del acto rebelde no son de aplicación al *sub lite*.

684°. La defensa, por otro lado, considera que el hecho acusado, de privación de libertad de los agraviados Gorriti Elenbogen y Dyer Ampudia, no constituye delito de secuestro, sino de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal. Estima que el secuestro es cometido por un particular o por un funcionario que no ejerce el cargo –fuera del ejercicio del cargo– y sin derecho priva a otro de la libertad ambulatoria, mientras que el delito de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal se comete cuando el funcionario público priva a otro de su libertad abusando de su potestad de detener, quebrando las garantías del detenido. Agrega

⁹⁶⁷ ABAD YUPANQUI, SAMUEL; GARCÉS PERALTA, CAROLINA: *El gobierno de Fujimori: antes y después del Golpe*. En: AAVV, Comisión Andina de Juristas: *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución, Lecturas sobre Temas Constitucionales 9*, Lima, 1993, página 188.

que el Código Penal peruano mantiene un sistema diferenciador, en oposición al sistema de agravación o calificación. El artículo 152° sólo criminaliza a los particulares –no consideró al funcionario como autor de secuestro agravado–, y el artículo 376° –de naturaleza subsidiaria– se aplica a todas aquellas conductas cometidas por funcionarios públicos cuando no pueda utilizarse un específico tipo legal funcional.

685° Es de rechazar este planteamiento por lo siguiente:

1. Existen diferencias marcadas entre el anterior Código Penal y el vigente Código Penal. El Código sustantivo de mil novecientos veinticuatro contempló, de un lado, en la Sección Quinta –delitos contra la libertad–, Título I –delitos contra la libertad individual–, la figura del secuestro, prevista en el artículo 223° [*“El que sin derecho privara a otro de cualquier manera de su libertad personal...”*], sin hacer referencia a la calidad del funcionario público del posible autor para instituir una agravante específica; y, de otro lado, en la Sección Décima Cuarta –delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales–, Título I –abuso de autoridad–, la figura de la detención ilegal prevista en el inciso 1) del artículo 340° del Código Penal [*“El funcionario público que ilegalmente privara a alguien de su libertad personal”*]. El Código Penal vigente si bien mantuvo los mismos lineamientos en el delito de secuestro [el tipo de secuestro se concibió como un delito de sujeto activo indeterminado y no se instituyó un agravante por la calidad funcional del agente], no reprodujo en cambio el tipo legal de detención ilegal por un funcionario público; es decir, no contempló en su Sección I –abuso de autoridad– del Capítulo II –delitos cometidos por funcionarios públicos– del Título XVIII –delitos contra la Administración Pública– un supuesto similar al artículo 340°.1 del Código anterior [más allá que el bien jurídico, en estos casos, es de naturaleza compleja, al privar de la libertad un funcionario público está lesionando fundamentalmente la confianza del Estado mediante el incumplimiento de deberes]. Es de aclarar que el Código Penal vigente sólo comprende, como modalidad del delito de prevaricato [Sección I –delito contra la función jurisdiccional– del Capítulo III –delitos contra la Administración de Justicia–], la figura de la detención ilegal o arbitraria del juez –delito especial propio– que, en los marcos de un proceso jurisdiccional, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar (artículo 419° del Código Penal).

2. Ello quiere decir que la configuración jurídico penal de la privación arbitraria de la libertad de una persona por un funcionario o servidor público, en tanto mero acontecimiento de hecho fuera de los cauces de un procedimiento jurisdiccional, a partir del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, no constituye un tipo legal autónomo. La regulación del Código no traduce una doble sistematización que distingue entre las conductas que inciden en la privación de libertad según la condición del sujeto activo. La condición funcional del agente no representa, en principio, ni un privilegio ni una agravación específica⁹⁶⁸. En consecuencia,

⁹⁶⁸ Recién mediante la Ley número 26758, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete –que introdujo el artículo 46°-A en el Código Penal–, modificada por el Decreto Legislativo número 982, del veintidós de julio de dos mil siete –por tanto, inaplicable para

con la sola excepción, justificada en su radicación en los marcos de un procedimiento jurisdiccional –circunstancias externas del hecho–, de la detención ilegal o arbitraria de un juez, el Código Penal vigente ha dejado exclusivamente al artículo 152° la regulación de todas las privaciones de libertad, ya sean particulares o funcionarios sus sujetos activos⁹⁶⁹.

3. Es cierto que el tipo legal de abuso genérico de autoridad, primero, no protege la libertad de movimientos de una persona, sino pretende cautelar el correcto desempeño de las funciones del funcionario público; y, segundo, lo hace de manera subsidiaria, sólo respecto de los delitos funcionariales⁹⁷⁰. El tipo legal de secuestro es un delito común –su autor puede ser cualquiera–; en tanto no existe una figura penal que contemple la privación de la libertad deambulatoria –potencial e individual libertad de movimientos– cometido por funcionario público, no es posible sostener –como sí cabía hacerlo con el Código Penal anterior– que, sistemáticamente, sólo está radicada en los particulares. Cabe insistir que la subsidiaridad del delito de abuso genérico de autoridad se desprende del hecho que todos los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos suponen siempre la vulneración de un deber funcional, suponen un abuso de autoridad. Por otra parte, el injusto típico del delito de abuso de autoridad se configura con el quebrantamiento del deber de apego a la legalidad al que se encuentra vinculado el funcionario público, en el ámbito concreto de su actividad, sin que su configuración exija que el acto arbitrario se proyecte en una afectación de intereses particulares, como sería el caso de la libertad deambulatoria de los ciudadanos, constituyendo tal circunstancia, en todo caso, un plus de lesividad no abarcado por el injusto de abuso de autoridad. Téngase en cuenta que una conducta lesiva a la libertad deambulatoria comprende toda actuación ‘*sin derecho*’ del sujeto activo, que es el núcleo del injusto del delito de secuestro; por ello la aplicación del artículo 376° del Código Penal sería a todas luces insuficiente para abarcar el desvalor del comportamiento incriminado⁹⁷¹, pues éste se proyecta en un ámbito que trasciende al mero abuso de las funciones, debiéndose más bien valorar tal ‘abuso de autoridad’ como elemento

decidir el presente caso-, la condición de funcionario público podría erigirse en una agravante cualificada, ni siquiera como un supuesto de concurso con delitos comunes.

⁹⁶⁹ Si de concursos se trata, *podría* considerarse incluso el supuesto de concurso ideal de delitos –concurso ideal en la modalidad de concurso medial: abuso de autoridad es el medio para cometer delito de secuestro–, en tanto el funcionario público secuestró a una persona aprovechándose de su cargo, en cuyo caso sería de aplicación el artículo 48° del Código Penal, de suerte que en ese caso el delito menos grave no subsume al más grave. Las reglas concursales en ningún caso permiten aplicar únicamente el delito de abuso de autoridad. Por otra parte también podría considerarse de un supuesto de concurso aparente de leyes resuelto por el principio de consunción a favor del delito de secuestro.

⁹⁷⁰ ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, segunda edición, Editorial Palestra, Lima, 2003, página 237.

⁹⁷¹ De ser el caso, la relación existente entre ambos tipos legales: abuso genérico de autoridad y secuestro, es de subsidiaridad. Aún cuando se afirme que el tipo legal del artículo 376° del Código Penal ha sido realizado, no se puede descartar el secuestro. El artículo 376° del citado Código sólo podría aplicarse cuando no se dieran todas las condiciones para calificar la ‘detención ilegal’ reclamada de secuestro, entonces, el artículo 376° del Código Penal es subsidiario al del artículo 152° del Código acotado.

constitutivo de un delito de secuestro cometido a través de la infracción de competencias institucionales.

686°. Otro argumento propuesto por la defensa del acusado Fujimori Fujimori es el de la atipicidad del hecho objeto de acusación por falta de lesión al bien jurídico, pues es imposible lesionar un derecho suspendido. Acota que la libertad deambulatoria estaba suspendida en virtud de la declaratoria del Estado de Emergencia mediante el Decreto Supremo número 019-92-DE-CCFFAA, del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y dos, el cual suspendió no sólo el derecho a la libertad, sino también la garantía de no detención y la garantía de Habeas Corpus. Afirma, por tanto, que en esos casos no se podía controlar la afectación de la libertad, pero sí la extralimitación de las potestades de detención, a través del tipo legal de abuso de autoridad.

687°. Este planteamiento tampoco es aceptable. Las razones son las siguientes:

1. Es correcto que Lima y el Callao se encontraban en Estado de Emergencia, conforme al Decreto Supremo número 019-92-DE-CCFFAA, que prorrogó el Estado de Emergencia por el término de sesenta días a partir del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y dos en el Departamento de Lima y Provincia Constitucional del Callao, y suspendió las garantías constitucionales contempladas en los incisos 7), 9), 10) y 20-g) del artículo 2° de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve⁹⁷², a la vez que encargó a las FFAA el control del orden interno conforme a la Ley número 24150 y Decreto Legislativo número 749. El motivo que lo informó fue que continuaban las acciones terroristas, que a su vez justificaron tal declaratoria (primer considerando).

2. Es cierto, asimismo, conforme a lo expuesto en el punto anterior, que la libertad personal, traducida en el derecho fundamental a la no detención por la autoridad policial salvo mandato judicial motivado y flagrancia delictiva fue objeto de específica suspensión, y no derogación, al haberse declarado –en puridad, prorrogado– el Estado de Emergencia [se suspende, en todo caso, no el derecho que es consustancial a la persona, sino su pleno y efectivo ejercicio]. En estas condiciones no es que el Estado de Emergencia haga desaparecer el bien jurídico libertad personal, sólo se produce una especie de autorización para que bajo ciertas condiciones la libertad de una persona sea restringida, por lo que se trataría de una causa de justificación: obrar por disposición de la ley (artículo 20°.8 del Código Penal). Por consiguiente, el bien jurídico sigue vigente y debe seguir siendo respetado, salvo cuando se proceda dentro de los límites de la autorización legal.

⁹⁷² El **artículo 2°, numeral 20), literal g), de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve**, dice: "Toda persona tiene derecho: **20.** A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: **g)** Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde".

Sin embargo, la garantía judicial del hábeas corpus no puede ser objeto de suspensión, tal como lo determinó enfáticamente la CIDH en las Opiniones Consultivas número 8/87, del treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete, y 9/87, del seis de octubre de mil novecientos ochenta y siete⁹⁷³. Bajo esa misma perspectiva, debe anotarse desde la medida del control de causalidad del Estado de Emergencia que los poderes que de ella emergían estaban circunscriptos al control de las acciones terroristas, a todos a quienes razonablemente podían estar vinculados con esas conductas delictivas y a las organizaciones que las promovían y sustentaban⁹⁷⁴.

3. El Estado de Emergencia, por su propia naturaleza, se declara para la defensa del Estado Constitucional y el sistema de valores que reconoce y protege –atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática, precisó el párrafo 20 de la Opinión Consultiva número 8/87–. No se puede invocar el Estado de Emergencia con motivo de un golpe de Estado –para instaurarlo y consolidarlo–, que en sí mismo es la negación del Estado Constitucional; y, menos aún, frente a ciudadanos que no están vinculados a la subversión terrorista.

4. El agraviado Gorriti Ellenbogen no sólo no estaba vinculado a la subversión terrorista, sino que las autoridades y funcionarios públicos que dispusieron y ejecutaron su privación de libertad lo hicieron al margen del Derecho, fuera de la institución del Estado de Emergencia y en contra de los principios y justificación que lo legitima como una institución indispensable de una sociedad democrática. Tal conducta, sin lugar a dudas –más allá de su notoria falta de base material, que constituye un típico acto de desviación de poder, tampoco guardaba relación con los poderes extraordinarios dimanantes de la prórroga del Estado de Emergencia, radicados en el combate de una determinada alteración grave del orden interno: el terrorismo–, tipifica el delito de secuestro que, como tal, debe ser perseguido y, en su caso, sancionado⁹⁷⁵.

⁹⁷³ Precisa el párrafo 35° de la Opinión Consultiva número 8/87: “El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente, bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

⁹⁷⁴ Desde una perspectiva general la STC número 00017-2003-AI, del dieciséis de marzo de dos mil cuatro, párrafo 18, señaló que el estado de excepción sólo importa una restricción transitoria de determinados derechos constitucionales y el control jurisdiccional, siempre presente, se expresa en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del *iter* procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política. Además, los actos que de él dimanan están en función y cumplimiento a una legalidad excepcional, pero que requiere evitar un estado de indefensión ciudadana y proscribir la actuación del Estado fuera de las reglas, principios y valores que justifican la existencia y finalidad del propio estado de excepción: garantía de los valores y principios del Estado de Derecho (Sentencia citada, párrafo 19).

⁹⁷⁵ Es evidente, entonces, que el ordenamiento jurídico no admite como circunstancia que exonere o atenúe la responsabilidad penal la coyuntura política en que se cometió el delito.

688°. Un tercer argumento de la defensa es el de atipicidad por exceso en la participación. Se sostiene que Montesinos Torres fue quien unilateralmente y por venganza planificó y ordenó la privación de libertad del agraviado Gorriti Ellenbogen. Montesinos Torres estuvo a cargo, por disposición del acusado Fujimori Fujimori, de la adopción de medidas de seguridad –de inmovilización– a políticos con ocasión del golpe de Estado, en cuya virtud encargó la confección del documento “ORDEN”, lo hizo firmar al general EP Hermoza Ríos y dispuso su ejecución, circunstancia que aprovechó para incluir en la lista de afectados al agraviado por un móvil personal de venganza y castigo por las crónicas periodísticas que publicó en su contra. El acusado no sabía de la privación de libertad del agraviado y de ella recién se enteró el día de la conferencia de prensa internacional que dio con motivo del golpe de Estado.

689°. A esta tesis es de contestar lo siguiente:

1. Es cierto que, tratándose de un autor mediato, éste solo debe responder en la medida que el hecho principal concuerde con su intención, no resultando responsable del exceso en el que han incurrido los agentes a quienes utilizó, al no tener dominio ni control del hecho, tal como tiene establecido la Corte Suprema en la Ejecutoria número 3840–97/Ayacucho, del nueve de octubre de mil novecientos noventa y siete⁹⁷⁶; empero, en el caso de autos las evidencias ya resaltadas no abonan el supuesto de hecho en que se sustenta.

2. Las pruebas ya glosadas dan cuenta de, por lo menos, cinco datos relevantes:

(i) Que no sólo se inmovilizó a los Presidentes de las Cámaras –se dispuso que permanezcan en sus domicilio, lo que de por sí constituye un secuestro–, también se detuvo a una serie de políticos de diversa procedencia ideológica y partidaria: miembros o vinculados al Partido Aprista Peruano –la frustrada intervención al ex presidente Alan García Pérez, según las precisiones del ex diputado Del Castillo Gálvez, no perseguía una simple inmovilización, sino la captura efectiva del mismo y su traslado a un lugar distinto de su domicilio– e Izquierda Unida, y a ex jefes policiales ligados al gobierno anterior y periodistas radiales que cuestionaron públicamente el golpe de Estado en los momentos que se producía, cuya privación de libertad excedió los primeros momentos y su excarcelación se produjo, progresivamente, luego de la insistente y notoria publicidad de los hechos a través de los medios de comunicación social.

(ii) Que el acusado Fujimori Fujimori no cuestionó en ningún momento el supuesto exceso alegado y atribuido a Montesinos Torres –cuyos vínculos estrechos y funcionales con la forma del ejercicio del poder que se instauró desde

En consecuencia, un secuestro cometido por funcionario o servidor público abusando de su cargo para perpetrarlo, nunca podrá ser eximido por la coyuntura política.

⁹⁷⁶ “También el elemento subjetivo en la autoría mediata tiene que ver con el tema del exceso, es decir, cuando el intermediario comete un hecho distinto o hace más de aquellos que el autor mediato quiso. En la medida que el exceso difiere de la dirección final del ‘hombre de atrás’, este carecerá del dominio del hecho o al menos, lo ha perdido parcialmente” [REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009, página 374].

un inicio ya han sido destacados–, y, en su consecuencia, no dispuso ninguna medida contra quien habría incumplido sus órdenes.

(iii) Que el propio general EP Hermoza Ríos, no sólo firmó el documento “Orden” que importaba detenciones –no inmovilizaciones domiciliarias–, sino que anunció a los oficiales Generales que “...podrían haber algunas detenciones”, privaciones de libertad que, como es obvio, fueron detalladamente planificadas, al punto que en la reunión del tres de abril el general EP Valdivia Dueñas entregó a los Directores de Inteligencia de los Institutos Armados las listas de futuros detenidos –la sorpresa anunciada por el general EP Hermoza Ríos sobre el cambio de planes a última hora, de convertir inmovilizaciones en detenciones, carece de consistencia lógica, si es que antes no recibiera una confirmación expresa del líder de la rebelión y, menos, se realizara, desde el plano castrense, las modificaciones de los planes de ejecución, imposibles de hacerlos en momentos previos al anuncio presidencial–.

(iv) Que el documento “Orden” refleja que la detención emanaba de un superior del presidente del CCFFAA, y éste, dentro de las coordinaciones realizadas para la ejecución del golpe de Estado, no era otro que el acusado Fujimori Fujimori, ni siquiera el ministro de Defensa.

(v) Que si bien el agraviado ingresó a la conferencia de prensa que convocó el acusado Fujimori Fujimori ello en modo alguno puede explicar el alegado desconocimiento de este último –invocado en la sesión quinta–, no sólo por las consideraciones anteriores sino porque Gorriti Ellenbogen no sólo había cuestionado públicamente a Montesinos Torres sino al propio gobierno, de suerte que su privación de libertad tenía una base causal con la rebelión en curso; es más, en el diario Expreso del ocho de abril de ese año, de fojas cuarenta mil setenta y nueve, además de consignar la venganza personal de Montesinos Torres, resalta una alegación del agraviado respecto a los cargos que se le atribuyeron de obtención de documentos confidenciales –que dio lugar al registro domiciliario y a la incautación de su computadora y papeles privados–.

690°. En el caso del agraviado DYER AMPUDIA la privación de su libertad se produjo en el contexto de un gobierno autoritario, al margen de la Constitución y de los valores que la rigen. Agentes de la PNP, de servicio en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, aprovechando el control de migraciones, por órdenes del SIN, lo retuvieron indebidamente antes de abordar un vuelo regular a los Estados Unidos. No se le explicó, con fundamento material razonable, los motivos de esa detención y luego fue entregado al margen de todo procedimiento regular al Jefe de Contrainteligencia del SIN, quien bajo similares métodos y engaños lo condujo, siempre coactivamente, a los sótanos del SIE. Durante su reclusión, inicialmente, fue encarcelado en una habitación reducida, se le tildó de terrorista y se le amenazó, lo que dio lugar a que se declare en huelga de hambre, con lo que pudo conseguir su traslado a una celda más cómoda. Además, se le sometió a una irregular investigación por delito de terrorismo bajo hechos no definidos con un mínimo de precisión –sin ser puesto físicamente a disposición de la Policía Nacional y sin que pueda desarrollar, por ese motivo y atento a las características de un centro de inteligencia castrense, una

defensa efectiva, más allá de la mera presencia de un abogado defensor– y, cuando la DINCOTE concluyó que no existía fundamento para esa incriminación y recomendó su libertad, no se le liberó, hasta que huyó días después en circunstancias no esclarecidas.

La colaboración inicial de la PNP, la participación ostensiblemente ilícita de dos órganos del SINA –SIN y SIE–, la intervención irregular y mediatizada de la DINCOTE, y el concurso del Ministerio Público –que contribuyó a consagrar una ilegalidad de origen y de procedimiento, que toleró tan graves hechos, y que, luego, no instó la libertad del agraviado ni formuló siquiera cargos contra los perpetradores materiales de la privación ilegal de libertad–, expresan en buena cuenta un procedimiento institucional de órganos públicos vinculados a la protección de los derechos ciudadanos, del orden público y de la seguridad nacional, especialmente inicuo y que denotaba una práctica absolutamente contraria al principio de legalidad y al valor seguridad jurídica.

Lo especialmente relevante de esta privación de libertad, y de la de Gorriti Ellenbogen, es la intervención de agentes públicos en un contexto de claro apartamiento del Derecho, no con finalidades privadas sino utilizando los resortes del Estado para afirmar un régimen inconstitucional o, en el segundo caso, para imponer arbitrariamente determinadas medidas de persecución bajo el argumento de la supuesta como inexistente comisión de hechos punibles graves contra el orden público o la seguridad nacional en el segundo caso.

691°. La imputación, según se ha dejado expuesto, se sustenta en el sub tipo agravado del inciso 1) del artículo 152° del Código Penal. La acusación fiscal, en consecuencia, afirma la concurrencia de dos circunstancias agravantes específicas: trato cruel y puesta en peligro de la vida o salud del agraviado.

1. El *trato cruel* a la víctima debe producirse con motivo del acto de secuestro o durante el período de cautiverio. En el presente caso el legislador ha querido tutelar, además de la libertad ambulatoria de la víctima, su indemnidad corporal y psíquica.

La crueldad, en tanto circunstancia material u objetiva, está presente, por lo menos en tres tipos legales convencionales, aunque modulada según las exigencias del tipo legal básico.

(i) El tipo legal de asesinato [artículo 108° del Código Penal] alude a una intensidad notable de la crueldad: "*gran crueldad*" –el acto de matar ya es cruel en sí mismo–, y la considera como un elemento típico accidental relacionado con el modo de ejecución del acto homicida; esto es, la gran crueldad es parte del modus operandi y del mecanismo de la muerte que ejecuta el agente. Así las cosas, la actuación con gran crueldad, como elemento objetivo, significa con arreglo a su fuente helvética –de raíz germana– que el agente debe causar dolores físicos o síquicos a la víctima mediante la intensidad o duración de la agresión, que no son los propios a la acción delictiva base: matar, y con los que demuestra falta de sensibilidad –se acentúa el grado de culpabilidad, al someterse a la víctima a

padecimientos innecesarios⁹⁷⁷. Se trata de acrecentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole un dolor físico o psíquico innecesario⁹⁷⁸. Es indispensable, además, como elemento subjetivo, una tendencia interna intensificada del agente, quien persigue que la víctima sufra⁹⁷⁹, o tiene el propósito deliberado de aumentar sus padecimientos⁹⁸⁰. Así se inclina, también, la jurisprudencia del Supremo Tribunal [Ejecutoria Suprema número 3526–2005/Piura, del diecinueve de julio de dos mil cinco].

(ii) El delito de violación sexual [artículo 177° del Código Penal] incorpora la circunstancia agravante en base a una intensidad menor que en el homicidio pues sólo se refiere “*crueledad*”, a la vez que insiste en considerar dicha circunstancia en relación al modo de ejecución: “si se procedió con *crueledad*” en el acceso carnal a la víctima.

(iii) El delito de secuestro [artículo 152° del Código Penal] al referirse al trato cruel no exige intensidad relevante similar a la requerida por el asesinato. No obstante, la naturaleza ejecutiva del secuestro al ser un delito permanente se enfatiza por la ley agravando la penalidad precisamente por el trato cruel al agraviado. Esta circunstancias puede darse tanto en el momento de privación de libertad de la víctima, o mientras se la mantiene secuestrada.

En consecuencia, la comprensión de lo qué es *crueledad* no debe hacerse desde la perspectiva de la calificación del homicidio simple como asesinato. En cada caso –los tres que se ha mencionado– debe partirse de la figura delictiva básica y, así, poder determinar cuando el delincuente va más allá del malestar que el agente causa “normalmente” para cometer la figura básica del delito en cuestión. La *crueledad* es una circunstancia (física/psíquica o moral) que debe ser apreciada normativamente cuya referencia es siempre el comportamiento del agente, en sus aspectos objetivos y subjetivos: adición de otros males –propriadamente innecesarios– a la víctima, fuera de los propios del secuestro: la pura restricción de la libertad deambulatoria, y la asunción por el agente de la innecesariedad de su acción, el carácter deliberado del exceso, de ocasionar padecimientos innecesarios a la víctima.

2. La *puesta en peligro de la vida o salud del agraviado* requiere la realización de conductas –a propósito del acto de secuestro o de las condiciones en que se retiene al sujeto pasivo– con entidad suficiente o idoneidad para ocasionar un riesgo concreto a su integridad corporal o salud. Subjetivamente se destaca la conciencia por el agente del peligro que entraña para la víctima las acciones realizadas para secuestrarla o

⁹⁷⁷ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial EDDILI, Lima, 1995, páginas 172.

⁹⁷⁸ ROY FREIRE, LUIS: *Derecho Penal Peruano – Parte Especial*, obra citada, página 152, que sólo hace mención a la afectación física, pero es de añadir la afectación psíquica [Así: GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ en: *Derecho Penal Español – Parte Especial* (Coordinador: COBO DEL ROSAL, MANUEL), Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 198].

⁹⁷⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial 1*, Editorial GIOS, Lima, 1991, página 147.

⁹⁸⁰ PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, obra citada, página 97.

mantenerla secuestrada. La intención del agente ha de abarcar no sólo la acción misma de secuestrar y mantener retenido al sujeto pasivo, sino también la inteligencia de que, con las acciones realizadas, se está creando una situación que entraña riesgos reales para ella –conciencia del peligro–.

692°. Según las constancias probatorias de la causa, los agraviados Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia fueron privados de su libertad sin el ejercicio de una violencia especialmente intensa: no se le causó lesiones corporales –en el caso de Gorriti Ellenbogen, más allá de lo aparatoso e intimidante de la detención y de la incursión violenta a su domicilio, no se produjeron actos de violencia física contra él o su familia, aunque sí, claro está, actos de intimidación evidente y excesivos, propios de una situación de golpe de Estado–. Además, se les trasladó, sin su conocimiento y consentimiento, a las instalaciones del Servicio de Inteligencia del Ejército, donde permanecieron en cautiverio en un calabozo, sin que durante su permanencia fuesen agredidos físicamente o sometidos a condiciones de salubridad o higiene de tal naturaleza que podían ocasionar un relevante peligro a su integridad corporal o salud. Gorriti Ellenbogen, asimismo, en las dependencias de la Dirección de Seguridad del Estado tampoco fue pasible de agresiones o condiciones de detención de tal entidad que constituyeran un riesgo concreto para su salud o integridad corporal.

En consecuencia, se rechaza el agravante de puesta en peligro de la vida o la salud del agraviado.

693°. El sub tipo agravado de *trato cruel* permite otras consideraciones.

1. La Fiscalía Suprema ha señalado, al respecto, con invocación de la jurisprudencia de la CIDH, especialmente de las sentencias Velásquez Rodríguez contra Honduras y Villagrán Morales y otros [conocida como “niños de la calle”] contra Guatemala –de fecha veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho y diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, respectivamente–, que como se aisló e incomunicó coactivamente a los agraviados, visto el contexto en que se produjo su privación de libertad, por ese sólo motivo las víctimas entendieron que su vida corría peligro y que, a su vez, pasaran por un extremo sufrimiento psicológico y moral.

2. La defensa, por su parte, niega la presencia de esta circunstancia agravante. Si se asumen las bases del tipo legal de asesinato –plantea– la crueldad importa el acrecentamiento deliberado e inhumano del sufrimiento de una persona privada de libertad causándole un dolor innecesario, exige un resultado doble: libertad ambulatoria y la vida o la salud del secuestrado, requiere causar males innecesarios a la víctima, la existencia de una maldad reflexiva, intencional. Aduce que la jurisprudencia de tribunales internacionales exige para calificar una conducta de cruel de un conjunto de características probadas más allá de toda duda razonable, tales como aislamiento prolongado, incomunicación coactiva, internamiento en centros de detención y celdas reducidas de insalubres, intimidación por amenazas, restricciones al régimen de visitas, interrogatorios utilizando técnicas de desorientación y privación sensorial, condiciones de

detención objetivamente inaceptables, agresiones físicas y/o verbales de un mínimo de gravedad, intención de humillar o envilecer al detenido y que busque suscitar en el detenido sentimientos de miedo, angustia o inferioridad de forma que se quebrante su resistencia moral o física, restricción de agua y alimentos. Concluye que, en el presente caso, según las declaraciones de Gorriti Ellenbogen y de Dyer Ampudia, no se dio ninguna de las exigencias antes indicadas; recibieron un trato aceptable de los militares captores, al igual que los que estuvieron detenido; no se ha probado daño físico o psicológico; y ejercieron en todo momento su libertad de determinación: incluso se negaron a consumir alimentos, pese a que se lo ofrecieron en varias oportunidades –Dyer Ampudia, luego de conseguir un cambio de celda, recién aceptó ingerir alimentos–.

694°. Es de precisar, frente a lo expuesto por ambas partes, lo siguiente:

1. El trato cruel, según ha sido descrito anteriormente, no sólo comprende un atentado a la integridad física de la persona, también alcanza el menoscabo a su integridad psíquica o moral –entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido, que rechaza toda conducta que entraña una sensación de envilecimiento o de humillación, vejamen o indignidad–. Es, desde nuestra legislación penal, una circunstancia agravante específica que, como tal, requiere de un plus frente a toda conducta que entrañe la privación ilegal de la libertad de una persona, de la potencial e individual libertad de movimientos.

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes⁹⁸¹. Si se excluye la tortura, que se considera una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante –Declaración de Naciones Unidas contra la tortura de mil novecientos setenta y cinco–, debido a que no son comportamientos cerrados entre los cuales exista una línea divisoria precisa⁹⁸², es claro que el *trato cruel*, en tanto en cuanto es infligido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia –sujeto activo cualificado–, puede ser definido como aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento pero

⁹⁸¹ Artículos 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos –aprobada por Resolución Legislativa número 13282, del nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta nueve–, 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –aprobado por Decreto Ley número 22128, del veintiocho de marzo de mil novecientos setenta y ocho, y ratificado por la Constitución de mil novecientos setenta y nueve–, y 5°.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –aprobada por Decreto Ley número 22231, del once de julio de mil novecientos setenta y ocho, y ratificada por la Constitución de mil novecientos setenta y nueve–. A esas normas generales se han agregado la Convención Contra la Tortura en el marco de Naciones Unidas de mil novecientos ochenta y cuatro –aprobada mediante Resolución Legislativa número 241815, del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho–, y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de mil novecientos ochenta y cinco –aprobada mediante Resolución Legislativa número 25286 del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa–.

⁹⁸² INFORME DEFENSORIAL número 91. Afectaciones a la vida y presuntas torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes atribuidas a efectivos de la Policía Nacional, Lima, abril 2005. <http://defensoria.gob.pe>.

que por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se le pueda calificar de tortura ni lesiones.

Se ha impuesto en la jurisprudencia internacional, como explica REMOTTI CARBONELL, la utilización de criterios de gravedad y dañosidad, matizados a partir de factores endógenos y exógenos, todo lo cual deberá ser apreciado en cada caso concreto⁹⁸³. Empero, esas referencias de Derecho Internacional, deben delimitarse en función a las exigencias normativas del tipo legal de secuestro agravado, al conjunto de circunstancias que incorporan y, por tanto, fijan el nivel normativo o la entidad necesaria para su calificación de una conducta determinada como “trato cruel”.

3. En este caso es de tener presente que los que privaron y mantuvieron privados de la libertad a los agraviados fueron agentes públicos en cumplimiento de órdenes superiores –ostensiblemente ilícitas, claro está–. A las víctimas se las condujo a centros ilegales de privación de libertad –no eran los que legalmente correspondían pero se trató de un local perteneciente a una institución pública, en concreto de uno de los servicios secretos del Estado: el SIE–. Desde luego, no se cumplió ningún procedimiento regular, legalmente previsto –en especial comunicación de cargos e información oficial, pública, de su paradero y situación jurídica–, y esas medidas se produjeron en un contexto de alteración del orden constitucional o del ejercicio del poder de un gobierno autoritario⁹⁸⁴. Ya se ha descrito con mayor precisión lo ocurrido con cada uno de los agraviados, de cuyas versiones –por su racionalidad y coherencia interna– no cabe dudar o poner en tela de juicio.

4. Los agentes públicos involucrados actuaron con manifiesta ilegalidad y prepotencia –utilizaron la autoridad que detentaban contrariamente a lo que como tales les correspondía respetar, lo aparatoso del acto de secuestro a Gorriti Ellenbogen es particularmente llamativo–, que se dio en un contexto de un régimen autoritario, del que las víctimas no podían esperar un trato predecible ni formalmente amparado en las normas jurídicas preexistentes, tanto más si se las condujo y recluyó en una institución impropia, que pertenecía a los servicios secretos del Estado, de por sí profundamente intimidante, que incluso hacía temer por su suerte. Es obvio, como acotó la CIDH, que el sentimiento de miedo de las víctimas, de temor por su suerte,

⁹⁸³ REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial IDEMSA, Lima, 2004, página 327. Este es el criterio adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto Irlanda vs Reino Unido, STEDH del dieciocho de enero de mil novecientos setenta y ocho, que además reconoció que la “gravedad” es por su propia naturaleza “relativa”, y depende “del conjunto de las circunstancias del caso y, especialmente, de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y a veces del sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, etcétera” [párrafo 162]. La CIDH en el Asunto LOAYZA TAMAYO V. PERÚ, SCIDH del diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y siete, adoptó el mismo criterio, al mencionar las diversas connotaciones de grado cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta [párrafo 167].

⁹⁸⁴ Es preciso adoptar un estándar más intenso de protección de los derechos humanos cuando se trata de actos de fuerza adoptados por regímenes de facto. La necesidad de impedir las violaciones de los valores de las sociedades democráticas así lo exige. Esa necesidad de adaptación, según las circunstancias, ha sido adoptado por el TEDH en el Asunto SELMOUNI V. FRANCIA, STEDH del veintiocho de julio de mil novecientos noventa y nueve.

se agravó no sólo por la propia ilicitud de la privación de libertad o acto de secuestación –que ahondó la vulnerabilidad intrínseca de aquélla– sino, además, por las circunstancias en que ésta operó, derivadas del lugar de detención, de quienes lo custodiaban, y de las características del régimen político que las sustentaban⁹⁸⁵.

El comportamiento cruel de quienes ordenaron y ejecutaron el acto de secuestación y de los custodios y autoridades que mantuvieron el secuestro –este *plus* de comportamiento agresivo perfectamente conocido por los agentes activos y asumido por los sujetos pasivos, esta intensidad y gravedad de la acción lesiva, esta multiplicidad de partícipes en la comisión de los hechos– se expresó **(i)** en la forma de la detención ejecutada por agentes públicos –aparatosidad en el primer caso y ausencia de explicaciones razonables y fundadas en ambos supuestos–, **(ii)** en las características del traslado de los agraviados al SIE –rastrillaje de las armas, ocultamiento de la identidad de los aprehensores, evitación del reconocimiento del detenido por otros efectivos militares–, y **(iii)** en los calificativos utilizados, inicial aislamiento y en los anuncios de la severidad de las consecuencias que la conducta atribuida acarrearía a los agraviados, y en la ausencia de definición de su situación jurídica, pese a expresar –como así lo hacía notar– una operación realizada por agentes públicos y, por ende, con una dimensión abusiva o arbitraria que hacía evidente en las víctimas la falta de protección jurídica y de seguridad y tranquilidad personales. En el caso del agraviado Dyer Ampudia la persistencia de la privación de libertad concurrió con un hecho singular: permanencia de la privación de libertad pese a una conclusión negativa de la autoridad policial, lo que denota palmariamente un ánimo intimidatorio, de quebrarlo moralmente.

Desde una perspectiva subjetiva, todo el conjunto de características fácticas enumeradas revela que los agentes que ejecutaron materialmente el secuestro –y quienes lo ordenaron– procedieron sin el mínimo sentido elemental de humanidad, de respeto por la persona; buscaron de propósito intensificar los padecimientos del secuestrado (los medios, contexto y los fines fueron propios para intensificar los padecimientos de la víctima) de manera innecesaria respecto a un secuestro simple, de tenerla en zozobra sobre lo que va a hacerse con ella, excluyéndola incluso de sus actividades cotidianas, que fueron las que se tomaron en cuenta para secuestrarla y de ese modo, concurrentemente, anularlas temporalmente en su función social, para beneficio político del régimen de turno.

5. No sólo, como se ha dejado expuesto, existen diferencias entre tratar con crueldad al secuestrado y matar con gran crueldad a una persona. De ahí que entender los alcances del trato cruel en el secuestro, asimilando una interpretación dogmática, tradicional y fundamentalmente objetiva, propia del modo notoriamente cruel de matar a una persona, que requiere el asesinato en nuestra legislación, no es coherente con el diferente significado político criminal asignado por la ley a cada agravante.

⁹⁸⁵ SCIDH, Asunto LOAYZA TAMAYO V. PERÚ, del diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y siete, párrafo cincuenta y siete.

A ello se agrega un análisis interno de las circunstancias agravantes previstas para el delito de secuestro. Dos circunstancias enmarcan el análisis del trato cruel:

(i) Una circunstancia agravada de segundo grado es la que incorporó la Ley número 26222, del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y tres, sin modificar la circunstancia agravada de primer grado de trato cruel. En este supuesto el autor debía ocasionar a la víctima graves daños en el cuerpo o en la salud física o mental, u ocasionarle la muerte. Las lesiones graves, según las exigencias normativas de nuestro tipo legal, serían compatible, en un determinado ámbito, con las torturas. Ello significa, que el trato cruel no puede identificarse con actos de tortura que da cuenta de la gravedad de las conductas y de las consecuencias en perjuicio de la víctima⁹⁸⁶. La lesión grave y, obviamente, la muerte, no integran la circunstancia de "trato cruel", pues de presentarse se integran a esta circunstancia especialmente agravada, de suerte que representa una entidad objetiva menor.

(ii) La circunstancia de trato cruel ha sido siempre una agravante alterna a las de abusar, corromper o poner "...en peligro [...] la salud del agraviado". El agente ha de ocasionar –como plus al secuestro mismo– sufrimientos particulares en relación con el bienestar físico o síquico del sujeto pasivo, pero del cual no ha de derivar riesgo fundado para su salud –obviamente, tampoco para su vida–, menos –tal como ha quedado expuesto– lesiones graves o la muerte (la compatibilidad con las lesiones leves, entonces, es notoria). Por tanto, el trato cruel equivale a todo maltrato objetivo o subjetivo (amenazas, presiones ideológicas, generación de angustia o zozobra) que padezca la víctima, pero del cual no debe derivar la muerte, graves daños en el cuerpo o en la salud física o mental, o riesgo relevante para su salud.

En consecuencia, en función a los criterios de gravedad, temporalidad y finalidad, así como los efectos sobre las personas, es de concluir que los agraviados fueron sometidos a un trato cruel. Concurre, pues, el sub tipo agravado del delito de secuestro.

695°. La sanción penal por la comisión de un delito está condicionada, entre otros factores, al tiempo transcurrido.

1. El artículo 78°, inciso 1), del Código Penal establece que la acción penal se extingue por prescripción⁹⁸⁷. El artículo 80° del citado Código estatuye

⁹⁸⁶ Por su propia naturaleza y función los actos de tortura no pueden asimilarse al trato cruel. De allí que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la doctrina especializada han desarrollado siempre una diferencia gradual entre ambas forma de atentado a la dignidad de la persona, correspondiendo al trato cruel una entidad e intensidad antijurídicas muchos menores que la de aquella. Por tal razón, como se ha dejado expresado, sólo la tortura fue introducida como delito autónomo en el Código Penal por la Ley número 26926, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y ocho. Esta, además, según el artículo 321°, exige típicamente que el agente "...infrinja a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales...".

⁹⁸⁷ Puede definirse, entonces, la prescripción de la acción penal o, mejor dicho, del delito, como la extinción de la *responsabilidad penal* debido al transcurso de cierto tiempo entre la comisión de una infracción penal y el momento de efectiva persecución [Así, RAGUÉS I VALLÉS,

que la prescripción del delito opera si transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. A su vez, el artículo 83° del mismo Código estipula que la prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones de las autoridades judiciales; sin embargo, la prescripción procede, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido, una vez interrumpido, sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

2. Cabe puntualizar que, en el presente caso, cesó la permanencia de los dos delitos en cuestión –conforme a la regla del inciso 4) del artículo 82° del Código Penal– el día seis de abril de mil novecientos noventa y dos para el agraviado Gorriti Ellenbogen y el día cinco de agosto de ese mismo año para el agraviado Dyer Ampudia. A partir de esas fechas empieza a contarse el término de la prescripción, rige el *dies a quo*.

3. En el caso del imputado, en tanto en cuanto el delito se perpetró con motivo del desempeño de la función de Presidente de la República es de tener presente el artículo 210° de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, similar a lo estatuido en el artículo 117° de la Constitución de mil novecientos noventa y tres⁹⁸⁸, en cuya virtud durante su mandato o periodo sólo puede ser acusado por determinados ilícitos penales –los denominados *delitos presidenciales*–, listado en el que obviamente no se encuentran los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado.

4. La referida norma constitucional, que es un supuesto de inmunidad, consagra un impedimento procesal o condición de procedibilidad⁹⁸⁹,

RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004, página 16].

⁹⁸⁸ 1. **Artículo 210° de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve**, dice: "El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el artículo 227°; y por impedir su reunión o funcionamiento o los del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales".

2. **Artículo 117° de la Constitución de mil novecientos noventa y tres**, dice: "El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134° de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral".

⁹⁸⁹ Se asume, desde ya, que las condiciones de procedibilidad se encuentran al margen del *injusto culpable* y no están comprendidas en la categoría punibilidad, como es el caso de las condiciones objetivas de punibilidad –que integran la *figura de delito* y, por ello, dan cuenta de todas y cada una de las circunstancias imprescindibles para la aplicación de la pena–, aunque están guiadas, en ambos casos, por consideraciones fundamentalmente político criminales. Las condiciones de procedibilidad, por consiguiente, no integran la esfera de las circunstancias de las que depende la aplicación de la pena –*figura de delito*– y, consecuentemente, tampoco pertenecen al ámbito de los elementos que fundamentan la imposición de la pena –*tipo de lo injusto*–, tan sólo condicionan la persecución procesal del delito [MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA: *Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 07-10 (2005). <http://criminet.ugr.es/recpc>]. Ello exige establecer lógicas de tiempo distintas; por tanto, la consumación del delito tiene su propia dinámica, mientras que el impedimento procesal, determinado en este caso por el ejercicio del cargo presidencial, tiene el suyo; en consecuencia, la presencia de este impedimento –hasta que sea alzado– se entiende como una causal de suspensión del periodo prescriptorio.

justificada por la necesidad de garantizar un adecuado funcionamiento de la institución presidencial –apartándola de maquinaciones de indole política, como acotó en su día el constitucionalista TORIBIO ALAYZA Y PAZ SOLDÁN⁹⁹⁰–, en virtud de la cual condiciona el inicio del proceso, la propia persecución penal, hasta que culmine el mandato presidencial: ese es su alcance material –es aplicable, por ende, el artículo 84° del Código Penal–⁹⁹¹. Como tal, dicho plazo, en virtud del obstáculo procesal de relevancia constitucional consagrado en la norma antes indicada, se erige en una causal de suspensión de la acción penal⁹⁹², no se computa a los efectos de la prescripción⁹⁹³, que en el presente caso rigió hasta que el Congreso de la República declaró la vacancia presidencial por incapacidad moral⁹⁹⁴: Resolución Legislativa

⁹⁹⁰ *Derecho constitucional general y del Perú*, Empresa Editora Cervantes, Lima, 1928, página 76.

⁹⁹¹ La doctrina constitucionalista apunta, al respecto, que la opción por una virtual irresponsabilidad del Presidente de la República durante el ejercicio de su mandato –sólo procede por unos muy contados y poco probables supuestos- persiguió dar estabilidad y continuidad a su gestión, en cuya virtud la acusación y el juzgamiento del presidente por otros delitos vinculados al ejercicio de la función o del cargo, con motivo del desempeño de la función –distintos de los presidenciales- sólo podrá emprenderse luego de culminado el ejercicio de su mandato, previo Antejudio. El cargo presidencial puede ser vacado por incapacidad moral por la comisión de graves delitos de función (esa opción fue seguida por el Congreso respecto del acusado Fujimori Fujimori: Resolución Legislativa Número 009-2000-CR, del veintiuno de noviembre de dos mil) [EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO: *La responsabilidad del Presidente*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, páginas 210 y 252].

⁹⁹² La suspensión de la acción penal según doctrina unánime, es “...*aquel detenimiento que experimenta la iniciación o la continuación del plazo legal para perseguir el delito, sin que el tiempo transcurrido con anterioridad a la presentación del impedimento pierda su eficacia cancelatoria parcial, ya que solamente queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurra luego de la desaparición del obstáculo puesto por la misma ley a la pesquisa penal*” [ROY FREIRE, LUIS EDUARDO: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, 1998, página 83]. La *inmunidad presidencial*, por tanto, es relativa y temporal; relativa en la medida que sólo debe orientarse a preservar el ejercicio de la Presidencia de la República, y temporal en la medida que sólo debe entenderse en el tiempo hasta el final del mandato presidencial, de suerte que no puede entenderse como un supuesto de impunidad, inaceptable en un Estado Constitucional [Conforme: Defensoría del Pueblo. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley número 290/2006-DP, del veintiuno de septiembre de dos mil seis, páginas 11 y 12].

⁹⁹³ La doctrina penalista nacional, al parecer, es unánime al respecto. Desde BRAMONT ARIAS, siguiendo a HURTADO POZO y culminando con VILLAVICENCIO TERREROS, acotan que recién culminado el mandato presidencial queda expedita la acción para perseguir al ex Presidente por los otros delitos –no los presidenciales- que hubiera cometido durante el período presidencial, sin que el tiempo transcurrido pueda ser tenido en cuenta para los efectos de la prescripción [*La Ley Penal Curso de Dogmática jurídica*, Librería Mundial de R. Meza S. y Cia., Lima, 1950, página 249; *Manual de Derecho Penal Parte General I*, obra citada, página 342; *Derecho Penal Parte General*, obra citada, página 216]. Refiriéndose a la inmunidad presidencial consagrada en esa norma [el artículo 150° de la Constitución de 1933 tiene la misma lógica institucional], BRAMONT ARIAS en la obra antes anotada, dice lo siguiente: “*La inmunidad sólo quiere decir que la acción no le puede ser dirigida mientras dura en el cargo transitorio que desempeña. No puede alegarse prescripción de la acción penal. Las acciones no prescriben cuando están impedidas*”.

⁹⁹⁴ **Artículo 113° de la Constitución de mil novecientos noventa y tres:** “*La Presidencia de la República vaca por: 2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso*”.

número 009–2000–CR, del veintiuno de noviembre de dos mil –publicada en el Diario Oficial el día veintidós de ese mes y año–.

5. Otra causal de suspensión de la prescripción de la acción penal es, asimismo, el trámite de Antejudio constitucional. El tiempo de instauración y definición del procedimiento parlamentario de acusación constitucional, conforme al artículo 84° del Código Penal –que establece un plazo de suspensión, desde la incoación formal de ese procedimiento con la interposición de la denuncia constitucional respectiva hasta la emisión de la Resolución Legislativa correspondiente–. En consecuencia, es de tener en cuenta la denuncia constitucional de fecha cuatro de abril de dos mil formulada por la Congresista Ana Elena Townsend Diez Canseco, que dio lugar a la Resolución Legislativa número 005–2001–CR, publicada el veintiocho de agosto de dos mil uno –casos Barrios Altos y La Cantuta–; y, la denuncia constitucional interpuesta por los Congresistas Ana Elena Townsend Diez Canseco, Edgar Villanueva Núñez, Gustavo Pacheco Villar, Hildebrando Tapia Samaniego y César Zumaeta Flores de fecha veinticuatro de junio de dos mil dos, que dio lugar a la Resolución Legislativa número 0014–2003–CR, publicada el catorce de noviembre de dos mil tres –casos Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia⁹⁹⁵–.

6. Otras dos causales de suspensión tienen lugar, tanto durante el período resultante de la declaración de contumacia, según el artículo 1° de la Ley número 26641 [el auto de fojas veintiún mil novecientos ochenta y tres, del veintiséis de julio de dos mil seis, ratificado por la Ejecutoria Suprema de fojas ciento diez del cuaderno respectivo, del catorce de noviembre de dos mil seis, declaró suspendida el plazo de prescripción desde el quince de abril de dos mil cuatro, fecha en que se dictó el auto de declaración de contumacia]⁹⁹⁶, cuanto el tiempo que demoró el procedimiento auxiliar de extradición –de la decisión extraditoria dependía la continuación del proceso penal en sede nacional–, que culminó el día once de julio de dos mil siete, en que la Corte Suprema de Chile autorizó la extradición al Perú.

7. En consecuencia, si se toma en consideración la pena privativa de libertad conminada para el delito de secuestro agravado: no menor de diez ni mayor de veinte años (incluso si se pretendiera la calificación de los hechos al

⁹⁹⁵ El Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la STC número 5068-2006-PHC/TC, del quince de noviembre de dos mil seis, fundamento jurídico duodécimo, estimó que el trámite parlamentario en el antejudio político suspende la prescripción penal, por lo que resulta de aplicación el artículo 84° del Código Penal. Es, insistió, un paso previo para que se diera inicio al proceso penal.

⁹⁹⁶ El Tribunal Constitucional en la STC número 07451-2005-HC, del diecisiete de octubre de dos mil cinco, fundamento jurídico duodécimo, reconoció que la legitimidad constitucional de la Ley número 26641 que consagra la relevancia de la declaración de contumacia respecto del instituto de la prescripción. Si bien estimó que se trataba de un supuesto de interrupción, cuando en rigor es de suspensión [la interrupción, que para efectos prácticos, a tenor del artículo 83° *in fine* del Código Penal, importa un plazo extraordinario de prescripción, carece de sentido en procesos ya incoados porque su propia existencia determina la interrupción del plazo de prescripción –artículo 83°, primer párrafo, del Código Penal–. Es determinante al respecto, pese a lo expuesto en la primera parte del artículo 1° de dicha Ley, lo que consigna en el extremo final de ese artículo: “...*El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción*”], lo resaltante es que legitima constitucionalmente que el legislador ordinario instituya una causal para alterar de alguna manera el período de la prescripción.

delito de secuestro simple –aspecto de por sí descartado–, cuya pena es pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años), es evidente que la acción penal no ha prescrito.

696°. El artículo 210° de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, vigente cuando se cometieron los hechos, y los procedimientos de acusación constitucional y de extradición constituyen cuestiones jurídicas de especial relevancia que suspenden el plazo de prescripción hasta su conclusión, por imperio del artículo 84° del Código Penal. El comienzo del proceso penal está condicionado, en el caso de un Alto Funcionario Público como sería un Presidente de la República, *primero*, a la culminación o cesación del mandato presidencial; y, *segundo*, conforme al artículo 99° de la Constitución, a la resolución acusatoria del Congreso de contenido penal –artículo 100° de la *Lex Superior*–. De igual manera, el procedimiento de extradición, cuya discusión acontece en sede externa, constituye una cuestión de la que depende la continuación del proceso en sede nacional: sólo si se concede la extradición será posible el enjuiciamiento en el Perú, que fue lo que aconteció en el presente caso.

Es evidente, entonces, que el primer supuesto constitucional y los procedimientos de acusación constitucional y de extradición no permiten el inicio o la continuación en su caso del plazo de prescripción. Durante el lapso de incoación y duración de ambos procedimientos no puede computarse dicho plazo.

Pero, como se ha dejado anotado, también es de aplicación otra norma legal que dispone la suspensión del plazo de prescripción. Es el artículo 1° de la Ley número 26641. Declarada la contumacia del imputado, el período entre esa situación procesal y la detención del imputado o su puesta a derecho tampoco se cuentan. Así ha sido declarado en decisiones anteriores –ya indicadas–, que han adquirido firmeza, y que es del caso aplicar en sus propios términos.

§ 2. El delito de asesinato: ferocidad y alevosía.

697°. Es materia de análisis el delito de asesinato, bajo las circunstancias de ferocidad y alevosía. El asesinato por ferocidad significa dar muerte a una persona a partir de un móvil o motivo fútil, inhumano. Es una circunstancia que pertenece a la esfera de la culpabilidad, en cuanto categoría que alberga la formación de la voluntad del agente criminal (...) refleja un ánimo perteneciente a la esfera subjetiva y personal del agente⁹⁹⁷.

El asesinato por alevosía resalta una determinada circunstancia de ejecución, en cuya virtud el agente asegura la ejecución y evita los riesgos de la defensa por parte de la víctima –propiamente, es una circunstancia que comporta un mayor desvalor de la acción, una mayor peligrosidad objetiva de la conducta del agente⁹⁹⁸–, sin que se descuide el aspecto subjetivo del agente,

⁹⁹⁷ CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Derecho Penal – Parte Especial I*, obra citada, páginas 432-433.

⁹⁹⁸ MORALES PRATS, FERMIN: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (QUINTERO OLIVARES, GONZALO: Director), Segunda Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, página 43.

que alude al ánimo de procurarse, a partir de los medios, modos o formas que utiliza en la ejecución del hecho, la indefensión del sujeto o de aprovecharse de ella⁹⁹⁹. La Ejecutoria Suprema del seis de julio de dos mil cuatro, número 999–2004/Tacna, se afilia a su carácter de circunstancia mixta.

698° La circunstancia de *ferocidad* en el homicidio tiene como elemento significativo que el motivo o la causa de la muerte es de una naturaleza deleznable –ausencia de objetivo definido– o despreciable –ferocidad brutal en la determinación–. El motivo en cuestión no es atendible o significativo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema alude a un comportamiento delictivo realizado sin ningún motivo ni móvil aparente explicable, por un instinto de perversidad o por el solo placer de matar [Ejecutorias Supremas del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, número 2343–99/Ancash, y del veintidós de enero de mil novecientos noventa y nueve, número 4406–98/Lima]. Asimismo, también menciona que el motivo o móvil es insignificante o fútil, o inhumano, desproporcionado, deleznable y bajo [Ejecutorias Supremas del doce de enero de dos mil cuatro, número 2804–2003/Lima Norte; veintiuno de enero de dos mil cinco, número 3904–2004/ La Libertad; y, nueve de septiembre de dos mil cuatro, número 1488–2004].

Existe, en virtud de lo expuesto, una desproporción del motivo que le da origen con la gravedad de la reacción homicida, a cuyo efecto es posible identificarla en homicidios perpetrados por regocijo perverso, lujuria de sangre, vanidad criminal, espíritu de prepotencia, soberbia, etcétera¹⁰⁰⁰. No se trata –aclara HURTADO POZO¹⁰⁰¹– de la simple ejecución torpe, cruel o brutal; es de valorar, en la línea postulada por BRAMONT ARIAS, el móvil con que actúa el agente, su instinto sanguinario, a partir de lo cual debe ser desproporcionado, deleznable y bajo, que revelan en el autor una actitud inhumana, contraria a los primarios sentimientos de solidaridad social¹⁰⁰². A esto último se denomina perversidad brutal de la determinación¹⁰⁰³.

699°. La circunstancia de *alevosía*, tomada de la fuente hispana¹⁰⁰⁴, requiere para su constitución de cuatro requisitos: **a)** *Normativo*, sólo aplicable a los delitos cometidos contra las personas; **b)** *Objetivo*, radicado en el '*modus operandi*' y se refiere al empleo de medios, modos o formas en la ejecución, tendentes a asegurarles, eliminando cualquier posible defensa de la víctima; **c)** *Subjetivo*, el agente ha de haber buscado intencionadamente, o al menos haberse aprovechado conscientemente, de perseguir eliminar toda resistencia del ofendido; y **d)** *Teleológico*, ha de

⁹⁹⁹ GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: *Derecho Penal Español Parte Especial*, obra citada, páginas 94-95.

¹⁰⁰⁰ VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 78.

¹⁰⁰¹ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 52.

¹⁰⁰² BRAMONT ARIAS, LUIS ALBERTO: *Temas de Derecho Penal*, Tomo I, SP Editores, Lima, 1988, página 40.

¹⁰⁰³ PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*, obra citada, página 102.

¹⁰⁰⁴ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 66.

comprobarse si en realidad, en el caso concreto, se produjo efectivamente una situación de total indefensión¹⁰⁰⁵.

Lo relevante es, en *primer lugar*, el empleo de medios o modos que tiendan a asegurar la ejecución del homicidio; en *segundo*, la seguridad en su ejecución y la ausencia de riesgo para el autor; y, *finalmente*, la conciencia del agente de la situación de indefensión de la víctima y por la elección de los medios y formas de asegurar el homicidio¹⁰⁰⁶.

Así ha sido recogido por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema [Ejecutorias Supremas del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, número 1425-99-Cusco; y, del veinticinco de mayo de dos mil cuatro, número 880-2004/Arequipa]. Lo decisivo en la alevosía ha de ser el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido¹⁰⁰⁷.

700°. En el presente caso, conforme a la ejecución del hecho y a los móviles determinantes de las muertes ocurridas en el Solar de Barrios Altos y en la avenida Ramiro Prialé, se tiene que no sólo se preparó anticipadamente la comisión del delito –lo que presupone la existencia de un plan preconcebido, por lo menos en sus lineamientos de ejecución–, a cuyo efecto se constituyó un Destacamento Especial de Inteligencia, cuya misión específica era, entre otras, matar a quienes estimaron estaban vinculados al aparato político o militar de la organización terrorista “Sendero Luminoso”. Los ejecutores materiales actuaron con absoluta frialdad y determinación, en lo que entendían era una operación militar de eliminación de senderistas, a cuyo efecto incursionaron con sigilo y decisión al Solar del Jirón Huanta – Barrios Altos y a la Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle”, La Cantuta –donde aparentaron una operación de registro y búsqueda de terroristas en las instalaciones de los estudiantes y profesores–, sorprendieron a las víctimas, que no esperaban una acción semejante, las sometieron y les dieron muerte utilizando su armamento de guerra.

En el primer caso, irrumpieron en el solar del Jirón Huanta ochocientos cuarenta, aprovecharon que los agraviados se encontraban departiendo en una pollada, separaron a determinados asistentes y dispararon contra ellos sin miramiento alguno, lo que incluso determinó el asesinato de un niño. En el segundo caso, bajo la apariencia de una operación de identificación de posibles subversivos, ingresaron a la Universidad La Cantuta –que incluso se encontraba bajo control militar–, redujeron a quienes consideraron senderistas –sobre la base de una identificación previa decidida con anterioridad–, los llevaron a un descampado en la avenida Ramiro Prialé y, sin más, los ejecutaron utilizando el armamento de guerra que portaban, y luego los enterraron y quemaron para ocultar el crimen perpetrado.

¹⁰⁰⁵ CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tercera Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 67.

¹⁰⁰⁶ CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, páginas 460-480.

¹⁰⁰⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal – Parte Especial*, décimo tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, páginas 51-52.

701°. En estas condiciones es indiscutible que el crimen fue alevoso. Así se planificó y así se realizó, a la vez que para su ejecución se contó con la formación castrense de los autores materiales. Se sorprendió a las víctimas para inmovilizarlas, se cuidó que se encontraran desarmadas, se las sometió y, luego, se las atacó con armamento de guerra, evitando cualquier maniobra defensiva de su parte y asegurando su muerte. Hubo, pues, indefensión de las víctimas y se aseguró el resultado letal, sin riesgo para los ejecutores; todo ello, por lo demás, se buscó de propósito.

El aprovechamiento de especiales circunstancias de tiempo y lugar, el ataque inesperado para las víctimas –rápido y por sorpresa, en el Caso Barrios Altos–, el procedimiento empleado por los ejecutores materiales que dejó a los agraviados sin capacidad de respuesta y destinado a facilitar la ejecución, el estado de desvalimiento de las víctimas –que se encontraban desarmadas, sujetas al poder de sus atacantes– que supuso su total indefensión, no hace sino ratificar la alevosía de la conducta de sus atacantes.

No existe fundamento, por el contrario, para estimar que el homicidio tuvo un móvil feroz. No sólo se actuó a partir de un objetivo definido, más allá de su intrínseca ilegalidad y su obvio reproche ético, injustificable desde todo punto de vista, sino que el móvil no fue fútil o insignificante. La consideración o coartada antiterrorista, más allá de ser repudiable en atención a lo exigido a funcionarios públicos respecto de su comportamiento ante quien se entiende son delincuentes terroristas, no expresa un móvil desproporcionado, deleznable o bajo. Se mató en función a un plan previamente elaborado, y la ejecución del crimen siguió, por lo menos externamente, pautas propias del desarrollo de operaciones militares, aunque al margen y en contradicción con la propia normatividad castrense. La concepción que se asumió se basó, sin duda, en el desprecio a la vida humana y en una abierta rebeldía a las reglas básicas de una sociedad civilizada, a la esencia misma del honor militar y de los lineamientos que rigen el enfrentamiento y trato al enemigo vencido o desarmado. Esto último, pese a su dramática y escandalosa ilegalidad, no puede reputarse como actuación precedida de un móvil feroz.

En consecuencia, se admite el homicidio por alevosía y se rechaza el homicidio por ferocidad.

§ 3. El delito de lesiones graves.

702°. Conforme se ha dejado expuesto, el Atentado de Barrios Altos dio como resultado quince personas muertas y cuatro heridas, todos por disparos por arma de fuego. Los cuatro heridos fueron los agraviados Natividad Condorcahuana Chicaña –once impactos de bala–, Felipe León León –seis impactos de bala–, Tomás Livias Ortega –veintisiete impactos de bala– y Alfonso Rodas Alvitres –ocho impactos de bala–. Los proyectiles que les impactaron ocasionaron heridas perforantes y penetrantes, de diferente significación.

- A.** Condorcahuana Chicaña sufrió dos fracturas y fue sometida a una intervención quirúrgica de urgencia. Los impactos de bala no

comprometieron órganos vitales. Requirió diez días de atención facultativa y ciento veinte días de incapacidad médico legal.

- B. León León tuvo que ser operado de urgencia porque una de los impactos de bala alcanzó el tórax y lesionó una víscera que cubría el pulmón, que puso en riesgo su vida.
- C. Livias Ortega tuvo que ser operado de urgencia porque sufrió una herida en el tórax, a nivel intercapular, segunda y tercera vértebra dorsal, que le ocasionó un cuadro neurológico parapléjico.
- D. Rodas Alvitres, igualmente, fue operado de urgencia porque sufrió dos perforaciones de intestino delgado. Se trató de una lesión de necesidad mortal.

703°. El artículo 121° del Código Penal sanciona el delito de lesiones graves. La norma originaria fue modificada mediante Ley número veintiocho mil ochocientos setenta y ocho, publicada el diecisiete de agosto de dos mil seis. Esta modificación introduce dos cambios en el texto primigenio. La primera es la pena para los tres supuestos agravatorios: pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años –la norma originaria tenía prevista una extensión de la pena privativa de libertad menor en su extremo mínimo: no menor de tres años–; y, la segunda es la introducción de un nuevo supuesto agravatorio: "*Cuando la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones, se aplicará pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de doce años*".

Como el delito juzgado se cometió durante la vigencia del texto originario y éste es más favorable que la nueva norma, por imperio del artículo 6° del Código Penal, es de aplicación el primer texto. Se trata de un supuesto de ultraactividad benigna de la ley penal¹⁰⁰⁸.

704°. El originario artículo 121° del Código Penal castiga al que causa a otro un daño grave en el cuerpo o la salud, e identifica tres supuestos de lesiones graves. Están referidos a la importancia del resultado producido, y que por su propia naturaleza requerirán tratamiento médico o quirúrgico. Son los siguientes:

- A. Los que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
- B. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
- C. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiere treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

705°. El delito de *lesiones graves* –en tanto delito de resultado material– requiere, como postula la norma antes invocada, que el agente por acción

¹⁰⁰⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 176.

u omisión impropia cause, produzca u origine un daño grave en la integridad corporal o salud del sujeto pasivo¹⁰⁰⁹.

Ahora bien, cuando el artículo 121° del Código Penal alude a la existencia de un daño en el cuerpo o en la salud, exige la realización de una conducta –comisiva u omisiva– que, de un lado, ocasiona cualquier modificación, más o menos duradera, en el organismo de la víctima –que queda manifestada en el organismo–; o, de otro lado, provoca o acentúa un estado patológico de cierta intensidad, alterando la fisiología –equilibrio funcional del organismo– u ocasionando alteraciones psíquicas de cierta entidad –durable o relativamente pasajero–¹⁰¹⁰.

El daño en el cuerpo –integridad corporal– o en la salud psicofisiológica¹⁰¹¹ ha de ser *grave*. El legislador define la gravedad de la lesión, incorporando precisas circunstancias cualificantes obligatorias. Entre ellas, y a los efectos de la presente causa, se tienen: a) las lesiones que ponen en peligro inminente la vida, b) las que causan invalidez permanente, y c) las que requieran treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

706°. En el supuesto de “peligro inminente de la vida”, la lesión –por sus características y entidad de la herida, así como por las condiciones o constitución del sujeto pasivo– ha de ocasionar un peligro concreto, real, efectivo, actuante, de comprometer seriamente la vida de la víctima¹⁰¹². Esto es, la lesión inferida aparejaba una posibilidad cierta de complicaciones, las que por lo general provienen cuando se dañan principalmente órganos y tejidos internos¹⁰¹³. La víctima ha de haber estado en un real trance de morir¹⁰¹⁴.

En el presente caso, esto ocurrió a los agraviados León León y Rodas Alvitres. Al primero, uno de los proyectiles impactó en el tórax y lesionó una viscera que cubría el pulmón. Al segundo, dos de los proyectiles produjeron dos perforaciones en el intestino delgado. Ambas lesiones debilitaron seriamente las funciones respiratoria y digestiva, respectivamente; necesitaron una cirugía de urgencia y comprometieron la vida de los agraviados, fueron de necesidad mortal.

707°. En el supuesto de “lesiones que causan invalidez permanente”, el sujeto pasivo, como consecuencia de la lesión, ve mermada seriamente sus posibilidades físicas normales de las que disfrutaba en su vida diaria, tales como la facultad locomotora, de modo que como resultado necesitará de la ayuda de terceros o del auxilio de algún medio mecánico, electromecánico o de cualquier índole, para su desenvolvimiento

¹⁰⁰⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 169.

¹⁰¹⁰ ROY FREIRE, LUIS: *Derecho Penal Peruano Parte Especial*, obra citada, páginas 301-302.

¹⁰¹¹ VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 200.

¹⁰¹² PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, páginas 260-261.

¹⁰¹³ PORTOCARRERO HIDALGO, JUAN: *Delito de lesiones*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003, página 33.

¹⁰¹⁴ DONNA, EDGARDO: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, página 169.

ordinario¹⁰¹⁵. No hace falta, por cierto, que la invalidez sea incurable, sino que persista durante un tiempo considerable.

Este es el caso del agraviado Livias Ortega, quien tuvo que ser operado de urgencia porque sufrió una herida en el tórax, a nivel intercapular, segunda y tercera vértebra dorsal, que le ocasionó un cuadro neurológico parapléjico. La invalidez resultante es, pues, permanente.

708°. En el supuesto de “causación de cualquier otro daño que requiera treinta o más días de asistencia o descanso”, se ha recurrido al criterio de los plazos, en el entendido que la gravedad de un daño es en parte medible por el plazo que requiere el restablecimiento de la víctima¹⁰¹⁶. Es una fórmula que permite la interpretación analógica, de suerte que el daño que prevé puede ser permanente o reversible –que pueda desaparecer, volviendo el organismo o la salud a su estado normal en un tiempo más o menos prolongado–¹⁰¹⁷. Facilita abarcar toda aquella gama de lesiones no previstas taxativamente, con el solo límite que requieran incapacidad de más de veintinueve días –atención facultativa o descanso para el trabajo–¹⁰¹⁸.

La agraviada Condorcahuana Chicaña tuvo que ser sometida a intervención quirúrgica porque sufrió dos fracturas, y si bien los impactos de bala no comprometieron órganos vitales, requirió diez días de atención facultativa y ciento veinte días de incapacidad médico legal. Se cumple, en consecuencia, el criterio del plazo: incapacidad superior a los veintinueve días.

709°. La TIPICIDAD SUBJETIVA. El sujeto activo debe actuar con *animus vulnerandi* o *laedendi* al momento de ocasionar la lesión grave a su víctima; esto es, dolo de lesionar, de menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima, de conocimiento del peligro concreto de la lesión que su acción genera. En el presente caso existe una limitación externa a la tipificación del hecho, concretada en la sentencia extraditoria y en la propia acusación fiscal reformulada: han calificado estos cuatro resultados dañosos en el tipo legal de lesiones graves –en la acusación oral el Fiscal precisó que tal calificación derivó de la que a su vez realizó el Congreso cuando declaró la formación de causa penal–. En esas condiciones, y como este Tribunal no estimó necesario plantear la tesis desvinculatoria, no es posible discutir si más bien el dolo de los autores respecto de los cuatro agraviados en cuestión era de matar –*animus necandi*–.

Cabe acotar que, como ha precisado la Corte Suprema, “...desde el punto de vista externo y puramente objetivo, el delito de lesiones y un homicidio tentado son totalmente semejantes, teniéndose como única y sola diferencia, el animo del sujeto, pues en uno sólo tiene la intención de

¹⁰¹⁵ VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, páginas 203-204. SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 174.

¹⁰¹⁶ VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 204.

¹⁰¹⁷ ROY FREIRE, LUIS: *Derecho Penal Peruano Parte Especial*, obra citada, página 316. BRAMONT ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO; GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN: *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 105.

¹⁰¹⁸ SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Derecho Penal Parte Especial*, obra citada, página 177.

lesionar y en el otro una intención de matar" [Ejecutoria Suprema del veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y siete, Recurso de Nulidad número 2493-97/Amazonas]. Más allá de su difícil determinación, la forma y circunstancias en que se disparó contra los asistentes a la pollada que se realizaba en el solar del jirón Huanta ochocientos cuarenta podría determinar –juicio inferencial– que, en todo caso, la intención de los coautores –materiales y mediatos–, en cuyo acto –necesariamente unitario, según la forma de ejecución– se victimó a quince personas, además de los cuatro lesionados, era de matar u homicida –clase de arma utilizada, zona del cuerpo afectada, número de ataques inferidos–. Empero, los presupuestos legales, procesales, antes enunciados impiden un análisis sobre este punto y, en todo caso, concluir de modo diverso a la acusación.

En tal virtud, es de concluir que *el dolo de los coautores, en el caso de los agraviados Condorcahuana Chicaña, León León, Livias Ortega y Rodas Albitres, fue el de lesionarlos gravemente.*

§ 4. Delitos contra la Humanidad: Barrios Altos y La Cantuta.

710°. Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad son aquellos que "*...ofende[n] los principios generales del derecho y se convierte[n] en una preocupación de la comunidad internacional*"¹⁰¹⁹. Han concitado la preocupación y reacción internacional desde los Convenios de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de mil ochocientos noventa y nueve y del dieciocho de octubre de mil novecientos siete –en especial su párrafo octavo–, y han ido evolucionando respecto a sus elementos, principalmente, con: **(i)** la Declaración del veintiocho de mayo de mil novecientos quince de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia; **(ii)** la Conferencia Preliminar de Paz de enero de mil novecientos diecinueve; **(iii)** el artículo 6°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco –la noción de "crimen contra la humanidad" fue consagrada por primera vez de manera explícita por el citado Estatuto–; **(iv)** el artículo 5°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente¹⁰²⁰;

¹⁰¹⁹ SANCHEZ SANCHEZ, RAÚL EDUARDO: *Los delitos de lesa humanidad*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo, Enero-Marzo 2006, Legis, Bogotá Colombia, página 88. Estos crímenes, apuntan CASSESE Y DELMAS MARTY, resaltando la posición jurisprudencial persistente en un ámbito normativo muy vago y relativo, son aquellos que hieren el sentimiento de respeto por la persona humana, arraigado en todas las grandes culturas contemporáneas [*Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Editorial Norma, Bogotá, 2004, página 367].

¹⁰²⁰ Los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio fueron precedidos por los Acuerdos de Londres del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco entre las cuatro grandes potencias aliadas, y la Proclama del general Mac Arthur del diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y seis, Jefe Supremo de las Fuerzas de ocupación en el Japón. Luego de esos actos de creación la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 95 (1) del once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis confirmó la validez general y universal de los principios establecidos en el Estatuto y en la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg [YÁÑEZ-BARNUEVO, JUAN ANTONIO: *La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas*. En: Creación de una jurisdicción penal internacional. Colección Escuela Diplomática número 4, Madrid, 2000, página 19]. Asimismo, el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho la

(v) la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado del veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco; (vi) el artículo 5° del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia –aprobado por Resoluciones número 808, del veintidós de enero de mil novecientos noventa y tres, y número 827, del veinticinco de mayo de ese mismo año, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas–; (vii) el artículo 3° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda –aprobado por Resolución número 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro– [ambos Estatutos contribuyeron a reforzar la punibilidad consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad¹⁰²¹]; y (viii) el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho –en vigor desde el uno de julio de dos mil dos–, que formuló un tipo penal comparativamente más preciso, cuyas referencias más cercanas fueron, de un lado, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y del Lejano Oriente, y, de otro lado, los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda¹⁰²².

711°. Las disposiciones indicadas en el primer caso, bajo el ámbito esencial del Estatuto de Nuremberg, en tanto forman parte del Derecho Internacional consuetudinario y se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, son plenamente aplicables para la labor de subsunción^{1023 1024}. Sin embargo, es de rigor identificar determinados límites,

Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 2391 (XXIII) adoptó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, que entró en vigor el once de noviembre de mil novecientos setenta, que ratificó la definición de crímenes contra lesa humanidad dada por el Estatuto de Nuremberg y estableció su imprescriptibilidad.

¹⁰²¹ WERLE, GEHARD: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 353.

¹⁰²² MAZUELOS COELLO, JULIO: *Algunas consideraciones acerca de la problemática del crimen internacional de Estado y del crimen de lesa humanidad*. En: Control Social y Dogmática Penal, Editorial San Marcos, Lima, 1995, página 177 y siguientes.

¹⁰²³ La protección jurídica de los derechos de las personas, como apunta SALMÓN, ELIZABETH, no se agota en la jurisdicción interna o estatal, sino que se complementa, y, ciertamente, se potencia con las normas de derecho internacional. El Tribunal Constitucional –STC número 2209-2002-AA/TC, del doce de mayo de dos mil tres, párrafo 5- ha consolidado la jerarquía suprema de las normas de derecho internacional que inciden en ese ámbito. Es de concordar con el *AMICUS* DE LA ESCUELA DE LEYES DE LA UNIVERSIDAD DE WASHINGTON cuando concluye, de un lado, que el derecho internacional exige la intervención del derecho penal de cada Estado contra los presuntos responsables de los crímenes internacionales; y, de otro, que los avances jurisprudenciales de tribunales internacionales respecto de las conductas reconocidas como crímenes en el derecho internacional, así como en el campo de la atribución de la responsabilidad penal internacional pertenecen al ordenamiento jurídico peruano con rango constitucional, de suerte que para su aplicación no se requiere de un reconocimiento adicional en el derecho nacional, ni existe impedimento alguno que justifique su no aplicación [*Informe en Derecho: la dimensión internacional del proceso penal contra el ex presidente Alberto Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta*, Junio 2008, páginas 20, 25 y 27].

¹⁰²⁴ Siguiendo la doctrina sentada por la STEDH recaída en el Asunto KOLK Y KISLYIY v. Estonia, del diecisiete de enero de dos mil seis, como los hechos de Barrios Altos y La Cantuta se perpetraron cuando ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional, para lo cual se toma como punto de referencia tanto el Acuerdo de Londres como la resolución de la Asamblea General de Naciones

en tanto **(i)** se reconoce a esas disposiciones, nucleadas alrededor del Estatuto de Nuremberg, el propio carácter de *norma internacional consuetudinaria*; **(ii)** se asume las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal [ley previa, estricta, escrita y cierta: artículos 2°.24.d) de la Constitución y II del Título Preliminar del Código Penal], en cuya virtud cabe afirmar, desde una perspectiva material, que no existía en el momento de comisión de los hechos: mil novecientos noventa y uno – mil novecientos noventa y dos una ley que hubiera incorporado una figura penal en nuestro ordenamiento punitivo y que comprenda, de un lado, todos los elementos descritos en esa norma internacional consuetudinaria en cuanto crimen internacional –ni siquiera en la actualidad el legislador ordinario ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivadas de la ratificación por el Perú del Estatuto de la Corte Penal Internacional–, y de otro lado, la sanción correspondiente; y, **(iii)** se admite que los crímenes contra la humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente.

Por ello es de atender, para su debida identificación, a los elementos contextuales o a las circunstancias –que son las que confieren a unos determinados hechos el carácter de crimen internacional– que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves de veintinueve personas, y que en ese momento estaban legalmente previstas en nuestro derecho interno como delitos de homicidio calificado y lesiones graves, y que no se oponen a lo dispuesto en los artículos 45° y 46° del Código Penal. La norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, así como otros elementos que en los párrafos siguientes se precisarán, todos los cuales están debidamente predeterminados –presentan límites suficientemente definidos– por la aludida norma internacional consuetudinaria. La concurrencia de estas circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad¹⁰²⁵, y que por

Unidas del once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, entonces, son de aplicación, en lo pertinente, dichas disposiciones, sin perjuicio de las precisiones introducidas por las normas posteriores [la definición de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma no se constituye en una innovación, por el contrario, recoge los diferentes desarrollos del derecho internacional humanitario desde Nuremberg – SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *obra citada*, página 93]. Por lo demás, el concepto de responsabilidad penal individual por violaciones a normas humanitarias y de derechos humanos es universalmente reconocido [AMBOS, KAI: *Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya*. En: <http://www.cienciaspenales.org/revista%2021/responsabilidad%20penal%individual.pdf>].

¹⁰²⁵ Así, STSE número 798/2007, de uno de octubre de dos mil siete, Fundamento Jurídico 7° ordinal 4).

ello permite la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal.

712°. Así las cosas, en función al desarrollo o evolución de este tipo penal internacional, es posible definir el delito contra la humanidad, de modo general, siguiendo a GIL GIL como todo atentado contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*¹⁰²⁶.

713°. El asesinato siempre fue considerado como una forma de delito contra la humanidad. El inciso 1) del artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional destaca lo siguiente: *“A los efectos del presente Estatuto se entenderá por <<crimen de lesa humanidad>> cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:*

a) Asesinato

....”

Una primera aclaración, sin embargo, tiene que ver con el término “asesinato”. Aclaración que parte de dos consideraciones necesarias. La *primera*, que no puede identificarse el término “asesinato” con el artículo 108° del Código Penal, sino con el hecho de dar muerte o causar la muerte¹⁰²⁷; y, la *segunda*, en virtud del reconocimiento del principio de culpabilidad individual, que la conducta, comisiva u omisiva, debe ser dolosa, dolo –de cualquier clase– que debe extenderse a todos los

¹⁰²⁶ GIL GIL, ALICIA: *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los elementos de los Crímenes”*. En: La nueva justicia penal supranacional, Kai Ambos – Coordinador, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 94. La decisión del dos de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, párrafos 565-568, dictada por la Cámara I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ICTR, y recaída en el caso PROSECUTOR V. JEAN PAUL AKAYESU, Caso número ICTR-96-4-T, apunta en el mismo sentido desde una perspectiva general. Anotó que los elementos esenciales de los *delitos de lesa humanidad* son los actos inhumanos en naturaleza y carácter que causan gran sufrimiento o serios daños en la salud física o mental, además de ser cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático y en contra de la población civil. Se trata de “...*serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad; son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional...*” [TPIY PROSECUTOR V. DRAZEN ERDEMOVIC, IT-96-22-A, Cámara de Apelaciones, del siete de octubre de mil novecientos noventa y siete].

¹⁰²⁷ La aludida sentencia AKAYESU, párrafo 589, proferida por el ICTR, definió el *asesinato* como la muerte intencional de un ser humano con los siguientes requisitos: “1. *La víctima esté muerta; 2. La muerte sea el resultado de una acción u omisión ilegal del perpetrador o de un subordinado; 3. Al momento de la muerte el perpetrador o el subordinado tenía la intención de matar o infligir serios daños en el cuerpo del occiso sabiendo que tal daño en el cuerpo probablemente le causaría a la víctima la muerte, y lo tenga sin cuidado si la muerte se produce o no*”.

elementos del delito, básicamente saber que la muerte se incardina en un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil¹⁰²⁸.

714°. Si se entiende, conforme a la jurisprudencia internacional, que el crimen contra la humanidad es de una naturaleza especial con un grado mayor de inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes¹⁰²⁹, requiere que se verifique:

1. Desde el *aspecto objetivo o material*, la concurrencia de determinados presupuestos que se han ido configurando y reconociendo en base al ordenamiento positivo o consuetudinario de protección a los derechos humanos. Específicamente, los requisitos exigidos por los instrumentos y tribunales internacionales se han referido siempre **(i)** a la condición del autor (órgano de poder estatal, o de una organización delictiva que asume control de facto de un territorio¹⁰³⁰), **(ii)** a la naturaleza de la infracción (actos organizados, y generalizados o sistemáticos –el término ‘generalizado’, de orden cuantitativo, alude al número de víctimas, mientras que el adjetivo ‘sistemático’ contiene la idea de un plan metódico¹⁰³¹–), **(iii)** a la oportunidad de ejecución del ilícito (situación de conflicto interno o externo)¹⁰³², así como **(iv)** a las calidades y situación de las víctimas (población civil e indefensión¹⁰³³).

¹⁰²⁸ La sentencia dictada por el TPIY PROSECUTOR V. DUSKO TADIC, Caso Número IT-94-1-T, Cámara II, del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete, párrafo 659, precisó: "...el autor debe conocer que existe un ataque contra la población civil, que su acto se enmarca en dicho ataque y el acto no debe ser cometido por razones puramente personales no relacionadas con el conflicto armado".

¹⁰²⁹ Sentencia Tadic, párrafo 271.

¹⁰³⁰ Sentencia TPIY PROSECUTOR V. ZORAN KUPRESKIC Y OTROS, Caso número IT-95-16-T, Cámara II, del catorce de junio de dos mil, párrafos 654-655. En igual sentido, la ya citada sentencia PROSECUTOR V. TADIC, del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete, párrafo 654.

¹⁰³¹ DELMAS-MARTY, MIREILLE: *¿pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores?*, Obra citada, página 83. La Sentencia PROSECUTOR V. TADIC ya citada consideró que el ataque debía ser generalizado o sistemático, esto es, no era necesario la concurrencia de ambas bases. En los dos supuestos se requiere que el acto se perpetre en seguimiento de una política, lo que excluye situaciones de comisión de actos inhumanos por su propia iniciativa o en desarrollo de su propio plan criminal, sin el aliento o dirección de un Gobierno o un grupo organizado [así, TPIR, sentencia PROSECUTOR V. AKAYESU, del dos de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, párrafo 580]. La Sentencia PROSECUTOR V. KUNARAC, Cámara II, del veintidós de febrero de dos mil uno, párrafo 428, precisó que el carácter ‘generalizado’ del ataque se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas; y, la sentencia PROSECUTOR V. KUNARAC, Cámara de Apelación, del doce de junio de dos mil dos, párrafo 94, estableció que la calificación como ‘sistemático’ del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia.

¹⁰³² La Sentencia de Apelación recaída en el Asunto PROSECUTOR V. TADIC, del dos de octubre de mil novecientos noventa y cinco (IT-94-1-AR 72), párrafo 141, consideró que el derecho internacional consuetudinario ya no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional; por consiguiente, éste puede cometerse en tiempos de paz. Por lo demás, ya en la Convención de mil novecientos sesenta y ocho sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia en su artículo 1°, literal b), a los crímenes de lesa humanidad “cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (1) de trece de febrero de mil novecientos cuarenta y seis y 95 (1) de

2. Desde el *aspecto subjetivo*, se requiere que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que la conducta es o será parte de un ataque generalizado o sistemático – violencia organizada– en contra de la población civil en desarrollo de un plan o política¹⁰³⁴. Es claro que el Derecho Internacional consuetudinario no había reconocido nunca como crimen contra la humanidad cualquier comisión de un acto inhumano aislado, el acto debía ser parte de de una campaña mayor de atrocidades cometidas contra civiles¹⁰³⁵.

En coherencia con todo ello se ha caracterizado al asesinato, como delito contra la humanidad¹⁰³⁶, precisando que él es consecuencia o expresión de una agresión sistemática, proveniente del Estado o de sus órganos de poder, la cual es promovida o avalada por políticas y directivas oficiales o cuasi oficiales, y que recae sobre la población civil en una coyuntura de conflicto bélico o social. No hay obstáculo, asimismo, para incorporar a estas consideraciones las lesiones graves, no sólo porque en el caso Barrios Altos formaron parte de un mismo ataque que apuntaba a aniquilar a presuntos terroristas, sino porque el resultado era coherente con ese objetivo o misión.

715°. En base a tal enunciado normativo, la doctrina ha enfatizado sobre el nivel estructurado, político y sistemático de los actos de agresión que configuran delitos contra la humanidad. Con relación a ello AMBOS ha señalado: *“El común denominador de un ataque sistemático es que se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido, destacando la naturaleza organizada del ataque. El ataque es sistemático si se basa en una política (policy) o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, i.e., las víctimas específicas...Este es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya*

once de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, ...” [STSE número 798/2007, del uno de octubre de dos mil siete, Fundamento Jurídico Sexto, ordinal 3].

¹⁰³³ Se protege a cualquier población civil. Ello destaca el carácter colectivo del crimen y la exclusión de los ataques contra personas individuales y de los actos aislados de violencia [WERLE, GERHARD, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, obra citada, página 357]. En ese sentido, sentencia PROSECUTOR V. TADIC, Cámara II, del siete de mayo de 1997, párrafo 644 (IT-94-1-T). Población civil son todas aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia (WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, obra citada, página 359).

¹⁰³⁴ En la práctica del derecho penal internacional, anota WERLE, se han desarrollado los presupuestos subjetivos según las necesidades del caso, por separado para cada tipo penal. El artículo 30° del Estatuto de Roma establece presupuestos subjetivos comunes, cuyo objeto es el hecho global en sí. *“ El autor debe conocer, por tanto, que se está llevando a cabo un ataque (generalizado o sistemático) contra una población civil y que su hecho represente una parte de este ataque. Por el contrario, no es preciso que el autor conozca los detalles de la planificación o de la política del Estado o de la organización”* [*Tratado de Derecho Penal Internacional*, obra citada, página 370].

¹⁰³⁵ GIL GIL, AUCIA: *Los crímenes contra la humanidad*, obra citada, páginas 80-81.

¹⁰³⁶ La humanidad es sujeto de derecho. En la sentencia PROSECUTOR V. ERDEMOVIC, de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis (Cámara I, IT-96-22-T), se dice que a diferencia del derecho común, el objeto del atentado ya no es la mera integridad física de la víctima, sino la humanidad en su conjunto. Esos crímenes también trascienden al individuo porque, al atacar al hombre, apuntan a la humanidad y la niegan.

que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político sólo exige que se excluyan los actos casuales de los individuos que actúan solos, aisladamente y sin que nadie los coordine... Tales hechos delictivos comunes, aún si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por lo menos por algún Estado o una organización... Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa: deben ser por lo menos tolerados por esta”¹⁰³⁷.

716°. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el asunto PROSECUTOR V. BLASKIC reconoce lo sistemático de un ataque en base a los siguientes indicadores, siempre inferibles del contexto: *“a) la existencia de un objetivo político, un plan de conformidad por el cual el ataque es cometido, o una ideología diseñada para destruir, perseguir, o debilitar la comunidad; b) la perpetración de un acto criminal a una escala muy grande contra un grupo de civiles, o el repetido y continuado cometido de actos inhumanos vinculados entre sí; c) la preparación y empleo significativo de recursos públicos o privados, sean militares o de otro tipo; d) la implicación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan metódico”¹⁰³⁸.*

Como se indica en el AMICUS CURIAE de la Universidad de Texas at Austin, con citas de la sentencia de apelación PROSECUTOR V. BLASKIC, del veintinueve de julio de dos mil cuatro, párrafo 101, sólo el ataque –no los actos específicos por los que el imputado es acusado– debe ser generalizado o sistemático; además, con cita de la SCIDH ALMONACID ARELLANO V. CHILE, del veintiséis de septiembre de dos mil seis, párrafo 96, aún un acto solo, cometido dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático, es suficiente para producir un crimen contra la humanidad¹⁰³⁹.

717°. Ahora bien, a partir de lo expuesto resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos

¹⁰³⁷ AMBOS, KAI: *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Editorial IDEMSA, Lima, 2007, páginas 133 a 135.

¹⁰³⁸ Sentencia PROSECUTOR V. TIHOMIR BLASKIC, Caso Número IT-95-14-T, Cámara I, del tres de marzo de dos mil, párrafo 94. En la sentencia SCILINGO, del diecinueve de abril de dos mil cinco, emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España (número 16/2005), por ejemplo, a partir de la jurisprudencia del Tribunal de la Ex Yugoslavia, se precisó que el agente debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto, el cual es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, función o posición del acusado dentro del mismo, su relación con las jerarquías políticas o militares o militares, amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etcétera.

¹⁰³⁹ AMICUS CURIAE: School of Law - The University of Texas at Austin, agosto de 2008, página 10.

contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos –efectivos de inteligencia militar– que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil.

Esta conclusión es absolutamente compatible con lo establecido en la Parte II de esta Sentencia. Está probado que fue una decisión de Estado ordenada o aprobada por el Jefe de Estado, que se ejecutó por los organismos de inteligencia militar –Destacamento Especial de Inteligencia Colina y DINTE– dirigidos finalmente por el SIN, y que contó con todo el apoyo oficial concebible, cuyo objetivo final fue la desaparición forzada y/o ejecución arbitraria o extrajudicial de presuntos subversivos, de los que dos hechos significativos –que no los únicos– fueron precisamente Barrios Altos y La Cantuta.

Con ello no se hace sino coincidir, a partir del cúmulo de pruebas ya analizadas, con las decisiones de la CIDH y el Tribunal Constitucional que, igualmente, calificaron estos actos de crímenes contra la humanidad según el Derecho Internacional Penal¹⁰⁴⁰.

¹⁰⁴⁰ SCIDH La Cantuta v. Perú, del veintinueve de noviembre de dos mil seis, párrafo 225. SSTC Vera Navarrete del nueve de diciembre de dos mil cuatro, párrafo 25 (número 2798-2004-HC/TC); y, Martín Rivas del veintinueve de noviembre de dos mil cinco, párrafo 81 (número 4587-2004-AA/TC).