



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI,

Representada por Keiko Sofia Fujimori Higuchi

## AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 20 de febrero de 2018

### VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Keiko Sofía Fujimori Higuchi contra la resolución de fecha 11 de julio de 2017 (a fojas 132), expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos en cárcel, que declaró improcedente liminarmente la demanda de autos; y,

### ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 24 de diciembre de 2017 se emitió la Resolución Suprema n.º 281-2017-JUS, la cual dispuso en su parte resolutive “Conceder el INDULTO Y DERECHO DE GRACIA POR RAZONES HUMANITARIAS al interno del Establecimiento Penitenciario Barbadillo, ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI” y en cuyo amparo el beneficiario del presente hábeas corpus se encuentra actualmente en libertad.
2. Mediante la presente demanda de hábeas corpus se busca que se declaren nulas las sentencias condenatorias de primer y segundo grado a través de las cuáles se condenó al favorecido como autor del delito de secuestro agravado (fojas 2). Sin embargo, es evidente que la finalidad última de esta demanda es que se “ordene la inmediata libertad del favorecido” (fojas 18). Esta última pretensión es la que explica, precisamente, que los actores hayan acudido a este proceso de tutela de la libertad personal y no a otra vía, como la del proceso de amparo.
3. Como es de público conocimiento, y sobre la base de la resolución suprema antes mencionada, el beneficiario Alberto Fujimori Fujimori se encuentra actualmente en libertad, por lo que, en atención al objeto de tutela del proceso constitucional de hábeas corpus (artículo 200, inciso 1, de la Constitución y artículo 25 del Código Procesal Constitucional), carece de sentido emitir un pronunciamiento de fondo sobre lo planteado, en la medida que ha operado la sustracción de la materia.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI,

Representada por Keiko Sofia Fujimori Higuchi

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en la sesión de Pleno del día 31 de octubre de 2017, y el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, con los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ledesma Narváez. Se deja constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus, por haber operado la sustracción de materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BLUME FORTINI  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA  
MIRANDA CANALES  
FERRERO COSTA**

**Lo que certifico:**

.....  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC  
LIMA  
ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
Representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higuchi

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL  
MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI**

Si bien concuerdo con mis colegas magistrados en declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus, promovida a favor de don Alberto Fujimori Fujimori, por haberse sustraído la materia controvertida, al haberse materializado la libertad del beneficiario, que era el objeto final del proceso, considero necesario precisar lo siguiente:

1. El indulto otorgado por el Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski Godard, el 24 de diciembre de 2017 pasado, a favor don Alberto Fujimori Fujimori, resulta conforme con la Constitución, toda vez que el numeral 21, del artículo 118 de la Norma Suprema, confiere expresamente al Presidente de la República, entre otras gracias, la prerrogativa de:

“Conceder indultos y conmutar penas”.

2. Tal prerrogativa, que consiste en la facultad de suprimir la pena imputada a un condenado, es otorgada por el acotado numeral constitucional sin establecer condicionamiento constitucional para su ejercicio, lo cual impide someterla a regulaciones infraconstitucionales, que la constriñan, limiten o restrinjan. Sin embargo, y como lo tiene dicho el Tribunal Constitucional, no obstante a que está revestida del máximo grado de discrecionalidad, no está exenta de control jurisdiccional y debe ser ejercida sin infringir el principio de interdicción de arbitrariedad. (*Cfr.* fundamento 3 de la Sentencia 03660-2010-PHC/TC).

S.

**BLUME FORTINI**

**Lo que certifico:**

.....  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado(a) por KEIKO SOFIA  
FUJIMORI FUJIMORI - HIJA

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo con el auto en mayoría por lo siguiente:

1. A mi juicio, a pesar de la sustracción de la materia, el agravio producido —la prisión efectiva de Fujimori por más de doce años— justifica analizar el fondo de la controversia, conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional.
2. La demanda busca que se anulen las sentencias que condenaron al exPresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato del secuestro agravado de Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia.
3. La demanda afirma que no existe ningún hecho que permita colegir que Fujimori tuvo participación en ello y que las sentencias sustentan su responsabilidad solo en su condición de Presidente de la República.
4. Específicamente, la demanda señala que se ha afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales —integrante del derecho al debido proceso— de Fujimori por la indebida aplicación de:
  - El agravante de “trato cruel” al delito de secuestro; y,
  - La modalidad de “autoría mediata”.

En lo que sigue, analizaré cada una de ellas.

### Los “secuestros agravados”

5. El texto del artículo 152.1 del Código Penal, vigente en el momento de los hechos, señalaba lo siguiente respecto del delito de secuestro agravado:

El que, sin derecho, priva a otro de su libertad personal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años cuando:

1. El agente abusa, corrompe, *trata con crueldad* o pone en peligro la vida o salud del agraviado (*énfasis añadido*).
6. El código distinguía —y distingue— entre el secuestro simple y el agravado. Este se configura cuando se presenta alguna de las circunstancias adicionales que precisa taxativamente —entre ellas, el *trato cruel*.



7. Evidentemente, si el secuestro conllevara en sí mismo el *trato cruel*, el Código Penal no lo calificaría como agravante. En tal perspectiva, todo secuestro sería agravado. No es ese el entendimiento del Código.
8. Gorriti fue detenido en su casa en la madrugada del 6 de abril de 1992, por un grupo de militares que lo llevaron al Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE). A la mañana siguiente, fue puesto en libertad.
9. En el caso de Dyer, la detención se produjo la noche del 27 de julio de 1992, cuando se encontraba en Migraciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, rumbo hacia los Estados Unidos.
10. La sentencia narra candorosamente que, cuando era trasladado al SIE, Dyer y sus captores pararon en el restaurante *Las 4 Estaciones*, donde compartieron sánquches y gaseosas.
11. Ya en el SIE, le entregaron sus pertenencias, incluyendo un celular —entonces no tan de uso común como ahora— con el que pudo llamar a su esposa, a diferentes autoridades y a militares amigos, para pedirles ayuda.
12. A Dyer se le estaba investigando por haber suministrado, supuestamente, armas a Sendero Luminoso. Ciertamente, no se encontró sustento a ello. Ayudado por algunos agentes de inteligencia, se escapó el 5 de agosto.
13. Las sentencias relatan tales hechos, pero no los ponderan debidamente. En vez de ello, prodigan definiciones de términos, en un discurso por demás desordenado y confuso.
14. El fundamento 694, en su numeral 5.II, de la sentencia de primera instancia señala que:

el *trato cruel* equivale a todo maltrato objetivo o subjetivo (amenazas, presiones ideológicas, generación de *angustia o zozobra*) que padezca la víctima, pero del cual no debe derivar la muerte, graves daños en el cuerpo o en la salud física o mental, o riesgo relevante para su salud (*énfasis agregado*).

15. Bajo tal definición todo secuestro es agravado y ninguno simple; si no, resultaría que, para los jueces demandados, habrían secuestros en los que las víctimas no tienen “angustia o zozobra”.



16. Como indica el dictamen del fiscal supremo Pablo Sánchez —que intervino en la segunda instancia—, esta forma de entender las cosas desnaturaliza el concepto de agravante, convirtiéndolo en un elemento del tipo penal básico.
17. El fundamento 694 de la misma sentencia, por su parte, al pretender puntualizar en qué estuvo el “trato cruel”, señala que los militares ejecutaron la detención aparatosamente, rastrillaron sus armas y utilizaron un lenguaje soez.
18. Empero, la Real Academia Española, en su Diccionario, dice que *cruel* es:
- adj. Que se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos.
- adj. Insufrible, excesivo. (...)
- adj. Sangriento, duro, violento. (...)
19. En dichos términos, resulta evidente que ninguno de los hechos anteriores puede calificarse de esa manera. Por ello, el dictamen del fiscal Sánchez concluye en los términos siguientes:
- La agravante trato cruel, en el plano fáctico, no tiene sustento en la realidad que sucedieron los delitos. Por tanto, estos hechos deben ser calificados como secuestro simple.
20. Contradiciendo al fiscal, sin embargo, la sentencia de segunda instancia insistió en calificar los secuestros como agravados, a base de acuñar un nuevo y peculiar contenido para el término *cruel*:
- La confluencia de [los] factores endógenos y exógenos no deben ser analizados únicamente desde la óptica de la víctima, como lo ha realizado el Fiscal Supremo, sino, a través de un estándar objetivo, estableciendo qué tipos de conducta constituirían trato cruel para una *víctima estándar* (*énfasis añadido*).
21. La estandarización supone recoger previamente observaciones de un fenómeno determinado, identificando características comunes en las mismas. El establecimiento de un estándar no puede ser automático.
22. Los jueces no sustentaron la existencia de la “víctima estándar” del delito de secuestro. Este proceder fue tanto más arbitrario si se considera la prohibición contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal:

Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.



23. Los propios jueces de segunda instancia demandados establecen que el *trato cruel*:

requiere siempre de dos elementos: uno objetivo, que se manifiesta en la innecesaria de padecimiento y otro subjetivo, que es el propósito o ánimo del agente de querer causar dolores innecesarios a la víctima. Ambos deben concurrir y ser debidamente valorados para determinar la configuración de la crueldad o cualquiera de sus formas, como lo es la agravante del secuestro, trato cruel (página 192).

24. Al recurrir al concepto de “víctima estándar”, los jueces soslayaron el elemento subjetivo que ellos mismos señalaban como indispensable para la determinación del agravante *trato cruel*. Lo *cruel*, dijeron, es algo objetivo.

25. Por demás, las sentencias tampoco tomaron en cuenta que, cuando se produjeron las detenciones, Lima se encontraba en Estado de Emergencia (Decretos Supremos 019-92-DE-CCFFAA, 036-DE-CCFFAA y 050-DE-CCFFAA).

26. La Constitución de 1979 establecía que el Estado de Emergencia podía comprender la suspensión del ejercicio del derecho a la libertad y seguridad personales, previsto en su artículo 2, inciso 20, apartado g:

Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde.

27. La sentencia de primera instancia afirmó que este régimen de excepción no aplicaba a Gorriti porque solo valía para personas sospechosas de cometer el delito de terrorismo. Tal afirmación no tiene asidero constitucional.

28. En la norma constitucional, el único límite a esta prerrogativa del Poder Ejecutivo radicaba en el tiempo que podía durar tal detención: veinticuatro horas, que no fueron superadas.

29. Dyer estuvo detenido diez días bajo cargos infundados de terrorismo, pero el segundo párrafo de la misma norma constitucional decía:

Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de *quince días naturales*, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término (*énfasis añadido*).



30. Por ello, dada la deficiente motivación de las sentencias cuestionadas, queda la duda respecto no solo a si hubo secuestro agravado sino incluso a si hubo siquiera secuestro.

### La “autoría mediata”

31. El Código Penal establece la modalidad de *autoría mediata* en su artículo 23, en términos muy generales:

El que realiza por sí o *por medio de otro* el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción (*énfasis añadido*).

32. Esta definición implica que solo puede cometerse un delito *por medio de otro* —y haber, por tanto, *autoría mediata*— cuando se anula completamente la voluntad de ese otro y se lo convierte en un mero instrumento.
33. Evidentemente, la imputación de *autoría mediata* exige una fundamentación prolija, pues supone negar el carácter deliberado —propiamente humano— de la acción del ejecutor de un delito.
34. Si se reconoce que ese otro ha actuado —al menos, parcialmente— conforme a su voluntad, no habría *autoría mediata* sino, en todo caso, *coautoría* o *autoría intelectual* en quien estaba detrás de él.
35. La sentencia de primera instancia imputa a Fujimori la “autoría mediata” de los “secuestros agravados” de Gorriti y Dyer a base de dos hechos:
- haber sido jefe del Estado cuando sucedieron; y,
  - haber dado el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, inmediatamente antes de que ocurriera el “secuestro agravado” de Gorriti.
36. La sentencia repite *ad nauseam* estos hechos, pasando por alto los abundantes indicios que sugieren que el asesor de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres fue el autor intelectual de las detenciones de Gorriti y Dyer.
37. Consta en el expediente que Montesinos se arrogó recurrentemente ser vocero de Fujimori frente a las autoridades gubernamentales y mandos militares, sabiendo que no tenían acceso directo a él para confrontar lo que les decía que dijo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado(a) por KEIKO SOFIA  
FUJIMORI FUJIMORI - HIJA

38. Ciertamente, Fujimori facilitó que esto ocurriera, al aparecer en público acompañado por Montesinos. Como jefe de Estado, no supo guardar las distancias debidas con un simple asesor de inteligencia.

39. Sin embargo, ello no lo hace *autor mediato* de los delitos que se le imputan —más aún, cuando ello contradice los siguientes testimonios que obran en autos:

- El líder aprista Jorge del Castillo Gálvez y el jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), coronel EP Alberto Pinto Cárdenas, presentaron la “orden” con la que el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas dispuso la detención de distintas personas. Esta estaba firmada por el general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos (fundamento 538).
- César Barrera Bazán, exdiputado por Izquierda Unida y vicepresidente del Congreso de la República cuando ocurrió el golpe de Estado del 5 de abril, refirió que, después de los hechos, conversó con Hermoza, quien reconoció que firmó dicha “orden” porque Montesinos le dijo que Fujimori se negó a hacerlo (fundamento 643).
- Rafael Merino Bartet, asesor del Servicios de Inteligencia Nacional, sostuvo que, a instancias de Montesinos, él mismo redactó la referida “orden” para que se detuviera a distintas personas. Asimismo, indicó que este documento se lo hicieron llegar a Hermoza para que lo firmara (fundamento 545).
- El propio Hermoza dijo que firmó las órdenes de detención por disposición de Fujimori, pero reconoció que esta no le fue comunicada directamente por Fujimori sino por Montesinos (fundamento 231). Enfatizó que no sabía de la detención de Gorriti, de la que se enteró por los periódicos (fundamento 546).
- El general EP Pablo Carmona Acha refirió que Hermoza, en la reunión del 3 de abril de 1992, donde se planificó el golpe de Estado, expuso que podría haber detenciones durante las medidas iniciales, lo que correspondería a la Policía Nacional. Además, afirmó que desconocía si Fujimori dictó una disposición específica para las detenciones (fundamento 547).
- El general FAP Arnaldo Velarde Ramírez señaló que, cuando conversó con Hermoza sobre las detenciones, en atención a un documento firmado por él, le dijo solo que ello fue dispuesto por orden superior (fundamento 550).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado(a) por KEIKO SOFIA  
FUJIMORI FUJIMORI - HIJA

40. La sentencia refiere también que en otro proceso el propio Montesinos declaró que no sabía si Fujimori tuvo conocimiento de las detenciones y que quien dispuso las detenciones fue Hermoza (fundamento 552).
41. A pesar de ello, la sentencia imputa la responsabilidad a Fujimori porque, como Presidente de la República, tenía el “dominio de la organización” (fundamento 556).
42. El golpe de Estado del 5 de abril infringió la Constitución, concentró el poder en manos de Fujimori y configuró un régimen autoritario, pero de ello no se infiere que la voluntad de los agentes estatales fuera sometida totalmente a la de aquel.
43. Dicho golpe no convirtió al Estado en una banda criminal y una organización totalitaria que se pueda equiparar al Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana y a Sendero Luminoso, como lo hace el fundamento 725.
44. Aceptar ello implicaría deslegitimar la Constitución de 1993 —redactada por el Congreso Constituyente Democrático convocado por Fujimori— y todas las instituciones creadas por ella, empezando por este Tribunal Constitucional.
45. La existencia misma de este Tribunal Constitucional —que es, esencialmente, un mecanismo de control del poder— indica que el concepto de *autoría mediata* no pueda extrapolarse a Fujimori sin una debida motivación.

Así, puesto que las sentencias impugnadas carecen de debida motivación, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **NULA** la sentencia de la Sala Penal Especial de 7 de abril de 2009, y la de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de diciembre de 2009, al haberse vulnerado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.
2. **ORDENAR** a los demandados no volver a incurrir en los actos lesivos que dieron origen a la presentación de la demanda.

S.

**SARDÓN DE TABOADA**

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higushi

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Los procesos constitucionales constituyen una de las grandes conquistas de un auténtico Estado Democrático de Derecho, que todos debemos preservar

Considero que la demanda de autos debe declararse **INFUNDADA** en un extremo e **IMPROCEDENTE** en otro. Casos como el presente, en el que principalmente se cuestionan asuntos de orden penal que pertenecen en exclusividad a la esfera de competencias del juez penal, sólo reflejan el mal uso de una garantía que sólo está prevista para urgencias en la protección de la libertad personal. Éste es uno más de los tantos habeas corpus que se ha presentado a favor del demandante y a diferencia de varios de ellos, con una clara carencia de fundamentos.

Discrepo de la mayoría de mis colegas en cuanto han declarado la sustracción de la materia atendiendo a la libertad de la que hoy goza el demandante, producto del indulto y gracia presidencial otorgados por el Presidente de la República. En primer lugar, mi discrepancia radica en la oportunidad del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Este debió realizarse luego de conocerse la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, como es de público conocimiento, ha solicitado al Estado peruano el expediente administrativo del referido indulto y se encuentra pendiente de pronunciamiento. En segundo lugar, pese a verificarse el ejercicio físico de la libertad del demandante (debido al indulto y gracia presidencial antes referidos y sobre cuya constitucionalidad aún no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional), estimo que, en el extremo que se cuestiona la motivación de la autorización mediata, se puede ingresar al fondo y verificar si las resoluciones judiciales cuestionadas han sido expedidas conforme a Derecho o no.

#### Argumentos de la nueva demanda de habeas corpus

1. La demanda presentada con fecha 19 de mayo de 2017 a favor de Alberto Fujimori Fujimori, cuestiona la sentencia de fecha 7 de abril de 2009, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, y la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, alegando que vulnera su derecho a la libertad en conexidad con el debido proceso, específicamente, el: "a) principio de imputación necesaria (conformado por el principio de legalidad, derecho a la defensa, derecho a la prueba y derecho a la presunción de inocencia); b) derecho a la debida motivación de las resoluciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higushi

judiciales; y c) principio de interdicción de la arbitrariedad" (fojas 1).

2. Refiere (fojas 3) que el principio de imputación necesaria tiene tres exigencias:
  - a. Que se describa e individualice el hecho imputado.
  - b. Que a partir de este hecho se elabore una correcta subsunción jurídica.
  - c. Que se acredite el hecho imputado.
3. Tales exigencias, sostiene, deben hacerse prevalecer sobre todo al momento de condenar y que en el caso de las sentencias cuestionadas, "se ha infringido el principio de imputación necesaria dado que no se ha descrito e individualizado un hecho que se le pueda atribuir al favorecido, como sustento de su participación en el delito de *secuestro agravado*, tampoco para imputar los delitos de *homicidio calificado* y *lesiones*. Al no existir un hecho imputado, tampoco ha sido posible hacer un juicio de subsunción jurídica (...) lo que sostenemos y tenemos cómo acreditarlo, es que al ex Presidente Fujimori se le condenó sin que se le haya podido atribuir un hecho concreto (...) Lo que sustenta la responsabilidad penal del favorecido -según las sentencias que lo condenan- es su condición de Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, y para poder sostener esto se confeccionó una teoría *ad hoc* sobre la autoría mediata aplicable al caso del ex Presidente " (fojas 3).
4. Por otra parte, en cuanto a la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad y a la debida motivación, refiere que el demandante fue condenado por una circunstancia agravada que no existía (fojas 7): "las sentencias cuestionadas han construido una condena contra el ex Presidente Fujimori como autor mediato del delito de secuestro agravado sin que exista un sólo hecho que se le pueda imputar (...) el razonamiento que llega a la conclusión de que Alberto Fujimori fue autor mediato del delito de secuestro agravado omite, **arbitrariamente, que quienes dieron la orden del secuestro de Gustavo Gorriti, fueron los altos mandos del Ejército peruano**" (sic), "por lo tanto, los autores mediatos, según los hechos del caso y según la doctrina penal, serían estos altos mandos".
5. Asimismo, sostiene que "según la doctrina, ejemplos de trato cruel serían, privarle de alimento al secuestrado, privarle de bebida, de abrigo, mantenerlo encapuchado con dificultades respiratorias y al mismo tiempo con las manos atadas a la espalda, o se le encierra con animales repugnantes; se le infringe torturas a la víctima con golpes de puños, puntapiés, culatazos con fusil, ahogando en el agua, enterrándola hasta el cuello, etc. Nada de eso se desprende de los casos Gorriti y Dyer" (fojas 9).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higushi

6. Finalmente, agrega que "si la alegación de trato cruel (en la ejecución del hecho) constituye ya una interpretación arbitraria de los hechos del caso, conectar mecánicamente el trato cruel con la autoría mediata representa el mayor atropello a los hechos y al Derecho en el presente caso, en perjuicio directo del favorecido. En efecto, la crueldad es una característica del hecho material realizado por los ejecutores, y no un aspecto que se pueda inferir de manera automática como atributo de la autoría mediata" (fojas 15).

**Examen de los cuestionamientos sobre si los hechos del caso penal son compatibles o no la agravante de trato cruel**

7. Adicionalmente a lo antes expuesto en la demanda de autos, se citan extractos de los testimonios de Gustavo Gorriti Ellembogem y de Samuel Dyer Ampudia, en la sesión del 11 de enero de 2008, sobre el delito de secuestro y la agravante de crueldad (fojas 10 a 12), con la finalidad de acreditar que "las características del arresto que sufrieron los señores Gorriti y Dyer no son compatibles con la agravante de trato cruel, de acuerdo a lo que establece la doctrina, la jurisprudencia y los hechos descritos por las propias víctimas. Dado que las víctimas no alegaron crueldad, las sentencias cuestionadas, infringiendo el principio de debida motivación así como el principio de interdicción de la arbitrariedad, llegaron al absurdo jurídico de señalar que sí hubo trato cruel y que éste no debía ser medido desde la óptica de los agraviados, sino desde la que corresponde a una víctima estándar. En otras palabras, las Salas penales supliendo a las víctimas alegaron un trato cruel que estas nunca reconocieron" (fojas 12).

8. Sobre el particular, estimo que debe declararse **IMPROCEDENTE** este extremo de la demanda, pues los argumentos de la parte demandante no son de recibo en el ámbito de la justicia constitucional. En efecto, corresponde de modo exclusivo a los jueces penales la evaluación de los hechos del caso penal, si estos se subsumen en un determinado tipo penal o si se configura una determinada agravante.

9. Todos podemos tener un punto de vista sobre si se cometió o no un determinado delito o sobre la justicia de un caso concreto, pero las autoridades competentes que deben determinarlo son los jueces penales, quedando excluidos, incluso, los jueces constitucionales. Si bien estos últimos tienen competencia para la protección de los derechos fundamentales ello no implica que reemplacen a los jueces penales. Por ejemplo, un juez constitucional de habeas corpus que deba controlar si se han respetado o no los derechos fundamentales de un inculpado en una sentencia penal, tiene una actuación limitada. Por ejemplo, no puede



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higushi

verificar la veracidad de hechos específicos o la contradicción entre hechos, no puede valorar los medios probatorios, no puede afirmar si un hecho se subsume o no se subsume en un tipo penal o si se configura una u otra agravante, entre otras limitaciones. No sólo porque el proceso constitucional no tiene estación probatoria sino porque no son competencias del juez constitucional.

10. Tal línea de razonamiento la ha expuesto el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, específicamente en casos como aquel del Expediente 09746-2005-PHC/TC que cita la célebre fórmula Heck del Tribunal Constitucional Federal Alemán: "La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer el asunto ( ... ). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto." (*BverfGE* 18,85 -sentencia del 10 de junio de 1964-)."

### **Examen de las resoluciones judiciales impugnadas**

11. Habiendo examinado las resoluciones cuestionadas en el presente habeas corpus, no se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales del favorecido. En tales resoluciones los jueces emplazados han motivado de modo suficiente las razones que para ellos justifican la condena impuesta, en especial, la condición de autor mediato del favorecido Alberto Fujimori Fujimori.
12. En la sentencia de fecha 7 de abril de 2009, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, se desarrollan los siguientes items:

#### **SECUESTRO DE GUSTAVO ANDRÉS GORRITI ELLENBOGEN**

(...)

##### **§ 3. *Apreciación individual de la prueba personal.***

538°. Los testigos Del Castillo Gálvez y Pinto Cárdenas presentaron en el acto de su declaración plenarial copia simple del documento denominado "orden",



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higushi

corriente a fojas veintinueve mil cuatrocientos treinta y siete y treinta nueva mil cuatrocientos cuarenta y dos. Dicho documento tiene el siguiente tenor:

“**ORDEN** Por disposición superior el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas ordena al personal militar y policial portador del presente documento proceda a la detención de los elementos cuyo nombre e identidad ha sido verbalmente proporcionado a los grupos de intervención respectivos. Para el cumplimiento de la presente orden deberá actuarse reglamentariamente. Lima 05.04.1992. Firmado: Nicolás de Bari Hermoza Ríos, General de Ejército, presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas”. Este documento ha sido reconocido por el general EP Hermoza Ríos. Quien redactó el formato fue Merino Bartet, funcionario del SIN, que admitió tal hecho en su declaración plenaria.

(...)

§ 4. *Valoración integral de la prueba aportada.*

(...)

557°. Por todo lo expuesto, no cabe sino concluir que el acusado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI en virtud del control del sector militar y de inteligencia que ostentaba *decidió o autorizó la privación de libertad del agraviado Gorriti Ellenbogen*, y de otros ciudadanos, que fueron secuestrados, trasladados a centros de detención ilegales, integrantes de los establecimientos castrenses, donde permanecieron privados de libertad por un tiempo variable.

El agraviado Gorriti Ellenbogen, como periodista de investigación, había cuestionado abiertamente a Montesinos Torres y publicado crónicas en ese sentido, que además importaban una crítica directa a un modelo de organización de las Fuerzas de Seguridad y una forma o estilo de ejercer el poder en su conjunto. Era, pues, un opositor y, como tal, es explicable o causal la privación de que fue víctima, cuya prolongación fue evitada –según relató– por la oportuna intervención del Embajador de España en el Perú y del Subsecretario de Estado para América Latina de los Estados Unidos, que se encontraba en el país. Es posible contar con un motivo específico y personal de Montesinos Torres para secuestrar al agraviado, pero ello no niega lo anterior y, menos, descarta el conocimiento de ese hecho del acusado Fujimori Fujimori, que como ya se ha expuesto no podía ser ajeno a la lista de afectados, tanto más si la privación de libertad de Gorriti Ellenbogen no fue un acto sorpresivo, a partir de una actitud hostil de su parte en el curso de la rebelión militar, sino una maniobra cuidadosamente diseñada, que como mencionó pasaba por un seguimiento desde el día anterior.

(...)

**SECUESTRO DE SAMUEL EDWARD DYER AMPUDIA**

(...)

§ 4. *Valoración integral de la prueba aportada*

(...)

571°. Ahora bien, ¿Cuál fue el papel del acusado Fujimori Fujimori en la privación de libertad del agraviado Dyer Ampudia? Él afirma que desconoció de esa privación de libertad y de la reclusión del agraviado en los calabozos del SIE, no obstante que en esa fecha, por medidas de seguridad, residía en sus instalaciones. El agraviado Dyer Ampudia ha expresado que en una ocasión – estando ilegalmente preso– se percató de la presencia del acusado cuando



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higushi

transitaba por el lugar acompañado de una comitiva, y que si bien gritó para atraer su atención, no tiene seguridad que lo escuchó y, por tanto, que conoció de su presencia ilegal en el SIE. Es evidente, por otro lado, que el acusado Fujimori Fujimori por fuente abierta tuvo que enterarse –y de hecho así fue– de los reclamos de Dyer Ampudia, una vez que recuperó su libertad –las notas del diario la República son suficientes a este efecto–, y que – pese a ello– no hizo nada para esclarecer internamente tan graves cargos –además, por cuenta del agraviado, se cursaron comunicaciones al despacho Presidencial–. Es más, no sólo omitió disponer las medidas de investigación respectivas, sino que aceptó los actos de persecución adicionales, al punto de sindicarlo públicamente de narcotraficante y descartar de raíz sus denuncias, defendiendo el rol de Montesinos Torres en el SIN.

(...)

**573º.** Lo sucedido con el agraviado Dyer Ampudia, por su magnitud, extensión y repercusión pública, no puede considerarse, en modo alguno, un acontecimiento aislado, desvinculado del poder político, que sólo quedó en un segundo nivel, como una acción autónoma del conductor del SIN, de Vladimiro Montesinos Torres, quien invocó falsamente la disposición del presidente Fujimori Fujimori. El hecho inmediatamente posterior, cuyo punto culminante fue la intervención pública del acusado Fujimori Fujimori, que llegó a calificar de narcotraficante al agraviado –que, como quedó probado, proclamaba públicamente su inocencia y denunciaba los actos de hostilización y persecución de que era víctima–, y desde la lógica institucional que se configuró con el rol asumido por el SIN y el papel de Montesinos Torres, como ha quedado establecido en los capítulos precedentes, permite advertir que el primero de los nombrados, el acusado Alberto Fujimori Fujimori, intervino en los hechos desde su inicio, y no sólo para atacar al agraviado en base a información proporcionada por los estamentos del Estado y minimizar la gravedad de sus denuncias, que incluso fueron tomadas en cuenta por la OEA.

(...)

**La condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori**

**745º.** La autoría mediata del imputado en los hechos acusados, conforme al Capítulo II de la Parte III y a lo expuesto en los párrafos anteriores de este Capítulo, está suficientemente acreditada. Se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal. Al respecto, es de mencionar los siguientes datos relevantes:

**1.** El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.

**2.** Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofía Fujimori  
Higushi

jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando.

3. En ese ámbito el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos –de inteligencia– del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de su estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la Capital de la República y zonas aledañas.

4. En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.

5. En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército.

6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales. [resaltado agregado]

8. Por lo demás, en todos los delitos sub judice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.

746°. Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder organizado que construyó y dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo executor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higushi

criminalidad estatal contra los derechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional. (...)

**748º.** Por tanto, si los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los secuestros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un modus operandi propio, cuando menos, de la segunda de aquellas expresiones de criminalidad estatal descritas, la autoría mediata por tales hechos le alcanza plenamente al acusado Fujimori Fujimori.

13. En segunda instancia, la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, desarrolla los siguientes ítems (fojas 231 en adelante):

**De la condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori**

A partir de lo señalado este Tribunal Supremo llega a la conclusión que los elementos fácticos y jurídicos antes expuestos, posibilitan, en el caso concreto, atribuir objetivamente al acusado Fujimori Fujimori la condición de autor mediato [por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados] de los delitos de asesinato, secuestro y lesiones, por los siguientes criterios:

Se ha establecido que el acusado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori como presidente de la República en la época de los hechos comandaba las Fuerzas Armadas y Policiales, en virtud de ello ejercía sobre éstas facultades y poder de mando discrecional; poder de mando que no necesariamente debe darse por acreditado de manera escrita sino que ésta en el ámbito fáctico se traducía en forma oral, como se desprende del audio rotulado "Entrevista RPP-Raúl Vargas-Alberto Fujimori Fujimori" y cuyo contenido se detalla en la presente sentencia; y como aparece de la publicación en el diario "El Comercio" del quince de diciembre de mil novecientos noventa y uno, cuando anunció en Ayacucho la entregas de armas a ronderos del río Apurímac, precisando: "por eso he ordenado al general Martínez que el los próximos cuatro meses se distribuyan doscientos escopetas para las rondas campesinas", y como emerge de otros documentos que la sentencia recurrida a remarcado.

El acusado Fujimori Fujimori, aprovechando que se encontraba en la cúspide del poder estatal, para contrarrestar a las organizaciones subversivas terroristas que operaban desde la década de los años ochenta en el territorio peruano, ejerció poder de mando para la conducción de las estrategias cuyo objetivo era la eliminación física de presuntos terroristas, para lo cual utilizó un aparato organizado estatal - Grupo Colina - para responder al terrorismo subversivo, al delito con el delito. Aparato que se articulaba jerárquicamente con su entonces asesor Vladimiro Montesinos Torres y la intervención del general EP Hermoza Ríos, quien ocupaba el cargo más alto en la jerarquía castrense, en base a las unidades centrales y derivadas del Sistema de Inteligencia Nacional -SINA-.

Resulta evidente y la historia lo ha de registrar así, que funcionó una suerte de tríada o triángulo de poder conformada por Fujimori Fujimori, en el vértice, y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofía Fujimori  
Higushi

secundándolo, Montesinos Torres con Hermoza Ríos, quienes desde la más alta esfera dominaron el curso de los acontecimientos delictivos que han sido materia de juzgamiento.

Así, específicamente existía una correlación de poder entre Alberto Fujimori Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres, acentuándose básicamente en la estructura militar, toda vez que, éste último era quien disponía la permanencia y los ascensos de los oficiales de las más altas jerarquías.

Es en este entramado que Alberto Fujimori Fujimori, posibilitó el uso de recursos económicos estatales a fin de que sean administrados por su entonces asesor Vladimiro Montesinos Torres, en el Sistema de Inteligencia Nacional, mediante la transferencia de fondos de las instituciones militares y policiales "desvío de fondos" al SIN, los que fueron posteriormente habilitados a los integrantes de este Destacamento.

Dada la trascendencia de los recursos del Estado, su utilización no podía estar fuera del marco del conocimiento de los Jefes Superiores (tanto militar como civil), ya que en la línea de los actos ejecutados no era posible que los integrantes del grupo "Colina" respondieran a la decisión voluntaria de cada uno de los ejecutores materiales, menos aún que fuera de conocimiento aislado de sus superiores, en tanto, el destacamento "Colina", para el planeamiento de sus actividades no solo utilizaba las instalaciones del Ejército Peruano, sino también los bienes de esta entidad; así constituye hecho o probado y no cuestionado que fueron integrantes de menor graduación militar los ejecutores materiales en los asesinatos de "Barrios Altos v La Cantuta" utilizando no solo vehículos y armas sino también, agenciándoseles sumas de dinero para su funcionamiento como grupo especial.

No resulta verosímil la hipótesis de defensa o como versión periodística, deslizada indirectamente, de que Martín Rivas, jefe del Grupo Colina, en un arrebato personal, creyéndose un héroe, a su libre albedrío, ordenó los crímenes de "Barrios Altos" y "La Cantuta", pues en una estructura organizada de poder donde priman las relaciones verticales, como dicen los argentinos "nadie se manda solo" o "por su cuenta", sino que la decisión criminal provino del más alto nivel jerárquico de la organización.

Desde la cúspide del poder el procesado Fujimori Fujimori, valiéndose de la libre y voluntaria disposición de los ejecutores, los instrumentalizó para obedecer y cumplir órdenes ilícitas, entre ellas, la intervención y eliminación física de presuntos terroristas, así como los secuestros de Gorriti y Dyer. El denominado "Grupo Colina" se encargó de ejecutar la política adoptada por Fujimori Fujimori, o "guerra de baja intensidad" (...).

En este contexto, el acusado Fujimori Fujimori, teniendo pleno dominio de un aparato organizado utilizó métodos y medios ilegales para asegurar los logros del poder que detentaba y desde ese momento empezó a apartarse de sus deberes de Presidente y del ordenamiento jurídico.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

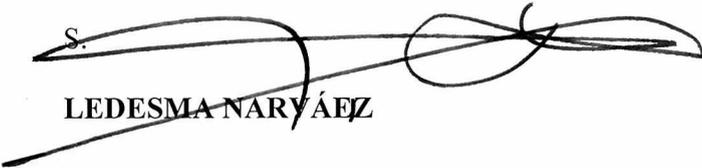
ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI  
representado por Keiko Sofia Fujimori  
Higushi

Por la forma como ocurrieron los crímenes de "Barrios Altos" y "La Cantuta" y "los secuestros de Gorriti y Dyer", queda claro que los agentes estatales ejecutores no fueron los mismos en cada operativo, lo que pone en evidencia que podían ser intercambiados por otros, dándose así el presupuesto de fungibilidad, expresándose alta disponibilidad al hecho criminal porque los integrantes del "Grupo Colina" estaban capacitados.

La sentencia recurrida y lo desarrollado en la presente Ejecutoria, dan cuenta de la prueba indiciaria que lleva a determinar que Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, es autor mediato en los delitos de asesinato, lesiones y secuestro, mediante el dominio de la voluntad de un aparato organizado de poder.

14. Como se aprecia en los aludidos fundamentos, los jueces penales emplazados han justificado de modo suficiente las razones que para ellos ha justificado la condena impuesta, en especial los argumentos sobre la autoría mediata del favorecido Alberto Fujimori Fujimori, por lo que considero debe declararse **INFUNDADA** la demanda de autos en este extremo.

S.

  
LEDESMA NARVÁEZ

**Lo que certifico:**

  
.....  
Flavio Reategui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI

REPRESENTADO(A) POR KEIKO SOFÍA

FUJIMORI HIGUCHI - HIJA

### VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Coincido con lo resuelto por mis colegas. Por ello, emito este voto, con fecha posterior, en el sentido de declarar como improcedente la demanda de hábeas corpus por haber operado la sustracción de la materia. Sin embargo, considero que es importante precisar algunas cuestiones que conciernen a los alcances de lo que aquí ha decidido el Tribunal Constitucional.

\*

Advierto que el acto específico que motivó que opere la sustracción de la materia en este caso viene dado por los efectos de la Resolución Suprema 281-2017-JUS, de fecha 24 de diciembre de 2017, mediante la cual el Presidente de la República, en aplicación del artículo 118, inciso 21, de nuestra Constitución, le concedió al beneficiario el indulto y el derecho de gracia respecto de las condenas y procesos penales vigentes en la fecha de la expedición del referido acto. Por lo tanto, es en virtud de dicha resolución suprema que actualmente el beneficiario se encuentra en libertad.

La sustracción de la materia supone una causal de improcedencia de la demanda, de conformidad con el inciso 5 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, por cuya virtud no son procedentes los procesos constitucionales cuando ha cesado la amenazada o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable. La aplicación de esta causal de improcedencia no supone un juzgamiento sobre el fondo del asunto, sino que tan solo se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional por la comprobación de una situación fáctica acaecida. En este caso, dicha situación fáctica es el hecho de encontrarse en libertad la persona en cuyo favor se solicitó la nulidad de las sentencias condenatorias en su contra y, en consecuencia, que se ordene su inmediata libertad. La pretensión, así, carecería de sentido. En efecto, lo que en este proceso se ha solicitado es que se declare que la resolución que condenó al beneficiario sea anulada por vulnerar, presuntamente, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y, como consecuencia de ello, que se ordene su inmediata libertad. Sin embargo, al haberse ya presentado este escenario, el Tribunal no podría ordenar que se restituya su libertad.

En este sentido, el Tribunal ha declarado que [*cf.* 3778-2004-AA/TC; 04530-2012-PA/TC; 05452-2011-AA/TC, entre otros], para que opere la causal de improcedencia



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI  
REPRESENTADO(A) POR KEIKO SOFÍA  
FUJIMORI HIGUCHI - HIJA

contenida en el artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional, debe configurarse, al momento de la presentación de la demanda, uno de los siguientes supuestos:

- a) Que la violación o amenaza de violación de un derecho haya cesado, o
- b) Que la violación o amenaza de violación de un derecho haya devenido en irreparable.

En el caso de autos, es claro que nos encontramos en el primer supuesto. Lo que cabría preguntarse, entonces, es si resulta necesario que a pesar de haber operado la sustracción de la materia este Tribunal emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto litigioso.

Sobre este punto en particular es necesario recordar que, en su devenir jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha tenido a bien establecer que el instituto de la sustracción de la materia implica dos tipos de regímenes procesales a saber:

- a) Régimen ordinario: en el que se hace innecesario un pronunciamiento de fondo y, más bien, se declara improcedente la demanda. Este panorama se presenta en escenarios temporales distintos: (i) cuando el cese de la afectación o el estado de irreparabilidad tiene lugar antes de la interposición de la demanda (artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional) o (ii) cuando el cese de la afectación o el estado de irreparabilidad se produce luego de haberse interpuesto la demanda (artículo 1, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional, interpretado a contrario sensu) [*Cfr.* Exp. 02960-2013-PA/TC; Exp. 03073-2013-PA/TC; 03360-2013-PA/TC, entre otros].
- b) Régimen excepcional: este segundo régimen procesal opera cuando, sin perjuicio de haberse declarado la sustracción de la materia, se emite un pronunciamiento sobre el fondo del asunto considerando la magnitud del agravio producido. En este caso, puede declararse fundada la demanda, de conformidad con la previsión del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, tan solo con el fin de exhortar al emplazado a no reiterar los actos violatorios alegados [*Cfr.* Exp. 03266-2012-PA/TC, fundamento 3]. En estos supuestos hay que tomar en cuenta que la emisión de un pronunciamiento estimatorio no podrá aplicarse al caso concreto, sino a los que se presenten en el futuro [Exp. 8089-2013-PHC/TC, fundamento 7].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI

REPRESENTADO(A) POR KEIKO SOFÍA

FUJIMORI HIGUCHI - HIJA

Así las cosas, considero que no existe motivo alguno para la aplicación del régimen excepcional de la sustracción de la materia –que supone la emisión de una sentencia de fondo– en tanto y en cuanto no se evidencia una magnitud del agravio que así lo justifique. En todo caso, como su propia denominación lo establece, se trata de un régimen excepcional por naturaleza.

Es necesario hacer hincapié también en que el indulto y el derecho de gracia concedidos mediante la Resolución Suprema 281-2017-JUS constituyen claramente un hecho ocurrido con posterioridad a la fecha de la interposición de la demanda de hábeas corpus e, incluso siendo exactos, es un hecho posterior tanto a la interposición del recurso de agravio constitucional como a la vista de la causa ante este Tribunal. Por lo tanto, en el estado actual de las cosas el caso ha recaído en el segundo supuesto planteado en el régimen ordinario de la sustracción de la materia en virtud del cual se debe disponer la sustracción cuando la afectación alegada cesa luego de interpuesta la demanda.

\*\*

No obstante, también soy de la opinión que resulta necesario dejar claramente señalado que esta decisión no supone, bajo ningún punto de vista, que este Tribunal esté convalidando o legitimando en términos constitucionales lo dispuesto en la Resolución Suprema 281-2017-JUS. El análisis de la referida resolución en dichos términos supera claramente los fines del presente proceso de hábeas corpus, además de no haber sido planteado por las partes. Mucho menos supone, como es lógico, un juicio sobre la convencionalidad o inconvencionalidad de la precitada resolución suprema. Dicho de otro modo, al haber declarado la sustracción de la materia en este caso no se ha evaluado –porque no correspondía hacerlo– si es que lo dispuesto por la Resolución Suprema 281-2017-JUS resulta compatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en materia de Derechos Humanos.

Ello no quiere decir tampoco que la justicia constitucional esté impedida de controlar, de darse el caso, si es que la aludida resolución suprema se adecua o no a los parámetros exigidos por nuestra Constitución e incluso por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte. La posibilidad de realizar un control jurisdiccional sobre esta clase de actos se sustenta, desde luego, en que actualmente la Constitución, al ser una norma jurídica y no solo política, proyecta su fuerza normativa sobre todo acto estatal, no importando la naturaleza específica de dicho acto ni la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI  
REPRESENTADO(A) POR KEIKO SOFÍA  
FUJIMORI HIGUCHI - HIJA

autoridad que lo expide. Esto reafirma, una vez más, que en un Estado Constitucional de Derecho no existen zonas exentas de control constitucional, ni siquiera los así denominados “actos políticos” o, como en el derecho anglosajón se les llama, las “*political questions*”.

La idea según la cual estas cuestiones se encontraban libradas totalmente de cualquier límite constitucional o legal se ha ido erosionando para dar lugar a una concepción más bien omnipresente de la Constitución. Sostener una afirmación en contrario sería tanto como desconocer que nuestra Constitución ha perdido, en ciertos espacios, su calidad de norma suprema, olvidando así que el artículo 51 de nuestra carta establece de manera explícita la supremacía de la Constitución.

Ejemplos claros de esta fuerza normativa son los casos recaídos en los Expedientes 2409-2002-AA/TC (Caso Gonzales Ríos) o 5854-2005-PA/TC (Caso Lizana Puelles) en los que se sostuvo, a pesar del texto constitucional incluso, que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y del Jurado Nacional de Elecciones, respectivamente, si son revisables jurisdiccionalmente. Incluso, en una cuestión reservada como discrecional para el Presidente de la República como lo es el decidir el pase a la situación de retiro por renovación del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, este Tribunal ha considerado que el ejercicio de dicha facultad debe ser ejercida de acuerdo a los parámetros constitucionales en general, y de acuerdo con el derecho a la debida motivación de las decisiones administrativas, en particular [*Cfr.* Exp. 0090-2004-PA/TC, Caso Callegari Herazo].

Esto evidencia, pues, que en el estado actual del constitucionalismo moderno resulta inobjetable que todo acto del poder público –incluso aquellos considerados como discrecionales– debe estar ceñido a los límites y contornos constitucionales.

\*\*\*

Esta situación se presenta, también, en el caso de actos que reflejan el otorgamiento de gracias presidenciales, tal y como sucede con el indulto y el derecho de gracia otorgados mediante la Resolución Suprema 281-2017-JUS. De hecho, ya antes este Tribunal ha evaluado casos sobre el otorgamiento de indultos [*Cfr.* Expedientes 1277-1999-AC/TC; 628-2003-PA/TC; 2559-2003-PA/TC y 9513-2006-PA/TC] y hasta ha controlado la adecuación a los límites constitucionales y legales de esta facultad presidencial [Expediente 3660-2012-HC/TC]. El mismo control procede, de darse el caso, para el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03958-2017-PHC/TC

LIMA

ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI

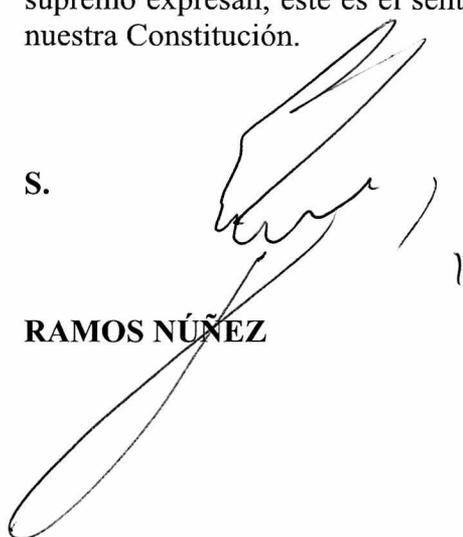
REPRESENTADO(A) POR KEIKO SOFÍA

FUJIMORI HIGUCHI - HIJA

derecho de gracia inclusive [*Cfr.* Expedientes 4053-2007-HC/TC y 0012-2010-PI/TC]. Este control no es solo labor de este Tribunal, sino que, a través de la lectura del artículo 138 de la Constitución, también compete al Poder Judicial, órgano también llamado por el constituyente para la protección de los derechos fundamentales y la superioridad jerárquica de la norma suprema.

Por lo anteriormente señalado soy un convencido de la fuerza normativa que tiene nuestra Constitución. Ningún poder público –ni siquiera el Presidente de la República– está eximido de alinear su accionar de acuerdo a los límites y mandatos que el texto supremo expresan; este es el sentido del primer inciso del artículo 118 precisamente de nuestra Constitución.

S.



RAMOS NÚÑEZ

Lima, 08 de marzo de 2018

**Lo que certifico:**



Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL