

**EXPEDIENTE N° A.V. 33-2003  
RECURSO DE NULIDAD  
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
DICT. N° 001-2010  
LIMA  
SENTENCIADO: ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI**

**SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

### **I. INTRODUCCION**

El presente proceso se ha remitido en virtud a lo dispuesto en las resoluciones de folios 11264, folios 11274 y folios 11431, de fecha 19 de octubre de 2009, y la de folios 11455, de 23 de octubre de 2009, emitidas por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, que conceden los recursos de nulidad formulados por el representante del Ministerio Público, por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori y por la parte civil de Alberto Borea Odría y Javier Diez Canseco Cisneros, contra la sentencia que obra de folio 10916 a folio 10969, de fecha 30 de septiembre de 2009, aclarada por resolución de folios 11212/11213, de fecha 7 de octubre de 2009.

Conforme a estas resoluciones, será objeto de pronunciamiento fiscal la citada sentencia que:

Condena a **ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI o KENYA FUJIMORI**, como autor, en concurso real, de la comisión de los delitos de **peculado doloso**, en agravio del Estado; **corrupción de funcionarios – cohecho activo genérico**, en agravio del Estado; y **violación del secreto de las comunicaciones – interferencia o escucha telefónica**, en agravio de Javier Pérez de Cuellar, Jorge Yamil Mufarech Nemi, Javier Ortiz de Cevallos Thorndike, Alberto Bedoya Saénz, Ricardo Clemente Vásquez Suyo, Ricardo Vega LLona, Miroslav Lauer Holoubek, Ricardo Morales Basadre, Francisco Pérez de Cuellar Roberts, Ruth María Lozada Dejo, Ricardo Federico Fernandini Barreda, Miguel José María León Barandiarán Hart, Juan del Carmen Garaday Villanueva, Jaime Cuneo Velarde, Patricia Milagros Leguía García, Gustavo Adolfo Mohme Seminario, Cecilia del Pilar Valenzuela Valencia, César Hildebrant Pérez Treviño, Paúl Figueroa Lequien, Elsa Felícita Casas Sotomayor, Javier Diez Canseco Cisneros, Luz Aurea Sáenz Arana, Fernando Miguel Rospigliosi Capurro, Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle Riestra Gonzáles Olaechea, Enrique Alberto Zileri Gibson, Ángel Alfredo Páez Salcedo, Alberto Alfonso Borea Odría y Lourdes Celmira Rosario Flores Nano.

Le impone al condenado, **seis años de pena privativa de la libertad, dos años de inhabilitación** conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del

Código Penal, en concordancia con el artículo cuatrocientos veintiséis del citado código: privación del cargo de Presidente de la República e incapacidad para obtener mandato, cargo o empleo o comisión de carácter público.

Fija en **veinticuatro millones sesenta mil doscientos dieciséis nuevos soles**, el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado. Asimismo, establece en **tres millones de nuevos soles**, la cantidad que por similar concepto, y en forma proporcional, abonará a favor de los agraviados del delito de violación del secreto de las comunicaciones – interferencia o escucha telefónica; esto es, deberá pagar la suma de **ciento siete mil ciento cuarenta y dos nuevos soles con ochenta y seis** céntimos a favor de cada uno de los veintiocho agraviados.

## **II. ANTECEDENTES**

### **2.1. INICIO Y DESARROLLO DEL PROCESO**

#### **2.1.1. Caso Medios de Comunicación**

Por resolución legislativa N° 005-2003-CR, publicada el 18 de septiembre de 2003, en el diario oficial El Peruano, el Congreso de la República declaró haber lugar a la formación de causa contra Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de peculado y asociación ilícita para delinquir.

A mérito de la denuncia formulada por la Fiscalía de la Nación, de fecha 29 de septiembre de 2003, que obra a folios 1606, se abrió proceso penal por resolución de fecha 6 de noviembre de 2003, contra Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de peculado y asociación ilícita para delinquir (causa N° AV-30-2003).

La Sala Penal Especial en su resolución de fecha 13 de septiembre de 2004, que corre a folios 788, declaró procedente el pedido de acumulación de procesos solicitada por la Fiscalía Suprema Penal. Así, se acumuló en una sola, la causa N° AV-30-2003 con la N° AV-33-2003.

La Fiscalía Suprema Penal ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en su dictamen de folios 2063, de 5 de abril de 2005, formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de peculado, usurpación de funciones y asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado, conforme a los artículos 387, 361 y 317 del Código penal. El auto de enjuiciamiento se emitió el 25 de abril de 2005, conforme se aprecia a folios 2136 (causa N° AV-33-2003)

#### **2.1.2. Caso Congresistas Tránsfugas**

El Congreso de la República por resolución legislativa N° 016-2001-CR, publicada en el diario oficial El Peruano, el 5 de abril de 2002, declaró haber lugar a la

formación de causa contra Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de asociación ilícita para delinquir, corrupción activa de funcionarios y enriquecimiento ilícito.

La Fiscal de la Nación formaliza denuncia contra Alberto Fujimori Fujimori, el 16 de abril de 2002, conforme se aprecia a folios 8130. En mérito a esta denuncia, por resolución de fecha 2 de mayo de 2002, folios 8137, se le abrió proceso penal por los delitos de asociación ilícita para delinquir, corrupción activa de funcionarios y enriquecimiento ilícito. También se abrió proceso penal contra los congresistas Roger Luis Cáceres Pérez, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, María del Milagro Huamán Lu, Waldo Enrique Ríos Salcedo, Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Jorge D'Acunha Cuervas, Gregorio Ticona Gómez, José Luis Elías Avalos, Jorge Víctor Polack Merel, Antonio Palomino Orefice, Edilberto Canales Pillaca, Mario Gonzales Inga, Guido Pennano Allison y José León Luna Gálvez, por los delitos de cohecho pasivo impropio y receptación, en agravio del Estado. Asimismo, contra Rolando Reátegui Flores, Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Luz Filomena Salgado Rubianes, María del Carmen Lozada Rendón de Gamboa y Manuel Máximo Vara Ochoa, por el delito de receptación, en agravio del Estado.

La Fiscalía Suprema Penal ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en su dictamen de folios 9102, de 4 de julio de 2005, formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori, como autor de los delitos de asociación ilícita para delinquir, corrupción activa de funcionarios y enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, delitos previstos en los artículos 317, 399 y 401 del Código penal. Igualmente formuló acusación contra Roger Luis Cáceres Pérez, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, María del Milagro Huamán Lu, Waldo Enrique Ríos Salcedo, Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Jorge D'Acunha Cuervas, Gregorio Ticona Gómez, José Luis Elías Avalos, Jorge Víctor Polack Merel, Antonio Palomino Orefice, Edilberto Canales Pillaca, Mario Gonzales Inga, Guido Pennano Allison y José León Luna Gálvez, como autores de los delitos de cohecho pasivo impropio y receptación, en agravio del Estado, previstos en los artículos 394 y 194 del Código penal. Del mismo modo, contra Rolando Reátegui Flores, Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Luz Filomena Salgado Rubianes, María del Carmen Lozada Rendón de Gamboa y Manuel Máximo Vara Ochoa, como autores del delito de receptación, en agravio del Estado, previsto en el artículo 194 del Código penal. El auto de enjuiciamiento se emitió el 25 de agosto de 2005, folios 9200 (causa N° AV-05-2002).

### **2.1.3. Caso Interceptación Telefónica**

El Congreso de la República por resolución legislativa N° 010-2002-CR, publicada en el diario oficial El Peruano, el 25 de abril de 2003, declaró haber lugar a la formación de causa contra Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de violación del secreto de las comunicaciones interferencia o escucha telefónica, asociación ilícita para delinquir y peculado.

La Fiscal de la Nación formaliza denuncia contra Alberto Fujimori Fujimori, el 7 de mayo de 2003, según el dictamen de folios 4809. En mérito a esta denuncia, por auto de fecha 28 de mayo de 2003, que aparece a folios 4823, se le abrió proceso penal por los delitos de violación del secreto de las comunicaciones interferencia o escucha telefónica, asociación ilícita para delinquir y peculado, en agravio de Javier Pérez de Cuellar, Jorge Yamil Mufarech Nemi, Javier Ortiz de Cevallos Thorndike, Alberto Bedoya Saénz, Ricardo Clemente Vásquez Suyo, Ricardo Vega LLona, Miroslav Lauer Holoubeck, Ricardo Morales Basadre, Francisco Pérez de Cuellar Roberts, Ruth María Lozada Dejo, Ricardo Federico Fernandini Barreda, Miguel José María León Barandiarán Hart, Juan del Carmen Garaday Villanueva, Jaime Cuneo Velarde, Patricia Milagros Leguía García, Gustavo Adolfo Mohme Seminario, Cecilia del Pilar Valenzuela Valencia, César Hildebrant Pérez Treviño, Paúl Figueroa Lequien, Elsa Felícita Casas Sotomayor, Javier Diez Canseco Cisneros, Luz Aurea Sáenz Arana, Fernando Miguel Rospigliosi Capurro, Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle Riestra Gonzáles Olaechea, Enrique Alberto Zileri Gibson, Ángel Alfredo Páez Salcedo, Alberto Alfonso Borea Odria, Lourdes Celmira Rosario Flores Nano y el Estado.

La Fiscalía Suprema Penal ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en su dictamen de folios 6683, de 4 de mayo de 2005, formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori, como autor del delito de violación del secreto de las comunicaciones interferencia o escucha telefónica, en agravio de Javier Pérez de Cuellar, Jorge Yamil Mufarech Nemi, Javier Ortiz de Cevallos Thorndike, Alberto Bedoya Saénz, Ricardo Clemente Vásquez Suyo, Ricardo Vega LLona, Miroslav Lauer Holoubeck, Ricardo Morales Basadre, Francisco Pérez de Cuellar Roberts, Ruth María Lozada Dejo, Ricardo Federico Fernandini Barreda, Miguel José María León Barandiarán Hart, Juan del Carmen Garaday Villanueva, Jaime Cuneo Velarde, Patricia Milagros Leguía García, Gustavo Adolfo Mohme Seminario, Cecilia del Pilar Valenzuela Valencia, César Hildebrant Pérez Treviño, Paúl Figueroa Lequien, Elsa Felícita Casas Sotomayor, Javier Diez Canseco Cisneros, Luz Aurea Sáenz Arana, Fernando Miguel Rospigliosi Capurro, Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle Riestra Gonzáles Olaechea, Enrique Alberto Zileri Gibson, Ángel Alfredo Páez Salcedo, Alberto Alfonso Borea Odria, Lourdes Celmira Rosario Flores Nano; también como autor de los delitos de asociación ilícita para delinquir y peculado, en agravio del Estado; delitos previstos en los artículos 162, 317 y 387 del Código penal. El auto de enjuiciamiento se emitió el 18 de mayo de 2005, folios 6841 (causa N° AV-14-2003).

#### **2.1.4. Procedimiento de extradición, acumulación y conformidad**

El sentenciado Alberto Fujimori Fujimori fue objeto de proceso de extradición, requerida a la república de Chile, iniciado en virtud a las resoluciones supremas N° 270-2005-JUS, de fecha 23 de diciembre de 2005, y N° 108-2006-JUS, de 21 de julio de 2006, publicadas en el diario oficial El Peruano, el 24 de diciembre de 2005 y el 22 de julio de 2006, respectivamente. La Corte Suprema de Chile, en segunda instancia, emitió dentro del referido procedimiento de extradición, la sentencia que obra a folios 10029, de fecha 21 de septiembre de 2007. En esta, revocando la decisión de primera

instancia, autorizó parcialmente la extradición de Alberto Fujimori Fujimori, entre otros, por los hechos que forman parte del objeto del presente proceso: en el caso Medios de Comunicación, por el delito de peculado, previsto en el artículo 387 del Código penal, en agravio del Estado; en el caso Congresistas Tránsfugas, por el delito de cohecho activo genérico, sancionado en el texto original del artículo 399 del Código penal, en agravio del Estado; y en el caso Interceptación Telefónica, por el delito de peculado, previsto en el artículo 387 del Código penal, en agravio del Estado, también por el delito interferencia o escucha telefónica, tipificado en el artículo 162 del Código penal, en agravio de Javier Pérez de Cuellar, Jorge Yamil Mufarech Nemi, Javier Ortiz de Cevallos Thorndike, Alberto Bedoya Saénz, Ricardo Clemente Vásquez Suyo, Ricardo Vega LLona, Miroslav Lauer Holoubeck, Ricardo Morales Basadre, Francisco Pérez de Cuellar Roberts, Ruth María Lozada Dejo, Ricardo Federico Fernandini Barreda, Miguel José María León Barandiarán Hart, Juan del Carmen Garaday Villanueva, Jaime Cuneo Velarde, Patricia Milagros Leguía García, Gustavo Adolfo Mohme Seminario, Cecilia del Pilar Valenzuela Valencia, César Hildebrant Pérez Treviño, Paúl Figueroa Lequien, Elsa Felicita Casas Sotomayor, Javier Diez Canseco Cisneros, Luz Aurea Sáenz Arana, Fernando Miguel Rospigliosi Capurro, Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle Riestra Gonzáles Olaechea, Enrique Alberto Zileri Gibson, Ángel Alfredo Páez Salcedo, Alberto Alfonso Borea Odría, Lourdes Celmira Rosario Flores Nano.

Por auto de fecha 1 de octubre de 2007, que obra a folio 10251, se acumularon los procesos que contenían los mencionados casos: Medios de Comunicación, Congresistas Tránsfugas e Interceptación Telefónica (AV-05-2002, AV-14-2003 y AV-33-2003). Luego, la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, emitió el dictamen acusatorio que obra a folios 10262/10364, en el que, adecuándola a los términos de la citada sentencia de extradición, formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori, como autor de los delitos de peculado, en agravio del Estado; cohecho activo, en agravio del Estado; e interferencia o escucha telefónica, en agravio de Javier Pérez de Cuellar, Jorge Yamil Mufarech Nemi, Javier Ortiz de Cevallos Thorndike, Alberto Bedoya Saénz, Ricardo Clemente Vásquez Suyo, Ricardo Vega LLona, Miroslav Lauer Holoubeck, Ricardo Morales Basadre, Francisco Pérez de Cuellar Roberts, Ruth María Lozada Dejo, Ricardo Federico Fernandini Barreda, Miguel José María León Barandiarán Hart, Juan del Carmen Garaday Villanueva, Jaime Cuneo Velarde, Patricia Milagros Leguía García, Gustavo Adolfo Mohme Seminario, Cecilia del Pilar Valenzuela Valencia, César Hildebrant Pérez Treviño, Paúl Figueroa Lequien, Elsa Felicita Casas Sotomayor, Javier Diez Canseco Cisneros, Luz Aurea Sáenz Arana, Fernando Miguel Rospigliosi Capurro, Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle Riestra Gonzáles Olaechea, Enrique Alberto Zileri Gibson, Ángel Alfredo Páez Salcedo, Alberto Alfonso Borea Odría, Lourdes Celmira Rosario Flores Nano.

En mérito a esta acusación, la Sala Penal Especial emite el auto de enjuiciamiento reformulado que obra a folios 10447/10452, de 6 de agosto de 2009, en el que señaló como fecha de audiencia, el 28 de septiembre de 2009. Iniciada la audiencia en la fecha programada, el acusado Fujimori Fujimori, con la conformidad de

su abogado defensor, aceptó los hechos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la Ley N° 28122.

## **2.2. HECHOS CONFORMADOS**

Conforme a la acusación fiscal que corre a folios 10262/10364, el acusado Alberto Fujimori Fujimori aceptó los siguientes hechos:

### **2.2.1. Caso Medios de Comunicación**

1.- Alberto Fujimori Fujimori haciendo mal uso de la más alta jerarquía que desempeñó en la función pública: la Presidencia de la República, con el propósito de conseguir su reelección y de mantenerse en el poder, desarrolló un conjunto de acciones dirigidas a controlar los medios de comunicación. Es así que en el mes de septiembre de 1999, el entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, coordinó y encargó a su asesor Vladimiro Montesinos Torres, la adquisición del canal de señal cerrada «Cable canal de Noticias CCN – Canal 10», de propiedad de Manuel Alberto Ulloa Van-Peborgh, y la compra de la línea editorial del diario «Expreso», cuyo dueño era Eduardo Calmell del Solar.

2.- Para materializar dichos objetivos, por disposición de Vladimiro Montesinos Torres, intervinieron Vicente Silva Checa y el propio Eduardo Calmell del Solar, personas de confianza del asesor presidencial, quienes convencieron a Manuel Ulloa Van-Peborgh que venda sus acciones –que representaban el setenta y cinco por ciento del total de las acciones del mencionado canal–, en la suma \$2'000,000.00 de dólares americanos.

3.- Con la finalidad de ocultar su accionar doloso, con conocimiento de Alberto Fujimori Fujimori, en la operación celebrada figuró como comprador Vicente Silva Checa, conforme consta en el contrato de compra-venta de acciones de folios 966, de fecha 6 de noviembre de 1999. Este mismo día, se le entregó dicha suma de dinero en las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional. Este dinero fue transferido a Eduardo Calmell del Solar, quien finalmente, se encargó de culminar la transacción para la adquisición del citado Canal 10.

4.- Por otro lado, la compra de la línea editorial del diario «Expreso» se concretó con la entrega de dinero en efectivo, a su propietario Eduardo Calmell del Solar. Esta operación tuvo como finalidad que dicho medio de comunicación orientara su opinión y línea informativa en beneficio de la imagen del régimen del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, lo que, a su vez, contribuiría a su ilegal reelección presidencial.

5.- Estas operaciones ilícitas se realizaron con el dinero otorgado por los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas. El dinero utilizado provino del presupuesto público otorgado a los institutos castrenses, que estaban al mando y

jefatura del General EP José Villanueva Ruesta (Ejército Peruano), General FAP Elesván Bello Vásquez (Fuerza Aérea del Perú) y Almirante AP Antonio Ibárcena Amico (Marina de Guerra del Perú), los mismos que desviaron fondos de sus respectivas instituciones para concretar dicha finalidad.

### **2.2.2. Caso Interceptación Telefónica**

1.- El ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, con el fin de tener el control de la actividad pública del país, conjuntamente con su ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, así como con la activa participación de los Comandantes Generales de los institutos castrenses, los Ministros de Defensa y del Interior, y del jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, idearon y aplicaron lo que se conoce como el «Plan Emilio», que comprendía acciones de interceptación telefónica de diversos ciudadanos adversos a su régimen político, entre ellos, periodistas, políticos, etc.

2.- Para materializar dicho plan, utilizaron bienes y recursos del Estado, esto es, fondos del Tesoro Público, con los que adquirieron modernos y sofisticados equipos de interceptación telefónica, que luego de ser instalados en los distintos inmuebles que alquilaron en la ciudad de Lima, denominados «bases» o «centros de escucha», los utilizaron para violentar el secreto de las comunicaciones de las personas.

3.- Asimismo, con fondos provenientes del Estado, se pagó al personal asignados a las «bases», quienes eran los encargados de escuchar, transcribir y comunicar al Coronel EP Roberto Huamán Azcurra, toda la información obtenida, y éste a su vez, la transmitía a Montesinos Torres, quien finalmente, la hacía llegar al entonces Jefe de Estado, Alberto Fujimori Fujimori. Este último autorizó la adquisición de equipos para dichos fines ilícitos, verificó el gasto efectuado y dio su conformidad al firmar la resolución suprema que aprobaron tales gastos.

4.- La primera orden de interceptación telefónica que recibió Vladimiro Montesinos Torres, provino del propio Despacho Presidencial, luego de la cual, con sus propias directivas, realizó acciones a grandes escalas, en coordinación con los Jefes del Servicio de Inteligencia Nacional y los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas, entre otros. La interceptación se incrementó después del golpe de Estado de abril de 1992.

### **2.2.3. Caso Congresistas Tránsfugas**

1.- El ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori diseñó, planificó y dirigió el denominado «Plan de Reclutamiento», conjuntamente con el ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, quien personalmente llevó a cabo dicho plan delictivo, cumpliendo el objetivo central del entonces Jefe de Estado: obtener a cualquier costo, una mayoría parlamentaria, que se sometiera a los designios del Poder Ejecutivo y así controlar, entre otros objetivos, las labores de fiscalización que le correspondía al Congreso de la República.

2.- Al no haber conseguido la mayoría parlamentaria en el proceso electoral del 9 de abril de 2000, Alberto Fujimori Fujimori, encomendó a su ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, poner en marcha un conjunto de acciones y estrategias destinadas a conseguir que el grupo parlamentario oficialista «Perú 2000» tuviera mayoría parlamentaria en el Congreso de la República, que sirviera como soporte y sustento a su ilegal tercer periodo de Gobierno.

3.- Es así como muchos congresistas de otras bancadas, distintas a la oficialista, recibieron de parte del entonces asesor Vladimiro Montesinos Torres, diversas sumas de dinero provenientes del erario nacional, concretamente de los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional y de los Ministerios de Defensa, del Interior y de los institutos armados. Con la entrega de estas sumas de dinero, algunos los congresistas abandonaron sus bancadas congresales de origen y se integraron a las filas de la bancada oficialista del régimen presidido por Alberto Fujimori Fujimori; estos parlamentarios actuaron conforme a las instrucciones que se les impartía, razón por la que se les llamó «Congresistas Tránsfugas». En otros casos, recibieron dinero para que permaneciendo en sus bancadas de origen, votaran en el Congreso de la República, de acuerdo a las instrucciones de Vladimiro Montesinos Torres y a los intereses, objetivos y estrategias de Alberto Fujimori Fujimori, por lo que, se les denominó «Topos» o «Agentes Encubiertos».

4.- En la ejecución de la operación de reclutamiento, una vez que se concretaban los acuerdos, los Congresistas Tránsfugas procedían a suscribir tres documentos: a) La carta de renuncia a su partido de origen, b) La carta de afiliación o sujeción al partido de gobierno o carta de compromiso para apoyar al régimen de Fujimori Fujimori, y c) El «recibo por el dinero entregado», que recibían mensualmente de manos de Montesinos Torres. Todo ello con la finalidad de apoyar las mociones, los acuerdos, etc., de la bancada de gobierno «Perú 2000», y así cumplir los objetivos políticos de Alberto Fujimori Fujimori.

### **III. OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN. PRETENSIONES**

El asunto del presente dictamen se centra en los recursos de nulidad, en concreto, en la pretensión formulada por las partes impugnantes: el Ministerio Público, la parte civil de Alberto Borea Odría y Javier Diez Canseco Cisneros, y la defensa de Alberto Fujimori Fujimori.

#### **3.1. EL RECURSO DE NULIDAD DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

1.- El Representante del Ministerio Público formuló recurso de nulidad en la sesión de audiencia de fecha 30 de septiembre de 2009, cuya acta corre a folios 10970/10977. Implícitamente, en su escrito de fundamentación de folios 11237,

impugna el extremo de la sentencia que impone seis años de pena privativa de la libertad al condenado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori; así señala dos argumentos centrales: por un lado, que existe una errónea aplicación del instituto de la confesión sincera a favor del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori; y por otro, que el beneficio premial debería ser menor a una quinceava parte de la pena concreta – parcial de ocho años. En este sentido, no está de acuerdo ni con la rebaja por confesión sincera, ni con la disminución excesiva por haberse acogido el sentenciado, a la figura de la conclusión anticipada del juicio oral.

2.- Respecto a la rebaja por confesión sincera, el Representante del Ministerio Público expresa que dicha figura procesal es la declaración autoinculpatoria realizada por el imputado en un proceso penal y tiene que reunir ciertos requisitos para ser considerada como una circunstancia atenuante excepcional de la pena: primero, que facilite el esclarecimiento de los hechos delictivos y con ello generar el ahorro de costos y esfuerzos que demandaría una investigación criminal; segundo: que evidencie una voluntad de colaborar y coadyuvar a que las normas del ordenamiento jurídico recobren su vigencia real y efectiva, de tal manera que contrarreste o disminuya la voluntad contraria al ordenamiento mostrado por el imputado al momento de cometer el ilícito penal. Por otro lado, precisa que la confesión sincera debe ser completa y veraz, persistente y uniforme, oportuna y relevante.

3.- En el caso concreto se verifica la ausencia de ahorro de costos y esfuerzos en la investigación del delito, en la autoinculpación del sentenciado. Específicamente, el entonces investigado y procesado Alberto Fujimori Fujimori, no se apersonó a reconocer los cargos, ni ante la Comisión Investigadora del Congreso ni en la etapa de instrucción de los procesos que se inició; el procesado lejos de ponerse a derecho, rehuyó a la justicia y se tuvo que realizar un largo proceso de extradición, en el que se invirtió tiempo y recursos.

4.- Asimismo, señala que existe ausencia de una voluntad de colaborar y coadyuvar a que las normas del ordenamiento jurídico infringidas por el sentenciado recobren su real y efectiva vigencia. Por el contrario, el sentenciado ha pretendido ocultar la verdad y que su conducta ilícita no sea conocida de manera directa por todos los peruanos a través de la actuación de los diversos medios de prueba.

5.- Argumenta que el reconocimiento de los cargos no fue persistente ni uniforme, lo que se evidencia con las distintas versiones que se señalan en la sentencia de extradición. Tampoco fue oportuna, pues ya se había invertido tiempo, recursos y esfuerzos en actos de investigación tendientes al esclarecimiento de los hechos. Asimismo, no fue relevante ya que durante la etapa de instrucción se recabó abundante material probatorio que se presentó en la acusación que acreditaba la responsabilidad penal de Alberto Fujimori Fujimori.

6.- La no imposición de una pena proporcional coadyuva a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. A este respecto detalla que el Estado no solo debe

abstenerse de realizar conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, sino que, además, tiene la obligación de sancionar de manera proporcional dichas conductas.

Por otro lado, indica que conforme a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, el Estado peruano tiene la obligación de fortalecer las medidas para prevenir, combatir y sancionar más eficaz y eficientemente la corrupción; por lo que, será ineficiente e incumplirá dicho compromiso, si impone penas benignas por este tipo de delitos.

7.- Referente a su desacuerdo con la rebaja por beneficio premial, señala que se debió considerar la pluralidad de agraviados en el caso de la interferencia o escucha telefónica, el período en el que se llevaron a cabo las conductas (28 de julio de 1990 hasta el 16 de noviembre de 2000), la complejidad de la causa y la calidad de Presidente de la República que ostentó el sentenciado.

### **3.2. EL RECURSO DE NULIDAD DE LA PARTE CIVIL REPRESENTADA POR ALBERTO BOREA ODRÍA Y JAVIER DIEZ CANSECO CISNEROS**

1.- Alberto Borea Odría ha formulado recurso de nulidad contra el extremo de la sentencia que fija la reparación civil, es decir, contra la parte que ordena pagar al sentenciado Alberto Fujimori Fujimori, la suma de ciento siete mil ciento cuarenta y dos nuevos soles con ochenta y seis céntimos a favor de la parte impugnante.

Expone en su escrito de folios 11265, haber sufrido daño ético, daño a la conciencia colectiva cívica, daño a los valores que le fueron inculcados como peruano y que se violentaron sus derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, el derecho a la comunicación libre, a su participación en la vida política, a su tranquilidad y a su convivencia pacífica.

2.- Precisa que el daño que se le ha infligido no puede computarse sólo en términos económico. El daño debe abarcar la restitución de los bienes que se les privó como persona; específicamente, solicita se ordene que durante ocho años y siete meses –tiempo en que Alberto Fujimori Fujimori realizó las practicas corruptas de grabaciones de conversaciones e interceptaciones telefónicas–, se publique a su costo y con el producto de esa reparación, en los medios de comunicación, los cargos de la acusación formulada por el Fiscal Supremo al concluir el proceso y la grabación o transcripción de la voz del delincuente aceptando esos cargos por los que ha sido juzgado y condenado. Asimismo, solicita se ordene que se consigne en los libros de historia, de la educación básica, la forma dictatorial del ejercicio del poder de Alberto Fujimori Fujimori, durante los años 1992 y 2000.

3.- La defensa de Javier Diez Canseco Cisneros ha formulado recurso de nulidad contra el extremo de la sentencia que fija la reparación civil; concretamente, debe entenderse que impugna la parte que ordena pagar al sentenciado Alberto Fujimori

Fujimori, la suma de ciento siete mil ciento cuarenta y dos nuevos soles con ochenta y seis céntimos a favor del ahora recurrente.

En su escrito de fundamentación del recurso de nulidad que obra a folios 11446, señala que como consecuencia del denominado «Plan Emilio» fue dinamitado su domicilio y objeto de un intento de asesinato por parte del denominado Grupo Colina. Por este motivo, siguiendo los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben adoptarse otras medidas de satisfacción y garantías de no repetición de los mencionados actos. Entre las medidas de satisfacción, debe disponerse que se publique o difunda, a través de las emisoras nacionales de radio y televisión, a cargo del Estado, el desarrollo de cada uno de los cargos aceptados por el sentenciado.

### **3.3. EL RECURSO DE NULIDAD DE LA DEFENSA DE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI O KENYA FUJIMORI**

1.- La defensa de Alberto Fujimori Fujimori en la sesión de audiencia de fecha 30 de septiembre de 2009, cuya acta corre a folios 10970/1097, formuló recurso de nulidad contra la sentencia que lo condena por los delitos de peculado doloso, cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica.

Expone en su escrito de fundamentación que aparece a folios 11275, que la sentencia conformada que impugna presenta tres causales de nulidad:

- i. Violación de la garantía procesal constitucional del tribunal imparcial.
- ii. Violación de la garantía procesal constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.
- iii. Violación de la garantía de la legalidad procesal penal por falta de control judicial de la tipicidad y de la penalidad, así como por la inobservancia del principio de especialidad que rige la ejecución de la sentencia de extradición.

2.- Respecto a la violación de la garantía procesal constitucional del tribunal imparcial precisa que esta garantía busca que se juzgue sin contaminación procesal, esto es, sin consideraciones personales, sentimientos, pasiones, prejuicios, etc., que pueden incluso, inconscientemente, impedir o dificultar al magistrado tomar decisiones con serenidad de juicio, objetividad y neutralidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso «Piersack contra Bélgica» estableció que la imparcialidad es la ausencia de prejuicios y parcialidades, y asimismo, diferenció la imparcialidad objetiva y la imparcialidad subjetiva, doctrina que ha servido de base a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional peruano. La referida doctrina se ha confirmado y precisado en otros casos como el «De Cubber contra Bélgica», «Hauschildt contra Dinamarca», en las que el Tribunal

Europeo expuso la llamada «teoría de las apariencias» y estableció la prohibición de juzgar y sentenciar por contaminación procesal, es decir, la exigencia de que el juzgador no haya tomado partido por una de las partes, formalmente a través de una resolución judicial o informalmente mediante una declaración extraprocesal.

3.- El sentenciado y la defensa tienen temor de parcialidad del Tribunal al haberse producido diversos hechos que justifican que la Corte Suprema de Justicia se encuentra prejuzgada contra el condenado Alberto Fujimori Fujimori, como consecuencia de haber adoptado la decisión de eliminar políticamente el «Fujimorismo» mediante la imposición de condenas injustas a su líder político.

Cita como hechos de tal prejuicio: la violación sistemática de su derecho de defensa; la sensibilidad al juicio mediático por parte de la Sala Penal que lo condenó en los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE; el propósito de impedir u obstaculizar que el sentenciado pueda acceder a los beneficios penitenciarios o al derecho de gracia dentro del proceso seguido por los mencionados casos; la conferencia de prensa que proporcionó el Presidente del Poder Judicial, en el que se refirió que el grupo Parlamentario Fujimorista había promovido la dación de la ley de Carrera Judicial como una represalia a la condena impuesta a Fujimori Fujimori; la participación en diversos procesos, de magistrados que fueron arbitrariamente destituidos en el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional que lideró el sentenciado; la participación en los diversos procesos de magistrados que ejecutaron o toleraron, sin formular crítica alguna, la política antiterrorista del entonces Presidente Fujimori Fujimori; la percepción, de un número significativo de jueces que integran la Corte Suprema, de que durante el régimen presidencial de Fujimori Fujimori, el Poder Judicial fue objeto de diversas medidas que afectaron su independencia y funcionamiento; la decisión arbitraria de la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema de no admitir el recurso de queja extraordinaria contra la sentencia confirmatoria que lo condenó en el proceso signado con el número 05-2008; la publicación en la revista El Magistrado, de la calificación como «correcta» a la sentencia de Alberto Fujimori Fujimori, emitida en los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE, sin que aún se haya visto el recurso de nulidad interpuesto; la emisión de una sentencia arbitraria en el proceso N° 23-2001, caso «CTS de 15 millones»; el discurso de orden que, en la ceremonia del Día del Juez, realizó el Vocal Supremo César San Martín Castro, en el que calificó de devastadora la intervención del Gobierno de Fujimori en el Poder Judicial; la participación en los incidentes de recusación, de vocales supremos que se encontraban en las mismas situaciones generadoras de temor de parcialidad que llevó a pedir la separación de los magistrados recusados; y la decisión arbitraria que por mayoría, adoptó la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de no emitir el recurso de nulidad contra el auto que declaró infundada la recusación contra los integrantes de la Primera Sala Penal Transitoria.

Sobre estos hechos alegados, la defensa solicita el traslado al presente proceso de una serie de actuados judiciales de otras causas, entre otros documentos que adjunta en su recurso de nulidad.

4.- Referente a la invocada violación de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, señala la defensa que la sentencia presenta ausencia de motivación al formular el juicio de imputación personal del acusado, pues no fundamenta el por qué corresponde considerarlo autor directo de los delitos objeto de la acusación. Concretamente, el Tribunal no ha establecido: por qué el Presidente de la República es autor del delito de peculado sin tener el deber de función específico de administración o control de los fondos públicos; por qué el Presidente de la República es autor directo del delito de cohecho activo sin verificar la realización de la acción típica; por qué el Presidente de la República es autor directo del delito de interceptación telefónica sin haber verificado la acción típica; por qué no respetó la sentencia de extradición en el extremo que determina que en los casos «Medios de Comunicación» y «Congresistas Tránsfugas», el extraditado tendría la calidad de autor por inducción, o sea instigador.

5.- En lo concerniente a la violación de la garantía de la legalidad procesal penal por falta de control judicial de la tipicidad y de la penalidad, así como por la inobservancia del principio de especialidad que rige la ejecución de la sentencia de extradición, la defensa de Alberto Fujimori Fujimori indica que la Corte Suprema de Justicia de Chile ha concedido la extradición en los casos «Medios de Comunicación» y «Congresistas Tránsfugas», atribuyéndole la condición de autor por inducción, calidad que la doctrina chilena la enmarca dentro de la complicidad, por consiguiente, no es posible, en el Perú, considerar al instigador como autor conforme se señala en los artículos 23 y 24 del Código Penal. En este sentido, agrega que el principio de legalidad asegura que en el proceso penal se respete el principio de especialidad, esto es, que el extraditado sólo puede ser perseguido respecto de los delitos por los cuales la entrega ha sido concedida.

#### **IV. FUNDAMENTOS**

##### **4.1. LAS CAUSALES DE NULIDAD INVOCADAS POR LA DEFENSA DE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI**

###### **El juez imparcial: garantía de neutralidad**

1.- La defensa de Alberto Fujimori Fujimori ha formulado como primera causal: la violación de la garantía procesal constitucional del tribunal imparcial. A este respecto conviene referirnos –como lo exige la propia fundamentación extensa que sobre este extremo se ha plasmado en el recurso de nulidad–, al derecho del juez imparcial.

Un primer aspecto a destacar es la relación entre *juez natural* y *juez imparcial*, esta relación se torna difusa y genera ciertas dificultades en su conceptualización y contenido; incluso, en instrumentos internacionales, cuando instituyen el derecho al

juez natural, se suele asociar «predeterminación legal» e «imparcialidad», que lejos de esclarecer, por el contrario, genera confusiones; así la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10, señala «tribunal independiente e imparcial»; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, prescribe «tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley»; la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, textualmente dice «juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley»; el Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos, artículo 6.1, reproduce «tribunal independiente e imparcial establecido por la ley».

PICÓ I JUNOY precisa que el Tribunal Constitucional de España, en algunas resoluciones sostuvo que la falta de imparcialidad judicial, debe encuadrarse dentro del *juez predeterminado por ley*, empero, que luego ha reformulado este concepto indicando que derecho al *juez imparcial* se encuentra dentro del más genérico derecho a un proceso justo<sup>1</sup>. En esta misma línea nada clara, el Tribunal Constitucional peruano, pese a reconocer la estrecha relación entre ambos derechos, en su pretensión de fijar el contenido de cada uno de ellos, ha sostenido que el derecho al juez imparcial, constituye una exigencia del debido proceso contenido en el artículo 139.3 de la Constitución, pero que es conceptualmente autónomo del derecho al juez natural<sup>2</sup>.

2.- Establecer la relación que existe entre el derecho al juez natural y el derecho al juez imparcial, nos lleva a postular, siguiendo las ideas de PÉREZ ROYO, que el fundamento común de ambos derechos es la «neutralidad». A juicio del reconocido profesor español, la neutralidad –refiriéndose al derecho al juez ordinario– es un atributo exclusivo de la voluntad general, es decir de la ley, que se trasmite en su aplicación individualizada al caso en conflicto, aunque nunca en su forma originaria; sin embargo, este tránsito de la voluntad general de la ley a la voluntad individualizada realizada por los jueces, debe perder la mínima neutralidad posible; por ende, se exige la «predeterminación legal» como una forma de control, por la propia voluntad general, de la pérdida de su neutralidad en la aplicación al caso particular, que debe, necesariamente, ser encargada a individuos de carne y hueso: los jueces<sup>3</sup>.

Esta misma neutralidad «derivada» –distinta de neutralidad «originaria» de la ley<sup>4</sup>– es, igualmente, el fin último y el sustento del *juez imparcial*, pues la imparcialidad no supone únicamente que el juez no sea parte, sino además implica que su juicio ha de estar determinado solo por la actuación del derecho objetivo en el caso

---

<sup>1</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, JOAN. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, p. 134.

<sup>2</sup> Vide la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1934-2003-HC/TC, de fecha 8 de septiembre de 2003 (fundamento jurídico 7).

<sup>3</sup> PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid - Barcelona, 2005, pp. 486-487.

<sup>4</sup> Vide YAIPEN ZAPATA, VÍCTOR. *El Procedimiento Preprocesal Fiscal y el Derecho al Juez Imparcial*. En: revista Gaceta Constitucional, editorial Gaceta Jurídica, t. 19, Lima, julio 2009, p. 198.

concreto, sin que circunstancia ajena alguna a esa función influya en el juicio<sup>5</sup>. JULIO MAIER sostiene que la nota de imparcialidad o de neutralidad, que caracteriza al concepto «juez», no es inmanente a cualquier organización judicial, sino un predicado que necesita ser construido para lo cual operan tanto las reglas referidas a esa organización como las reglas de procedimiento, que se resumen en tres máximas fundamentales: la independencia de los jueces, de todo poder estatal; la imparcialidad frente al caso, determinada por la relación del juzgador con el caso mismo y el principio del juez natural o legal<sup>6</sup>.

Es necesario, por tanto, que la neutralidad, como finalidad jurídico-política de un Estado Constitucional de Derecho, se garantice ex ante y ex post del hecho generador de la actuación judicial: por un lado, con normas concretas de competencia, aplicables a todo proceso que asegure la inexistencia de jueces de excepción y que una vez determinado el juez, conforme a estas reglas, no pueda ser apartado de su conocimiento<sup>7</sup>; por otro, con reglas específicas de recusación que las partes puedan invocarse en un caso concreto para salvaguardarla. No se trata de reglas de los «jueces» comprendidos en una organización judicial, sino de reglas de garantía «del justiciable», necesitadas de apoyo institucional, y por ello clasificadas en orden a dicha organización, pero que no pierden de vista su naturaleza de garantía individual de un Estado Constitucional de Derecho<sup>8</sup>.

**3.-** De esta manera, antes de la actuación judicial, se asegura una «neutralidad general» por medio del derecho al juez legal y después de ella, ya en un proceso particular, se garantiza una «neutralidad concreta», como contenido del derecho al juez imparcial. En ambos supuestos se prevén mecanismos ordinarios para salvaguardarla: para el primero, se regulan reglas sobre cuestiones de competencia, mientras que para el segundo, se norman supuestos y el trámite de recusación e inhibición; empero, en tanto son garantías para un proceso justo –con implicancia directa en la libertad personal, en el caso del proceso penal–, también pueden ser amparadas en un proceso constitucional<sup>9</sup>, e igualmente, en el específico caso de las nulidades procesales.

---

<sup>5</sup> Así lo señala MONTERO AROCA, JUAN. *Derecho Jurisdiccional*, t. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 98.

<sup>6</sup> MAIER, JULIO. *Derecho Procesal Penal*, t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 742.

<sup>7</sup> El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo a su similar de España, ha señalado: «la ley con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer el caso». Sentencia emitida dentro del expediente N° 1013-2003-HC/TC, de 30 de junio de 2003 (fundamento jurídico 3).

<sup>8</sup> Vide MAIER, JULIO; op. cit., pp. 742-743.

<sup>9</sup> Vide YAIPEN ZAPATA, VÍCTOR; op. cit., p. 199.

## La imparcialidad y sus dimensiones

4.- Un segundo aspecto a resaltar, es la implicancia que tiene la imparcialidad no solamente en la libertad individual, sino también en el derecho de defensa y en el principio de igualdad. PÉREZ ROYO, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, expresa que la indefensión es siempre, de manera directa o indirecta, el resultado de la parcialidad del órgano judicial, en otras palabras, una ruptura de la forma específica de operar de la igualdad constitucional en el ejercicio de la función jurisdiccional<sup>10</sup>.

El derecho al juez imparcial se instituye así como garantía jurisdiccional de la eficacia de otros derechos fundamentales e, igualmente, es una exigencia intrínseca derivada del debido proceso legal reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Estado. La imparcialidad del juez es un elemento básico para poder afirmar que se ha llevado un proceso justo, como lo afirma LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, solamente puede adjetivarse de «justo», aquel proceso que ha cumplido con dos exigencias o elementos: primero, que la decisión haya sido emitida por un juez imparcial y segundo, que la sociedad, efectivamente, así lo pueda constatar<sup>11</sup>.

Este derecho presenta –siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>–, una doble dimensión o vertiente, primera: constituye una garantía objetiva de la función jurisdiccional, toda vez que se trata de una exigencia mínima que debe predicar el juzgador al resolver los conflictos, y segunda, es un derecho subjetivo de los justiciables por medio del cual se garantiza a todos y cada uno de los que pudiera participar en un proceso judicial, que puedan ser juzgados por un juez no parcializado, esto es, un juez que no tenga prejuicios sobre las partes, e incluso, sobre la materia o la causa confiada para dirimir. En otras palabras, en su vertiente objetiva, la imparcialidad incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso; mientras que en su vertiente subjetiva se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y las partes<sup>13</sup>.

La dimensión objetiva, en principio que debe ser garantizada en la propia organización y estructura del sistema; así por ejemplo, se exige asegurar la independencia de los jueces, es decir, la ausencia de poderes y funcionarios de otros órganos, incluso del propio poder judicial, así como de intereses políticos y de cualquier otra clase, en la tarea de administrar justicia.

La dimensión subjetiva gira en torno a la persona del juez pues se pretende asegurar su desinterés subjetivo en el caso concreto y por ende, garantizar, además,

---

<sup>10</sup> PÉREZ ROYO, JAVIER; op. cit., p. 484.

<sup>11</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Tratado de Derechos Procesal Penal*, editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 357.

<sup>12</sup> Véase el fundamento 5 del presente dictamen.

<sup>13</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, JOAN; op. cit., p. 134.

su neutralidad frente a las partes del proceso. Debemos precisar en torno a esta vertiente, que esta subjetividad no exige descubrir el animo de cada juzgador en un caso particular, pues eso sería manifiestamente imposible, sino que solamente basta constatarla objetivamente, para cuya finalidad la norma debe establecer situaciones concretas que conlleven a afirmar la sospecha fundada de parcialidad<sup>14</sup>.

### **El temor de parcialidad: La doctrina de las apariencias**

5.- La doctrina denominada «temor de parcialidad»<sup>15</sup>, ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual ha postulado que los ciudadanos tienen el derecho de temer que un juez no ofrezca las suficientes garantías de imparcialidad, este derecho funda pues el alejamiento de dicho magistrado en el caso concreto y que, incluso, «las apariencias» pueden revestir importancia para este apartamiento, pues «no solo se debe hacer justicia, sino también debe parecer que se hace justicia».

En la sentencia emitida en el caso DEL COURT CONTRA BÉLGICA se bosqueja esta doctrina; en esta se reclamó que un integrante de la Fiscalía General había formado parte en las deliberaciones del tribunal de casación que confirmó su condena. El TEDH formuló la idea de las apariencias así: «[...] los justiciables se sienten desigualmente tratados si, después de haber oído a un miembro de la Fiscalía General ante el Tribunal de Casación, plantear en la vista pública, alegaciones desfavorables a sus demandas, los ven reunirse con los magistrados para celebrar las deliberaciones en la intimidad de las Salas»<sup>16</sup>.

En el caso PIERSACK CONTRA BÉLGICA, el TEDH sostuvo las dimensiones objetiva y subjetiva del derecho al juez imparcial: «Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto». Además precisó, en lo referente a la valoración de ambas dimensiones: «Sin embargo, no es posible reducirse a una apreciación puramente subjetiva. En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia [...]. Como observó el Tribunal de casación belga [...], todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en

---

<sup>14</sup> Cfr. MONTERO AROCA, JUAN. *Derecho Jurisdiccional*, obra conjunta con GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS / MONTÓN REDONDO, ALBERTO / BARONA VILAR, SILVIA, t. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 98-99.

<sup>15</sup> Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal Constitucional peruano, entre otras, en la sentencia recaída en el expediente N° 2645-2004-AA/TC, de fecha 11 de octubre de 2004 (fundamentos jurídicos 10) y en la sentencia emitida en el proceso N° 004-2006-2006-PI/TC, de 29 de marzo de 2006 (fundamento jurídico 22).

<sup>16</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 17 de enero de 1970.

juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática». Agregó: «Si un juez, después de haber ocupado un departamento del Ministerio Público cuya naturaleza es tal que deba tratar un determinado asunto en razón de sus competencias y posteriormente debe conocer el mismo asunto como juez, los ciudadanos tienen el derecho a temer que no ofrezca las suficientes garantías de imparcialidad»<sup>17</sup>.

Similarmente, en el caso CUBBER CONTRA BÉLGICA, el TEDH razonó sobre el contenido del llamado principio del «juez no prevenido», sosteniendo, además, su doctrina de las apariencias: «[...] por la propia dirección, prácticamente exclusiva de la instrucción preparatoria de las acciones penales emprendidas contra el requirente, el citado magistrado se había formado ya en esta fase del proceso, según toda verosimilitud, una idea sobre la culpabilidad de aquél. En estas condiciones es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el magistrado no disponía de una entera libertad de juicio y no ofrecería, en consecuencia las garantías de imparcialidad necesarias [...] En relación a ello, también las apariencias pueden ser importantes [...] no solo se debe hacer justicia: antes bien, también debe parecer que se hace justicia»<sup>18</sup>.

### **La flexibilización de la doctrina de las apariencias**

**6.-** En la sentencia emitida en el caso HAUSCHILDT CONTRA DINAMARCA, el TEDH insistió: «Lo que está en juego es la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos y, sobre todo, en cuestiones penales a los acusados. Por consiguiente, cualquier juez de quien se pueda temer legítimamente la falta de imparcialidad, debe ser recusado». Sin embargo, aclaró: «[...] el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo. Lo que sí será decisivo es que sus temores estén objetivamente justificados»; y agregó: «[...] el mero hecho de que un juez de primera instancia o de apelación, en un sistema judicial como el danés, haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad»<sup>19</sup>. De esta manera el TEDH flexibiliza su doctrina de las apariencias postulando que si bien el planteamiento objetivo-abstracto es importante, sin embargo, no es suficiente, por ende, luego de esta primera fase, se debe pasar a una segunda, en la que se realice un examen objetivo-concreto del caso en particular.

Esta flexibilización es reiterada por el TEDH en la sentencia del caso SAINTE-MARIE CONTRA FRANCIA. En ésta el TEDH insistió que no toda actuación anterior afecta la imparcialidad para conocer el fondo del litigio y, por ende, debe realizarse un examen objetivo-concreto del caso específico<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 1 de octubre de 1982.

<sup>18</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 26 de octubre de 1984.

<sup>19</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 24 de mayo de 1989.

<sup>20</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 16 de diciembre de 1992.

En el caso FEY CONTRA AUSTRIA, el TEDH insistió en que a pesar de que el juzgador hubiere adoptado decisiones antes del proceso, no sustenta una falta de parcialidad; en consecuencia, los temores sobre ésta no se justifican objetivamente con aquella simple circunstancia invocada<sup>21</sup>.

Esta misma posición ha tenido en posteriores sentencias, como en la recaída en el caso NORTIER CONTRA PAISES BAJOS, en la que se cuestionó el ejercicio sucesivo por el mismo juez de funciones de instrucción y funciones de fondo: en el análisis, el TEDH comprobó que las decisiones adoptadas no afectaron la imparcialidad del juez<sup>22</sup>.

En la decisión final emitida en el caso SARAIVA DE CARVALHO CONTRA PORTUGAL, reiteró la exigencia del examen objetivo-concreto y luego de efectuarlo en este caso concreto, concluye que no se afectó la imparcialidad y que el miedo al respecto, no estaba objetivamente justificado<sup>23</sup>.

Del mismo modo, en el caso PEROTE PELLÓN CONTRA ESPAÑA, el TEDH sostuvo: «[...] la imparcialidad debe apreciarse de un modo subjetivo, tratando de determinar la convicción y el comportamiento personales del juez en tal ocasión, e igualmente, de un modo objetivo para asegurar que ofrece las garantías suficientes para eliminar cualquier duda legítima [...]». Luego postuló: «En cuanto al carácter objetivo, nos conduce a preguntarnos si, independientemente de la conducta del juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar la imparcialidad de este último. Incluso las apariencias pueden revestir importancia. Los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar confianza al justiciable. Resulta que para pronunciarse sobre la existencia, en un caso concreto, de una razón legítima para temer de un juez, la falta de parcialidad, hay que tener en cuenta la opinión del acusado, pero ésta no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprensiones del interesado como objetivamente justificadas [...]»<sup>24</sup>.

## **El juez imparcial en el proceso judicial**

7.- El análisis de estas sentencias permite afirmar que el contenido constitucional del derecho al juez imparcial, tiene una doble dimensión, en mérito a las cuales se puede apartar al magistrado en un caso concreto; por consiguiente, si en el plano subjetivo, esto es, en la convicción personal del juzgador, se infirieran dudas de su imparcialidad se podrá solicitar su alejamiento del proceso. Empero, aún en el supuesto que no existiere duda sobre su persona, su apartamiento se puede sustentar en una dimensión objetiva, es decir, en hechos externos al juez, siempre que exista fundado y justificado temor o sospecha de parcialidad. Este temor de parcialidad sustenta un derecho del justiciable con cuatro características esenciales<sup>25</sup>:

---

<sup>21</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 24 de febrero de 1993.

<sup>22</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 24 de agosto de 1993.

<sup>23</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 22 de abril de 1994.

<sup>24</sup> Sentencia del TEDH, de fecha 25 de julio de 2002.

<sup>25</sup> YAIPEN ZAPATA, VÍCTOR; op. cit., p. 205.

Primera: Su ejercicio se funda en una sospecha de parcialidad judicial *objetiva, razonable y fundada*. Por esta característica se afirma que ninguna regulación legislativa puede abarcar todos los supuestos de temor de parcialidad de un juez, por tanto, se debe permitir recusarlo fuera de los supuestos normativos que plasma el legislador.

Segunda: Para determinar *la objetividad* de este temor de parcialidad, debe efectuarse dos exámenes, por un lado, el *examen objetivo-abstracto*, que no es sino la invocación y el planteamiento del hecho que se postula como causante del temor de parcialidad y su verificación en la realidad; y por otro lado –luego de contrastarse positivamente el anterior–, se debe realizar el *examen objetivo-concreto* analizando las circunstancias particulares del caso para establecer si la entidad del hecho invocado, efectivamente manifiesta y justifica razonable, fundada y objetivamente un temor de parcialidad del juez. Por tanto, la sola invocación de que el juzgador hubiere adoptado decisiones antes del proceso, no sustenta una falta de parcialidad; tampoco lo sustenta el punto de vista del acusado o su defensa, pues no obstante ser importante, empero no es lo decisivo.

Tercera: En este examen objetivo puede verificarse, incluso, la irradiación de la imparcialidad judicial hacia la sociedad, es decir, la confianza que debe generar en la ciudadanía, la administración de justicia.

Cuarta: Bajo esta concepción de la imparcialidad, el justiciable en un caso concreto, tiene el derecho de exigir que se garantice dicha imparcialidad, en cuyo supuesto, puede invocarse, inclusive, las apariencias, es decir aquellos hechos, independientes de la conducta del juez, pero razonables y justificados objetivamente, que generan sospecha de imparcialidad judicial.

### **Los hechos alegados por la defensa del sentenciado Fujimori Fujimori**

**8.-** Desde la propia doctrina elaborada y desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se concluye que los hechos invocados por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori no sustentan *la objetividad y razonabilidad* del temor de parcialidad alegado.

Los hechos expuestos por la defensa pueden agruparse en dos<sup>26</sup>: una relacionada a actos jurisdiccionales (la violación sistemática de su derecho de defensa, la sensibilidad al juicio mediático, el propósito de impedir u obstaculizar el acceso a los beneficios penitenciarios o al derecho de gracia, la participación en diversos procesos de magistrados que fueron arbitrariamente destituidos, la participación en diversos procesos de magistrados que ejecutaron o toleraron la política antiterrorista, la decisión arbitraria de no admitir el recurso de queja extraordinaria, la emisión de una

---

<sup>26</sup> Los hechos invocados por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori se detallan en el numeral 3, del subtítulo 3.3, de la parte III, del presente dictamen.

sentencia arbitraria en el proceso del caso CTS, la participación en los incidentes de recusación de vocales supremos que generaban temor de parcialidad, y la decisión arbitraria de no emitir el recurso de nulidad); la otra referida a eventos extra jurisdiccionales de algunos miembros de la Corte Suprema de la República (la conferencia de prensa del Presidente del Poder Judicial, la percepción de un número significativo de jueces que integran la Corte Suprema sobre la intervención del Poder Judicial, la publicación en la revista El Magistrado de la calificación «correcta» a la sentencia de Alberto Fujimori Fujimori y el discurso de orden del Vocal Supremo César San Martín Castro).

El primer grupo de hechos evidencian actos jurisdiccionales, la mayoría –a excepción del hecho de la participación en diversos procesos de magistrados que ejecutaron o toleraron la política antiterrorista, hecho que ni siquiera guarda relación con la presente causa ni con los jueces supremos sentenciadores– se verificaron dentro de los distintos procesos seguidos contra Alberto Fujimori Fujimori. Estos fueron emitidos dentro del marco del debido proceso y con respecto a las garantías procesales constitucionales. Si bien el contenido y las decisiones jurisdiccionales le fueron adversos al ahora sentenciado, ello no los desmerece, mucho menos conlleva a considerarlos como elementos para dudar de la imparcialidad de los jueces que conformaron el Tribunal Supremo sentenciador, más aún que se trata de personas distintas a los magistrados que emitieron tales actos jurisdiccionales.

El segundo grupo de eventos que cita la defensa, evidencian la opinión crítica de magistrados y personas con distintas calidades, manifestada dentro del marco de los derechos fundamentales reconocidos, amparados y ejercidos dentro de un Estado de Derecho Constitucional, que no tienen entidad lógica ni razonable para dudar de la imparcialidad de los jueces sentenciadores. A este último respecto, conviene resaltar que a excepción del juez supremo César San Martín Castro, ninguno de los demás funcionarios o personas intervinientes en tales eventos guardan identidad subjetiva con los integrantes del Tribunal Supremo que falló en la presente causa. La intervención del juez supremo San Martín Castro, por otro lado, solo se limitó al ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política que no contaminó procesalmente su imparcialidad en el proceso.

**9.-** La defensa invocando estos hechos, ha alegado que la Corte Suprema de Justicia se encuentra prejuiciada como consecuencia de haber adoptado eliminar políticamente al «Fujimorismo» –se entiende, en tanto no existe mayor detalle, que hace referencia al movimiento político que lideró el sentenciado Alberto Fujimori Fujimori-. Esta afirmación no solo carece de sentido –pues así expuesta por la defensa no tiene ningún fundamento–, sino, además, evidencia una exagerada subjetividad que solo resulta explicable desde la óptica del balance negativo y adverso que le ha sido para el sentenciado y su defensa el contenido de las decisiones jurisdiccionales.

Por otro lado, el argumento de la defensa conlleva también a afirmar que todos los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la República han concertado contra

Alberto Fujimori Fujimori o contra el grupo político que lideró, lo cual no tiene ningún tipo de base fáctica –ni elementos que así lo permitan inferir– y además, resulta siendo hasta ligero y absurdo postular –como lo deja entender la defensa– que los integrantes de la máxima instancia del Poder Judicial, su representante y Presidente se encuentran en pugna política con dicho grupo.

Dentro de esta óptica: débil, ilógica y absurda, entendible única y exclusivamente desde la subjetividad del sentenciado y su defensa, lo alegado en el recurso de nulidad, conforme a la doctrina de la apariencias, sólo es un punto de vista de la parte recurrente, empero no contiene elementos de juicio que permitan generar un temor de parcialidad razonable en los jueces supremos sentenciadores.

**10.-** En conclusión, la objetividad del temor de parcialidad alegado por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori, conforme al *examen objetivo-abstracto* solo contiene su invocación y planteamientos de hechos; empero, luego de efectuado el *examen objetivo-concreto*, esto es, después de analizar las circunstancias particulares del caso –conforme se describe en los dos fundamentos anteriores– se concluye que la entidad de los hechos invocados, no manifiestan ni justifican razonable, fundada ni objetivamente dicho temor de parcialidad de los jueces sentenciadores y, por ende, no tiene sustento alguno el cuestionamiento a su imparcialidad.

### **La garantía de la motivación de las resoluciones judiciales**

**11.-** La defensa también ha invocado la violación de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, señalando hasta cuatro supuestos que evidenciarían tal violación. Previo al análisis en concreto de cada uno estos supuestos, resulta necesario fijar el contenido y los supuestos de vulneración de esta garantía conforme a la doctrina y jurisprudencia constitucional.

La motivación de las resoluciones judiciales –como ya lo ha establecido esta Fiscalía Suprema Penal<sup>27</sup>–, es garantía de todo proceso por el que se exige un razonamiento fundado en pruebas y una aplicación adecuada del derecho. Exige una correcta fundamentación jurídica, la congruencia entre lo considerado y lo resuelto, y una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o presenta un supuesto por remisión. En el caso concreto de una sentencia, esta debe contener una suficiente fundamentación jurídica, fáctica y probatoria, ésta última, a su vez comprende la fundamentación probatoria descriptiva y la fundamentación probatoria intelectual.

Esta garantía se vulnera cuando se presenta una *ausencia de motivación*, una *motivación aparente* o una *motivación contradictoria*. Este último supuesto se verifica al presentarse un vicio en el razonamiento derivado de la infracción de los principios y

---

<sup>27</sup> Un reciente pronunciamiento al respecto se encuentra contenido en el dictamen emitido en el RN N° A.V. 23- 2001-Lima, caso CTS, de fecha 9 de noviembre de 2009 (fundamentos jurídicos 20 y 21).

las reglas de la argumentación lógica, relacionado con el defecto o la ausencia de la premisa mayor o la premisa menor de la inferencia jurídica, de tal manera que manifiesta una *incoherencia de los argumentos con la conclusión* –el silogismo jurídico resulta sientio inválido–.

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso; sin embargo –agrega el órgano colegiado–, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido de este derecho. Su contenido constitucionalmente garantizado queda delimitado –a juicio del máximo intérprete de la Constitución Política–, entre otros, en los siguientes supuestos<sup>28</sup>:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Es decir cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* Se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. En términos genéricos, el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* Este supuesto se verifica cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Por lo general se manifiesta en aquellos casos en los que suelen presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se exige, en este caso, como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial pues obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC, de fecha 13 de octubre de 2008 (fundamento jurídico 7).

que la decisión está debidamente motivada. No se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente.* Estrechamente relacionada con el principio de congruencia procesal; desde este plano, la garantía exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas. Así pues, se obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) o que se deje incontestadas las pretensiones, o desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión (incongruencia omisiva).

f) *Motivaciones cualificadas.* La garantía exige en algunos casos una especial motivación de la sentencia y opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

**12.-** La garantía de la motivación de las resoluciones judiciales exige al juzgador –como acto de discusión y razonamiento– indicar y explicitar su decisión, considerando y recogiendo las alegaciones principales y las pruebas pertinentes de las partes, situación que permite el control y el debate racional acerca del asunto resuelto, permitiendo, además, a los sujetos procesales intervenir en la formación de la resolución. Por ende, si la decisión judicial no muestra una discusión razonable y, tampoco, un concreto debate sobre las alegaciones principales y las pruebas de las partes actuadas en el proceso, o si solo expresa la imposición autoritaria de la verdad del juez, desatendiendo los mandatos constitucionales y plasmando un criterio al margen de los demás sujetos procesales, es seguro concluir que se ha vulnerado este derecho constitucional.

No exige una respuesta que colme las expectativas de la parte, pues ello significaría atender, incluso, criterios exclusivamente subjetivos de la misma. Antes bien se exige, como se ha expuesto, que manifieste una discusión *razonable, explícita y completa*, es decir, una motivación acorde a las reglas de la lógica, con suficientes fundamentos que permita su entendimiento y su crítica –esto no guarda necesariamente relación con la extensión o amplitud del relato, pues el fundamento puede ser breve, pero suficiente– y evidencie, además, que en su construcción y conclusión, se haya considerado la posición de ambas partes y no de una sola, de manera exclusiva o en forma preferente.

A este respecto, el Tribunal Constitucional español –cuya doctrina sigue nuestro Tribunal Constitucional–, ha precisado que el derecho a la motivación de las sentencias ha sido matizado por la misma doctrina constitucional en el sentido de que no se

autoriza a exigir un razonamiento pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener en la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; no existe, por tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial<sup>29</sup>.

**13.-** Por otra parte, la motivación debe lograr, tanto el convencimiento de lo decidido para las partes procesales y para toda la sociedad, lo que no implica desterrar la crítica a las decisiones judiciales ni el cuestionamiento que pueden hacer algunas de las partes por medio de los recursos, pues precisamente una debida motivación también debe posibilitar el control de la actividad jurisdiccional por parte de los órganos superiores.

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional español expresó que la necesaria fundamentación descansa sobre una serie de finalidades esenciales: a) garantizar la posibilidad de control de la sentencia por los tribunales superiores, b) lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial que afecta a los derechos de un ciudadano, y c) mostrar el resultado realizado por el tribunal para garantizar una resolución carente de arbitrariedad, lo que sólo puede lograrse si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la ley la resolución judicial, y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica<sup>30</sup>.

### **Alberto Fujimori Fujimori: sujeto activo del delito de peculado**

**14.-** Enmarcados dentro de este contenido de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales se analiza la alegada ausencia de motivación en los tres supuestos, de los cuatro alegados por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori<sup>31</sup>: el último relacionado a los hechos de la sentencia de extradición se analiza conjuntamente con causal que invoca la violación de principio de legalidad y el principio de especialidad<sup>32</sup>.

La defensa argumenta que en la sentencia no se ha establecido por qué Alberto Fujimori Fujimori es autor del delito de peculado. Este argumento no tiene asidero fáctico, pues del simple examen de la sentencia se aprecia que en ésta, por un lado, se establece la vinculación que debe existir entre el funcionario público –sujeto activo del

---

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 14/1991 (fundamento jurídico 2). Vide RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales. Doctrina Jurisprudencial*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 280.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 22/1994 (fundamento jurídico 2). Vide RUBIO LLORENTE, FRANCISCO; op. cit., p. 281.

<sup>31</sup> Los cuatro supuestos formulados por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori se detallan en el numeral 4, del subtítulo 3.3, de la parte III, del presente dictamen.

<sup>32</sup> Véase los fundamentos 20, 21, 22 y 23 del presente dictamen.

delito de peculado–, y los caudales o efectos públicos, vinculación que se traduce en la llamada *disponibilidad jurídica*, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público, la misma que se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte de la administración pública<sup>33</sup>; por otro, analiza la hipótesis fáctica de la acusación, justificando que «Fujimori Fujimori dispuso de manera dolosa, de cuantiosas sumas de dinero pertenecientes al Tesoro Público, los mismo que provenían de la desviación de fondos precedentes de los institutos castrenses, así como de los Ministerios de Defensa y del Interior»; luego concluye: «[...] de la respectiva conformidad del imputado Fujimori Fujimori, fue este último quien tomó la decisión de apropiarse de fondos públicos para la comisión de tales hechos y que, además, determinó su modo de ejecución, coordinando estas actividades con el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres»<sup>34</sup>.

Estos párrafos y conclusiones, reseñados a manera de ilustración y fundamentación<sup>35</sup>, permiten concluir que la sentencia no solamente contiene, sino que además tiene suficiente justificación jurídica y fáctica sobre la calidad de autor del sentenciado Alberto Fujimori Fujimori. Por tanto, debe rechazarse de plano este supuesto de *inexistencia de motivación* –siguiendo la terminología usada por el Tribunal Constitucional peruano<sup>36</sup>–, pues es manifiesto que en la sentencia impugnada se da cuenta de las razones y los criterios jurídicos esenciales que sustentan el fallo.

### **La justificación de la autoría de Alberto Fujimori Fujimori de los delitos de cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica**

**15.-** La defensa argumenta que en la sentencia no se ha establecido por qué Alberto Fujimori Fujimori es autor directo de los delitos de cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica.

La sentencia conformada no contiene ninguna valoración de prueba y tiene como hechos ciertos los precisados en la acusación fiscal, lo que configura, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia –como principio jurisprudencial–, una «predeterminación de la sentencia», que produce, por un lado, una *vinculación absoluta* de los hechos aceptados por el imputado y descritos en la sentencia (*vinculatio facti*) y, por otra, un control respecto a la tipicidad de esos hechos, del título

---

<sup>33</sup> Existe una amplia justificación sobre los elementos del tipo de peculado en el considerando contenido en el párrafo 67° de la sentencia.

<sup>34</sup> Párrafo 68° de la sentencia.

<sup>35</sup> Véase la justificación que hace el Tribunal en los considerandos contenidos en los párrafos 66°, 67° y 68° de la sentencia.

<sup>36</sup> Vid fundamento 11 del presente dictamen.

de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, lo que evidencia una *vinculación relativa* en tales casos (*vinculatio criminis y vinculatio poena*)<sup>37</sup>.

Siguiendo esta doctrina legal, el Tribunal ha justificado la calidad de autor de Alberto Fujimori Fujimori, concluyendo, luego de realizar el respectivo juicio de imputación –correspondencia del hecho con las categorías del delito en todos sus niveles–, en los propios términos de la sentencia, primero: «Se trata, en suma de un delito de corrupción activa genérica. La decisión para la ejecución de la operación reclutamiento correspondió al citado encausado ante los resultados adversos que obtuvo a nivel congresal y, conforme se ha establecido, la finalidad –por el delito recibido– fue la de apoyar, entre otras, las mociones y acuerdos de la bancada de gobierno “Perú 2000” y así cumplir los objetivos políticos del imputado, por lo que se acepta como tal la imputación propuesta por la Fiscalía y la condición de autor de Alberto Fujimori Fujimori»<sup>38</sup>; segundo: «Se trata, en suma, de la evidente comisión consumada del delito de interferencia o escucha telefónica. El acusado Fujimori Fujimori dispuso la realización de esta actividad ilícita para tener el control de la actividad política del país, interviniendo las comunicaciones de personas adversas a su régimen, con la consiguiente vulneración del secreto de las comunicaciones. En consecuencia, se acepta como tal la tipificación propuesta por la Fiscalía y la condición de autor de Alberto Fujimori Fujimori»<sup>39</sup>.

Lo expuesto en el párrafo precedente descarta la invocada *inexistencia de motivación* relacionada a la autoría de Alberto Fujimori Fujimori de los delitos de cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica. No obstante, en cuanto a estos argumentos, conviene aclarar que la defensa de Fujimori Fujimori, tal como lo expone en su escrito de fundamentación del recurso de nulidad, esperó del Tribunal – y, posiblemente, aún espera– la justificación de una atribución por autoría «*directa*», lo que no era una exigencia –y tampoco, ahora, lo es– pues, simplemente, en la acusación no se le atribuyó este tipo de autoría: aquella, únicamente, le atribuyó la calidad de *autor* y la justificó, jurídicamente, dentro de los alcances del artículo 23 del Código penal, acorde, asimismo, con los extensos argumentos fácticos<sup>40</sup>, que también fueron sido analizados en la sentencia.

**16.-** Conforme a los términos de la acusación fiscal y en tanto la defensa nunca lo exigió –esta parte procesal, en el procedimiento de conformidad, solo aceptó los

---

<sup>37</sup> Principio jurisprudencial establecido en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, del IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de la República, realizado el 18 de julio de 2008.

<sup>38</sup> Es la transcripción literal del párrafo 72° de la sentencia. El examen y el juicio de imputación por el delito de corrupción activa genérica, se justifica en los considerandos contenidos en los párrafos 70° y 71° de la sentencia.

<sup>39</sup> Es la transcripción literal del párrafo 75° de la sentencia. El examen y el juicio de imputación por el delito de interferencia o escucha telefónica, se justifica en los considerandos contenidos en los párrafos 73° y 74° de la sentencia.

<sup>40</sup> Véase la acusación fiscal que obra de folios 10262 a folios 10364.

hechos y ni siquiera cuestionó la pena ni la reparación civil–, en el presente caso, se puede afirmar, en forma categórica, que la justificación del tipo de autoría no era una exigencia del Tribunal y, por ende, ella no forma parte del contenido esencialmente protegido de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales. Además, siguiendo la doctrina jurisprudencial constitucional ya expuesta<sup>41</sup>: la sentencia en este aspecto, está apoyada en razones que permiten conocer los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión respecto a la calidad de autor atribuida a Alberto Fujimori Fujimori de los delitos de cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica, deducible, incluso, sin mayor análisis y esfuerzo, de los argumentos fácticos de la acusación, a la que debe remitirse, siempre, una sentencia conformada.

En esta misma línea de razonamiento, exigir una justificación por autoría «*directa*», por el contrario, alteraría los hechos conformados en violación del principio del acusatorio y del propio principio de contradicción, que ha sido plenamente preservado y garantizado a la defensa. Esta parte procesal, en exceso a sus facultades, lo alega ahora como presunta vulneración a la garantía de la motivación de las resoluciones, pretendiendo otorgar una calidad –por una forma de actuación criminal– al sentenciado que nunca se propuso en la acusación fiscal y menos, en la sentencia.

## **El contenido del principio de especialidad**

**17.-** La defensa ha alegado que a Alberto Fujimori Fujimori se le ha condenado como autor de los hechos en los casos: Congresistas Tránsfugas y Medios de Comunicación, contraviniendo así la sentencia de extradición que atribuyó al extraditado la calidad de instigador; todo lo cual violenta, por un lado, la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales y, por otro, la garantía de la legalidad procesal penal por falta de control judicial de la tipicidad y de la penalidad, así como el principio de especialidad que rige la extradición.

Los argumentos de la defensa hacen necesario precisar, ante todo, los alcances del contenido del principio de especialidad que rige la extradición, pues a partir de ello se podrá determinar su vulneración o no, lo que a su vez, establecerá la violación de los demás principios alegados –legalidad y motivación de las resoluciones judiciales–.

El principio de especialidad impide que la persona extraditada pueda ser detenida, procesada o penada en el Estado requirente por un delito cometido con anterioridad a la fecha de la solicitud de su extradición y distinto del propio delito por el cual se ha concedido la extradición. Este principio está reconocido en el artículo VIII del tratado de extradición suscrito entre Perú y Chile de 1932<sup>42</sup>, como también en el

---

<sup>41</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional español 14/1991 (fundamento jurídico 2). Vide RUBIO LLORENTE, FRANCISCO; op. cit., p. 280.

<sup>42</sup> El artículo VIII del tratado de extradición suscrito entre Perú y Chile, señala: «La extradición acordada por uno de los gobiernos no autoriza al enjuiciamiento y castigo del extraído por **delito** distinto del que sirvió de fundamento a la demanda respectiva, ni la entrega a otra Nación que lo reclame. Para acumular la causa del mismo individuo un crimen o delito anterior

artículo 377 del Código de Bustamante<sup>43</sup>. Estas normas, que han regulado el procedimiento de extradición de Alberto Fujimori Fujimori, hacen referencia a la prohibición de un procesamiento por «delito» distinto del que sirvió de fundamento a la demanda respectiva, no así hace referencia a la prohibición del juzgamiento por un «grado de intervención» distinto al que fue autorizado.

La interpretación literal de las mencionadas normas, conforme se expone en el párrafo precedente, nos lleva a la concluir que, efectivamente, el contenido del principio de especialidad, únicamente, se centra en el «delito», es decir, impide el juzgamiento y la sanción del extraditado por un delito distinto al que fue objeto de la demanda de extradición y su respectiva autorización en la sentencia. No obstante, esta interpretación literal –criterio tecnicista totalmente válido, pero que puede cuestionársele de apresurada–, resulta necesario remitirse a otras fuentes del derecho a efecto de confirmar este sentido literal de las normas o, en todo caso, deducir un nuevo significado de las mismas.

CALDERÓN Y CHOCLÁN precisan respecto al principio de especialidad, que el Estado requirente sólo puede juzgar o aplicar la pena o medida de seguridad por el *hecho* que fue objeto de la petición extradicional, sin que la persona reclamada pueda ser juzgada, una vez entregada, por hechos anteriores y distintos de aquellos por los que fue reclamado<sup>44</sup>. Casi en los mismos términos, el autor colombiano VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ expresa que en virtud al principio de especialidad, el Estado requirente no podrá extender el enjuiciamiento ni la condena a *hechos* distintos de los que de manera específica han dado lugar a la extradición, ni someter a la persona entregada a la ejecución de condena distinta<sup>45</sup>. En este caso, la doctrina es más precisa en señalar que el principio de especialidad prohíbe el juzgamiento, no de un nuevo «delito», sino

---

que se hallare comprendido entre los que dan lugar a la extradición, será necesario el consentimiento especial del Gobierno que hizo entrega del delincuente.

Las anteriores restricciones quedarán sin efecto siempre que el delincuente entregado no regresare al país de donde fue extraído, dentro de los tres meses siguientes al día que obtuvo su libertad; pero, en todo caso, deberá ser advertido de las consecuencias a que lo expondría su permanencia en el territorio de la Nación donde fue juzgado» (la negrita y cursiva es agregado nuestro).

<sup>43</sup> El artículo 377 del Código de Bustamante, a la letra dice: «La persona entregada no podrá ser detenida en prisión ni juzgada por el Estado contratante a quien se entregue, por un *delito* distinto del que hubiere motivado la extradición y cometido con anterioridad a la misma, salvo que consienta en ello el Estado requerido, o que permanezca el extraditado libre en los primeros tres meses después de juzgado y absuelto por el delito que originó la extradición o de cumplida la pena de privación de libertad impuesta» (la negrita y cursiva es agregado nuestro).

<sup>44</sup> CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 681 (la cursiva es agregado nuestro).

<sup>45</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 172 (la cursiva es agregado nuestro).

de un «hecho» distinto. La comprensión y extensión de este termino –«hecho»–, descarta definitivamente la prohibición del cambio del «grado de intervención»<sup>46</sup>.

Pero, quizás –como en el caso anterior–, surge respecto a esta conclusión, el cuestionamiento de que otro sector de la doctrina al tratar el mencionado principio se refiera a «delito» antes que a «hecho», como por ejemplo HUAPAYA OLIVARES, quien expresa que solamente se puede juzgar o hacer cumplir la pena por el «delito» materia de concesión de extradición<sup>47</sup>. Frente a esta probable objeción, surge la necesidad de adoptar un criterio axiológico y teleológico de interpretación de las mencionadas normas de las normas, para cuyo objetivo debemos remitirnos al *fundamento* de la extradición. Estos criterios, con seguridad proporcionarían una mayor entidad y consistencia al contenido del mencionado principio, y establecerán de manera sólida y precisa el alcance práctico del mismo.

### **El fundamento de la extradición**

**18.-** El fundamento de la extradición está plenamente definido en la doctrina, cuyo criterio es unánime en señalar que aquella es un mecanismo de asistencia y cooperación judicial entre los diversos Estados que busca *impedir la impunidad del delito*<sup>48</sup>. Centrándose en este fundamento, con mayor detalle, luego del estudio de la doctrina comparada y la jurisprudencia argentina, FERMÍN CABRAL expresa que la jurisprudencia argentina ha establecido que la entrega recíproca de delincuentes se funda en razones de conveniencia común y en los deberes morales de los gobiernos, pues es deber del poder público en toda nación civilizada procurar que los delitos no queden impunes jamás, buscando que los criminales escapados de su jurisdicción le sean devueltos, mediante convenciones de recíproca igualdad y mutua conveniencia; y que la Corte Suprema de Argentina también señaló que en las actuaciones sobre extradición, tendientes a perseguir el juzgamiento de los crímenes o presuntos criminales, por los tribunales del país en que han delinquido, el criterio judicial debe

---

<sup>46</sup> La ley N° 24710, de 27 de junio de 1987 –que establecía los requisitos, las condiciones y el procedimiento de extradición, tanto activa como pasiva–, al regular el principio de especialidad hacía referencia a «crimen», antes que «delito» o «hecho». Señala en su artículo 23: «Concedida la extradición, el Gobierno entregará al extraditado al agente o al representante diplomático del Estado solicitante. La entrega, sin embargo, no será realizada sin que el Estado solicitante asuma los compromisos siguientes: 1. No ser el extraditado detenido en prisión ni juzgado por *crimen* diferente del que haya motivado la extradición y cometido antes de ésta [...]». La negrita y cursiva es agregado nuestro.

El artículo 520.1 del nuevo Código procesal penal estipula: «El extraditado no podrá ser encausado por *hechos* anteriores y distintos a los que determinaron la concesión de la extradición sin la previa autorización del Perú [...]». La negrita y cursiva es agregado nuestro.

<sup>47</sup> Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2007, p. 208

<sup>48</sup> En este sentido: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO; op. cit., p. 170. También, VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE; op. cit., pp. 198-199

ser favorable a aquel propósito de beneficio universal<sup>49</sup>. El autor argentino, no solamente remarca el parecer de la jurisprudencia de su país, confirmando el mencionado fundamento de la extradición, sino que agrega, que el fundamento de ésta se concreta en la necesidad de no dejar impunes crímenes de cierta importancia y en llevar obligadamente a los responsables a rendir cuentas a un proceso en marcha o a enfrentar las decisiones tomadas en uno ya concluido. Y a manera de conclusión, expresa: «[...] la necesidad de cooperación internacional en la lucha contra el crimen, así como la manifiesta practicidad de esta institución jurídica, se constituyen en estos momentos de manera conjunta en el fundamento esencial de la extradición, aun el criterio de la soberanía siga estando presente en las diversas interpretaciones. El crecimiento y surgimiento de nuevas modalidades dentro de la esfera del crimen organizado, haciendo énfasis en los caracteres transnacionales y globales a los cuales se inscriben estas nuevas prácticas, constituyen un sólido sostén a la implementación de nuevas estructuras normativas capaces de fomentar la cooperación internacional entre los distintos Estados. Esto en aras de forjar de manera cierta la idea de una aldea global más segura»<sup>50</sup>.

Partiendo de estas ideas se puede sostener, además, que la lucha contra la impunidad es el papel preponderante que debe adoptar todos los Estados, con mayor énfasis en la coyuntura actual del surgimiento de nuevas formas o manifestaciones de criminalidad, dentro de las cuales cabe mencionar la corrupción estatal.

CUERDA RIEZU señala cuatro tipo de razones como fundamento de la extradición, dos de orden internacional: a) La extradición sirve como instrumento para evitar bien la ausencia de persecución penal bien la impunidad de los ya condenados; b) La extradición se efectúa mediante un procedimiento rogado con el fin de respetar la soberanía ajena; y dos de orden estatal: a) La extradición es un instrumento que garantiza la tutela judicial efectiva del denunciante o querellante cuando el acusado no se encuentra en territorio del Estado, y evita así, la frustración de la pretensión de obtener justicia; y b) La extradición es un método imprescindible para aquellos ordenamientos jurídicos que no admiten –o lo hacen sólo de manera restringida– el juicio en rebeldía o ausencia del acusado, y es un método necesario para aquellos ordenamientos que sí toleran el juicio en rebeldía o ausencia del acusado<sup>51</sup>. De estas razones conviene destacar, además, de la búsqueda por evitar la impunidad, la garantía de la tutela judicial efectiva, específicamente, la realización de la justicia.

---

<sup>49</sup> FERMÍN CABRAL, MANUEL ARTURO. *La Extradición en el Nuevo Proceso Penal*. En: [http://www.medinagarnes.com/public/\(Microsoft%20Word%20%20LA%20EXTRADICION%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20PENAL%20version%20final.pdf](http://www.medinagarnes.com/public/(Microsoft%20Word%20%20LA%20EXTRADICION%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20PENAL%20version%20final.pdf). Visitada el 15 de enero de 2010, p. 3.

<sup>50</sup> FERMÍN CABRAL, MANUEL ARTURO; op. cit., pp. 4-5.

<sup>51</sup> CUERDA RIEZU, ANTONIO. *La Extradición y la Orden Europea de Detención y Entrega*. En: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23563/2/articulo2.pdf>. Visitada el 15 de enero de 2010, pp. 7-8.

**19.-** El alcance del fundamento de la extradición permite sostener, por un lado, siguiendo un criterio de interpretación teleológico de las normas, en general, que la instituyen y regulan, que ella busca impedir la impunidad del delito; y, por otro, de igual trascendencia a dichas normas, adoptando un criterio de interpretación axiológico, que dicha institución también busca la realización de la justicia en el caso particular de los ofendidos o agraviados por el delito<sup>52</sup>.

Estos criterios permiten concluir, por consiguiente, que las citadas normas que regulan el principio de especialidad, impiden el juzgamiento y la sanción del extraditado, únicamente, por un «hecho» o «delito» distinto al que fue objeto de la demanda de extradición y de su autorización en la correspondiente sentencia: ampliar el contenido de la prohibición al «grado de intervención», solamente, contribuiría a dejar impune una determinada conducta delictiva y haría irreal el valor justicia, pues es sabido que la determinación del grado de intervención o participación, muchas veces, se determina en la etapa del juzgamiento y no antes, ni en la investigación prejudicial ni en la etapa de investigación o instrucción, cuyos actuados y resultados sirven para sustentar el procedimiento de extradición.

Con esta interpretación, el principio de especialidad se centra a aspectos sustanciales: el hecho o el delito, acorde, además, con el principio de legalidad penal y otros que rigen la extradición, como el principio de doble incriminación o el *ne bis in idem*, que serían de difícil consecución, incluso, en perjuicio del extraditado, si se exigiera que el «grado de intervención» forme parte de la prohibición contenida en el principio de especialidad.

**20.-** El alcance y contenido de esta interpretación descarta, por ende, la inobservancia del principio de especialidad, del principio de legalidad, así como de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales que alega la defensa de Alberto Fujimori Fujimori: el principio de especialidad no impide que el extraditado pueda ser juzgado y sancionado por un grado de participación distinto al concedido en la sentencia de extradición.

No obstante lo expuesto, conviene agregar –siguiendo el fundamento relacionado a la determinación de la violación de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, ya expuesto<sup>53</sup>–, que la defensa nunca cuestionó el grado de intervención delictiva atribuida al entonces inculpado Alberto Fujimori Fujimori en la acusación, antes bien, en el procedimiento de conformidad, solo aceptó los hechos, por lo que, no era exigencia del Tribunal una mayor determinación sobre este aspecto, atendiendo, además, a que se trataba de una sentencia conformada que exige una remisión al sustento del dictamen fiscal. Por esta razón, se puede sostener que no formaba parte del contenido constitucionalmente protegido de la garantía de la

---

<sup>52</sup> En la doctrina nacional, se sostiene, incluso, un valor que trasciende el ámbito personal; así PEÑA CABRERA expresa: «La justicia penal internacional encuentra en la extradición su más elevada realización [...]». Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE; op. cit., p. 199.

<sup>53</sup> Véase el fundamento 19 del presente dictamen.

motivación de las resoluciones judiciales, la exigencia de una justificación al cambio del grado de participación que, por lo demás, venía determinado en la acusación.

## **4.2. LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA DE LA PARTE CIVIL**

### **La oportunidad de la pretensión y el derecho de contradicción**

**21.-** La parte civil representada por Alberto Borea Odría y Javier Diez Canseco Cisneros han formulado recurso de nulidad contra el extremo de la sentencia que fija el monto de la reparación a su favor, como agraviados del delito de interferencia o escucha telefónica, empero, en lugar de cuestionar dicho monto, han propuesto –en esta etapa impugnatoria– nuevas pretensiones. Ambos pretenden, ahora, la publicación y, por ende, la difusión de la aceptación de los hechos delictivos reconocidos por Alberto Fujimori Fujimori; asimismo, Borea Odría agrega una pretensión: la publicación en los libros de historia, de la educación básica, la forma dictatorial del ejercicio del poder que ostentó el condenado durante los años 1992-2000. Considerando la oportunidad de su formulación, ante todo, conviene analizar la viabilidad procesal de estas pretensiones.

La pretensión es el acto procesal por el que se pide o solicita al juez, la declaración de determinados efectos jurídicos; se trata de una declaración que contiene una petición fundada en hechos con apariencia jurídica, formulada ante una tercera persona y dirigida al juez, para que se pronuncie, en una decisión jurisdiccional con vocación de autoridad de cosa juzgada, sobre determinados efectos jurídicos que pueden recaer sobre el tercero o, conjuntamente, sobre éste y el pretendiente<sup>54</sup>.

El hecho de estar formulada ante una tercera persona, sobre la cual, además, recaen sus efectos jurídicos, conlleva a sostener que la decisión judicial sobre cualquier pretensión debe salvaguardar el derecho de defensa de dicha parte, concretamente, el núcleo central de tal derecho: el derecho de contradicción, que es consustancial a la idea mismo del proceso. El derecho de contradicción es un concepto que resulta siendo esencial en el proceso, esta esencialidad condiciona la validez del proceso, pues así como a una parte se le da la oportunidad de plantear su tesis, bajo este mismo presupuesto, lógica y racionalmente, se le debe conceder a la otra, plantear la antítesis; de esta manera la decisión final del juez sobre una determinada pretensión, surgirá luego de haberse producido un verdadero intercambio de posiciones y armas.

**22.-** Conforme a la comprensión del derecho de contradicción y la dinámica procesal de la pretensión, se concluye que la formulación de estas «nuevas» pretensiones de la parte civil, en este estadio del proceso, son extemporáneas y una futura determinación en la correspondiente sentencia de vista vulneraría el derecho de defensa de la parte sentenciada.

---

<sup>54</sup> YAIPEN ZAPATA, VÍCTOR. *La Pretensión Procesal. Introducción al Estudio de la Pretensión y la Acción Penal*. En: revista Gaceta Penal & Procesal Penal, editorial Gaceta Jurídica, t. 5, noviembre 2009, p. 220

A este respecto, se debe agregar que la parte civil debió formular sus pretensiones alternativas en la oportunidad que regula la norma procesal, es decir, conforme al artículo 227 del Código de procedimientos penales, hasta tres días antes del inicio de la audiencia. Por ende, resultan extemporáneas las pretensiones formuladas en esta etapa impugnatoria del proceso y no resultan siendo atendibles.

### **4.3. LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

#### **Confesión sincera y allanamiento-confesión**

**23.-** La Primera Fiscalía Suprema Penal ha formulado recurso de nulidad contra el extremo de la sentencia que le impone seis años de pena privativa de la libertad a Alberto Fujimori Fujimori. Sus argumentos se centran en dos aspectos: primero –el que abarca la mayor parte de su fundamentación– califica como errónea la aplicación de a confesión sincera; segundo, sostiene que el beneficio premial debería ser menor a la quinceava parte de la pena concreta.

Respecto a su primer cuestionamiento, el Tribunal ha aplicado lo que denomina «allanamiento-confesión». Tal como ha sido justificado en la sentencia<sup>55</sup>, es obligatorio remitirnos al Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116<sup>56</sup>, con la finalidad de conocer el contenido y/o los presupuestos de aplicación de este denominado *allanamiento-confesión*.

La Corte Suprema de la República ha establecido como doctrina legal lo siguiente: «Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que se configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte»<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> El párrafo 82° de la sentencia literalmente dice: «Por otro lado, este Tribunal debe evaluar también, primero, si resulta de aplicación un efecto atenuante por el allanamiento-confesión del acusado; y segundo, los efectos premiales de la conformidad, conforme al Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico 23°.

En cuanto al allanamiento-confesión del acusado, según las bases establecidas en el Acuerdo Plenario antes invocado [...] su *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos [...]».

<sup>56</sup> El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, fue aprobado, como ya se señaló, en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de la República, realizado el 18 de julio de 2008.

<sup>57</sup> Doctrina legal enumerada con el 7 del citado Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116.

El citado acuerdo plenario desarrolla esta doctrina, señalando que la *confesión sincera* es una circunstancia atenuante de carácter excepcional que desde una perspectiva global, exige la sinceridad de la confesión que equivale a una admisión: a) completa, es decir que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en que participó; b) veraz: el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado; c) persistente, uniformidad en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente; d) oportuna, esto es, en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación; y e) relevante<sup>58</sup>.

**24.-** Inmediatamente después, se agrega literalmente lo siguiente: «Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó lo cargos y luego, llegado el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la *confesión plenaria* sólo podrá tener una relativa o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal»<sup>59</sup>. A juicio de esta Fiscalía Suprema Penal, el ahora denominado e invocado *allanamiento-confesión* se encuentra contenido en esta parte del sustento del citado acuerdo plenario, esto es, el *allanamiento-confesión* no es sino la llamada *confesión plenaria* que se señala en este párrafo.

Luego de esta justificación el acuerdo plenario desarrolla la diferencia entre la *confesión sincera* y la *conformidad*; así a manera de ilustración del presente dictamen, conviene señalar que en el acuerdo plenario se indica que la *confesión sincera* del artículo 136 del Código de procedimientos penales, en modo alguno puede equipararse a la *conformidad* que regula el artículo 5 de la ley N° 28122<sup>60</sup>. Esta última es una admisión de los hechos descritos en la acusación fiscal, solo es una aceptación de cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia conformada; así pues, consta de dos elementos: a) el reconocimiento de hechos, y b) la declaración de voluntad del acusado<sup>61</sup>. La *conformidad*, por analogía con la *terminación anticipada* puede dar lugar a una reducción de la pena inferior a la sexta parte<sup>62</sup>.

**25.-** Como está expuesto, el *allanamiento-confesión* o *confesión plenaria*, no guarda plena identidad con la *confesión sincera* y los requisitos de su aplicación no tienen el mismo contenido y amplitud de los de esta última. Siguiendo el acuerdo plenario, que es el instrumento que lo ha establecido como principio jurisprudencial, la

---

<sup>58</sup> Fundamento 21 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116

<sup>59</sup> Fundamento 21 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116. La cursiva es agregado nuestro.

<sup>60</sup> Fundamento 22 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116.

<sup>61</sup> Fundamento 19 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116.

<sup>62</sup> Fundamento 23 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116.

sinceridad<sup>63</sup> del *allanamiento-confesión* exigirá, siempre, veracidad, oportunidad y relevancia, empero las mismas estarán en relación y deberán manifestarse, en la etapa del juzgamiento, no así a las etapas anteriores, como sucede con la *confesión sincera*.

Con esta premisa, se concluye que el Tribunal ha aplicado en el caso concreto el *allanamiento-confesión*, aplicación que se encuentra plenamente justificada en la sentencia y cuyos fundamentos hace suyos esta Segunda Fiscalía Suprema Penal<sup>64</sup>: hubo un reconocimiento sincero y veraz –en tanto, no existen elementos razonables que permitan inferir lo contrario– por parte del acusado Alberto Fujimori Fujimori, de los hechos formulados en la acusación fiscal, expresada en su primera intervención en la etapa del juicio oral. Por consiguiente, y estando a que los argumentos del representante del Ministerio Público que impugnó, están referidos a la *confesión-sincera* –cuyo alcance y presupuestos, tal como los expone en su recurso de nulidad no guardan concordancia ni plena identidad con el llamado *allanamiento-confesión*– no cabe efectuar mayor análisis al respecto.

### **El beneficio premial por la conformidad procesal**

**26.-** El criterio de reducción de pena por la conformidad también se encuentra establecida como principio jurisprudencial en el mencionado Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116. En éste, se ha señalado que procederá la reducción de la pena por conformidad procesal, la misma que será menor a un sexto (entre un séptimo o más) de la pena concreta parcial –fijada conforme a los artículos 45 y 46 del Código penal–.

En la sentencia se ha justificado la pena concreta parcial en ocho años de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación conforme a los incisos 1° y 2° del artículo 36 del Código penal<sup>65</sup>. Esta magnitud contiene la valoración de algunos de los criterios invocados por el representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad –pluralidad de agraviados, periodo de comisión de las conductas delictivas–, aunque con otra terminología, los aspectos invocados se encuentran dentro de la valoración que realizó el Tribunal de la naturaleza de las acciones ilícitas, del empleo de medios fraudulentos y clandestinos, y de la extensión del daño ocasionado<sup>66</sup>.

**27.-** La Fiscalía Suprema Penal que impugna, cuestiona la aplicación del beneficio premial de la conformidad por una excesiva rebaja de la pena concreta parcial. Efectivamente, coincidiendo con dicho cuestionamiento, esta Segunda Fiscalía Suprema Penal estima que la reducción de *un tercio* de la referida pena concreta parcial, efectuada por el Tribunal, rebasa el propio marco doctrinal señalado en el citado acuerdo plenario, éste establece una rebaja *menor a un sexto (un séptimo o*

---

<sup>63</sup> La sinceridad es el parámetro a considerar para diferenciar el *allanamiento-confesión* de la *confesión sincera*.

<sup>64</sup> Fundamento contenido en el párrafo 82° de la sentencia.

<sup>65</sup> Véase párrafo 83° de la sentencia.

<sup>66</sup> Véase párrafo 81° de la sentencia.

*más*): no necesariamente la rebaja debe ser de un séptimo, sino que aquella, incluso, puede ser menor: un octavo, un noveno, etcétera.

En el caso concreto se deben valorar los criterios del allanamiento-confesión y la conformidad, así como los propios criterios que sirvieron para establecer la pena concreta parcial –a la que debe recurrirse, inevitablemente, aunque de manera global, para coadyuvar a establecer el porcentaje de reducción– y los señalados en el acuerdo plenario: a) La entidad o complejidad de la causa: se trata de un proceso que llegó hasta el procedimiento de extradición largo y complicado, b) Las circunstancias del hecho: los hechos son una manifestación de criminalidad estatal, en el que se utilizaron personal, recursos y logística de instituciones públicas y castrenses, c) La situación personal del imputado: Alberto Fujimori Fujimori fue Presidente de la República y como tal se aprovechó del cargo para cometer los ilícitos penales, asimismo, tal condición impidió un rápido esclarecimiento de los hechos y, por ende, una pronta justicia, y d) El alcance de su actitud personal: previa a la audiencia, el entonces inculcado adoptó una actitud evasiva de la justicia, desde el momento inicial de las investigaciones por parte del Congreso de la República e, incluso, aprovechó su nacionalidad japonesa para una indebida protección. La valoración de estos criterios – que no fueron merituados por el Tribunal–, nos permite establecer que la rebaja de la pena concreta debe ser de un octavo, por lo que, la pena a imponerse, con la disminución correspondiente, sería de siete años de pena privativa de la libertad y dos años y siete meses de inhabilitación.

## **V. OPINIÓN FISCAL**

Por todos los fundamentos expuestos, esta Fiscalía Suprema en lo Penal, OPINA que se declare:

**NO HABER NULIDAD** en sentencia que obra de folio 10916 a folio 10969, de fecha 30 de septiembre de 2009, aclarada en la resolución que obra de folio 11212 a folio 11213, de fecha 7 de octubre de 2009, en el extremo que condena a ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI o KENYA FUJIMORI, como autor, en concurso real, de la comisión de los delitos de peculado doloso, en agravio del Estado; corrupción de funcionarios – cohecho activo genérico, en agravio del Estado; y violación del secreto de las comunicaciones – interferencia o escucha telefónica, en agravio de Javier Pérez de Cuellar, Jorge Yamil Mufarech Nemi, Javier Ortiz de Cevallos Thorndike, Alberto Bedoya Saénz, Ricardo Clemente Vásquez Suyo, Ricardo Vega LLona, Miroslav Lauer Holoubeck, Ricardo Morales Basadre, Francisco Pérez de Cuellar Roberts, Ruth María Lozada Dejo, Ricardo Federico Fernandini Barreda, Miguel José María León Barandiarán Hart, Juan del Carmen Garaday Villanueva, Jaime Cuneo Velarde, Patricia Milagros Leguía García, Gustavo Adolfo Mohme Seminario, Cecilia del Pilar Valenzuela Valencia, César Hildebrant Pérez Treviño, Paúl Figueroa Lequien, Elsa Felícita Casas Sotomayor, Javier Diez Canseco Cisneros, Luz Aurea Sáenz Arana, Fernando Miguel Rospigliosi Capurro, Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle Riestra Gonzáles Olaechea, Enrique

Alberto Zileri Gibson, Ángel Alfredo Páez Salcedo, Alberto Alfonso Borea Odría y Lourdes Celmira Rosario Flores Nano.

**HABER NULIDAD** en el extremo que le impone al condenado, seis años de pena privativa de la libertad, dos años de inhabilitación conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código penal, en concordancia con el artículo cuatrocientos veintiséis del citado código: privación del cargo de Presidente de la República e incapacidad para obtener mandato, cargo o empleo o comisión de carácter público; debiendo **REFORMARSE** este extremo, e imponérsele **siete años de pena privativa de la libertad, dos años y siete meses de inhabilitación** conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código penal, en concordancia con el artículo cuatrocientos veintiséis del citado código: privación del cargo de Presidente de la República e incapacidad para obtener mandato, cargo o empleo o comisión de carácter público.

**NO HABER NULIDAD** en el extremo que fija en veinticuatro millones sesenta mil doscientos dieciséis nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado. Asimismo, establece en tres millones de nuevos soles, la cantidad que por similar concepto, y en forma proporcional, abonará a favor de los agraviados del delito de violación del secreto de las comunicaciones – interferencia o escucha telefónica; esto es, deberá pagar la suma de ciento siete mil ciento cuarenta y dos nuevos soles con ochenta y seis céntimos a favor de cada uno de los veintiocho agraviados.

Lima, 22 de enero de 2010.