

1. Introducción

La presente investigación se aboca a analizar el caso “Diarios Chicha”. Se investiga la relevancia de los presupuestos del contexto del Estado de excepción en el razonamiento judicial. En una primera etapa, se logró un informe publicado en *Silex* (2016). Se tuvo como fuente primaria la sentencia emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la que se condena al ex Presidente Alberto Fujimori a ocho años de pena privativa de la libertad, por el delito contra la administración pública-peculado doloso, en agravio del Estado¹. En la investigación se concluyó que la Sala Penal Liquidadora dejó implícitos criterios sobre el contexto del Estado de excepción.

En una segunda etapa, se propone complementar el análisis teniendo como fuente primaria la sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, la que anula la sentencia condenatoria y absuelve a Alberto Fujimori de los cargos de la acusación fiscal². La hipótesis que orienta el análisis afirma que la Sala Penal Permanente dejó explícitos criterios que exoneran de la argumentación toda referencia al contexto del Estado de excepción, en el que tuvieron lugar los hechos.

Dejar de lado consideraciones sobre hechos y precisiones conceptuales sobre el Estado de excepción, no permiten alcanzar el grado de coherencia de la decisión judicial con las exigencias del Estado democrático de Derecho, entre ellas, el proceso democrático y las libertades comunicativas.

2. Premisas del proceso y sentencia condenatoria

La Fiscalía formuló denuncia penal contra Alberto Fujimori Fujimori por el delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado, en agravio del Estado, solicitando se le imponga ocho años de pena privativa de la libertad. Atribuye a Fujimori, en su condición de Presidente de la República, haber ordenado entre los años 1998 a 2000, el desvío de fondos de la Fuerza Área del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) por un monto aproximado de ciento veintidós millones de nuevos soles, bajo la denominación de “Gastos Reservados”, fondos que fueron utilizados en la compra de líneas editoriales y titulares de los denominados “Diarios Chicha”, para

¹ La sentencia condenatoria fue dictada el 8 de enero del 2015 y fue apelada por el condenado ante la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Cabe mencionar, en el año 2005, sobre los Diarios Chicha, en el conocido “caso madre”, se dictó una sentencia por la que se condenó a varios civiles y militares, quienes actuaron de manera concertada y sistemática con Alberto Fujimori. Desviaron cerca de ciento veintidós millones de soles para el pago de las líneas editoriales de los periódicos que habían caído bajo la red de corrupción gubernamental, a través del Servicio de Inteligencia Nacional. Estaba pendiente el juzgamiento de Fujimori. Se tuvo que esperar hasta el 2012. Fue cuando la sentencia extraditoria de la Corte Suprema de Chile resolvió acceder a la ampliación de extradición solicitada por el Gobierno de Perú, permitiendo su jurisdicción y competencia sobre este caso.

² La sentencia absolutoria dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en instancia última, fue dictada el 16 de agosto de 2016.

favorecer su campaña de reelección presidencial correspondiente al período 2000-2005. Dichos diarios cumplieron su rol calumnioso y difamatorio contra los opositores políticos de presidente, manipulando la opinión pública para incrementar los índices de su aprobación como candidato, luego de la controvertida “re elección”³.

En su defensa, el acusado Alberto Fujimori, alegó que no tuvo ninguna relación con los denominados Diarios Chicha. No los necesitaba para ganar las elecciones, dado que su campaña se caracterizó por ser espontánea y desarrollada en el marco de una total libertad de expresión. Negó haber autorizado transferencias de fondos públicos para alentar su campaña. Que no supo de la existencia del “aula gris” o “puesto de campaña” para su reelección en las instalaciones del SIN. Sobre Montesinos Torres, afirmó que a veces era su intermediario con los comandantes generales del ejército, pero al final de su mandato, llegó a descubrir irregularidades en el desempeño funcional en su calidad de asesor del SIN, lo que motivó el retiro de su confianza. Además, señala que no le ordenó manejar gastos reservados para el pago a los denominados “Diarios Chicha”. Niega, también, haber dispuesto que las fuerzas armadas y la policía nacional participaran en su campaña de reelección presidencial⁴.

La Sala Penal Liquidadora, luego de actuar diversas pruebas, tomó la decisión de condenar a Fujimori como autor del delito Contra la Administración Pública-peculado doloso, en agravio del Estado, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva, a la pena de inhabilitación por el término de tres años y fijó en tres millones de soles la reparación civil que abonaría en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001-1SPE/CSJL a favor del Estado.

Las premisas que sustentan la decisión son las siguientes:

- a) La acción ilícita realizada por el acusado denota un *modus operandi* premeditado y planificado, orientado a lesionar el deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio del Estado para alcanzar su tercera elección consecutiva como Presidente de la República. Con tal propósito, implicó a los comandantes generales del ejército, facilitando el ilegal desvío de fondos públicos al Servicio de Inteligencia Nacional, dinero con el que se financió las publicaciones diarias en los denominados “Diarios Chicha”.

³ Un resumen de los principales hechos del caso es expuesto por el periodista Daniel Yovera. Resalta que ninguna actividad realizada por Montesinos era desconocida por Alberto Fujimori, quien suscribía cada documento donde se autorizaba la disposición de recursos para su campaña reeleccionista. Portal del Instituto de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, consultado el 14 de agosto de 2016. <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/tiempo-global/daniel-yovera-hubo-una-disposicion-de-fujimori-para-que-los-ministerios-de-defensa-e-interior-deriven-fondos-al-sin/>

⁴ Páginas 5-6 de la sentencia condenatoria dictada el 8 de enero del 2015, Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima.

- b) Fujimori infringió sus deberes en tanto Presidente de la República, incumplió el deber especial de protección del erario público, por lo cual, el reproche a su actuación es mayor.
- c) Se han probado los móviles y fines de la apropiación de fondos públicos para asegurar su continuidad en el poder, vía el financiamiento de los denominados “Diarios Chicha”, aprovechando de su status de Presidente de la República.
- d) Hubo la intervención de una pluralidad de personas en el hecho delictivo, varios de ellos ya sentenciados en la causa 30-2001-1SPE/CSJL, actuaron de acuerdo al plan reeleccionista del acusado Fujimori. En la delimitación del debate probatorio se estableció que existió un acuerdo ilícito para comprar las líneas editoriales de los denominados “Diarios Chicha” para resaltar la imagen del ex Presidente Alberto Fujimori y agraviar a sus opositores.

De estas cuatro premisas, de manera implícita se puede derivar la descripción de la actuación de Fujimori en el contexto de un Estado autoritario. Sin embargo, llama la atención que la expresión “Estado autoritario” no se hiciera explícita en el marco del discurso argumentativo de la sentencia que lo halló culpable.

3. Premisas del proceso y sentencia absolutoria

El déficit en el discurso argumentativo señalado en el punto anterior, es instrumentalizado por la Sala Penal Permanente para restringir la interpretación en la aplicación de la norma penal y proponer un contexto de justificación que aísla de la razón práctica al discurso penal, cuya síntesis se ve reflejada en la sumilla de la sentencia: *“El tipo penal de peculado hace referencia a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública “por razón de su cargo”; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes públicos objeto del delito, deben encontrarse en posesión (inmediata o mediata) del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional específica. Por lo que, si dicha relación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado.”*

Bajo una cierta perspectiva “funcionalista” la Sala desarrolla dogmática y procesalmente los presupuestos que exige la teoría delictiva del funcionario público para la configuración del delito de peculado, haciendo una interpretación restrictiva del artículo 387° del Código Penal (peculado doloso y culposo) y de las reglas establecidas en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

En este análisis de reglas normativas, la Sala paradójicamente busca sistematizar el caso en el discurso jurídico interno, descontextualizando los aportes del Acuerdo Plenario, los cuales se orientaron a dar cuenta del proceso transicional, articulando decisiones de la administración de justicia con las exigencias del artículo 108, inciso 17 de la Constitución: “*Corresponde al Presidente de la República: (...) Administrar la hacienda pública*”. El Plenario hizo un ajuste dogmático de la autoría para evitar que los intersticios del Derecho sirvan a la impunidad de altos funcionarios de la administración pública.

La inevitable indeterminación de la ley y su deliberada transgresión en el Perú se asocian con niveles políticos y sociales, “en tanto expresión del lenguaje de la autoridad, de la razonabilidad de estos mandatos para los ciudadanos y, en consecuencia, del funcionamiento de acatamientos, reciprocidades y transgresiones aceptadas”⁵.

Como era de esperarse, esta decisión tuvo eco en la opinión pública, la cual revela una inquietante disonancia entre el porcentaje de los que aprueban la justicia de dicha sentencia (48%) y quienes consideran que Fujimori estaba al tanto de todo lo que se hacía para lograr su tercer mandato (60%)⁶. Estas percepciones dan cuenta de una complejidad: un Estado democrático a medio camino y una sociedad civil que muestra sus debilidades, en la que la valoración de la democracia como sistema político sigue poco arraigada y persiste la idea de que en medio de una crisis es válido anular las garantías del proceso democrático y conculcar derechos fundamentales; como en el caso particular de los “Diarios Chicha”, autorizar el desvío de fondos para lograr un tercer mandato a costa de la libertad de expresión y una opinión pública crítica y bien informada.

4. Acuerdos y desacuerdos teóricos sobre el Estado autoritario

Para efectos del análisis del caso, es imprescindible plantear en qué consiste la relación entre las manifestaciones institucionales del Estado autoritario y la ejecución de un delito contra la administración pública como lo es el peculado doloso. Consideramos que el significado de peculado doloso, en este caso, se verá afectado por las características del contexto de un Estado autoritario. La fiscalía, en todos los casos de corrupción del régimen de Fujimori ha tenido en cuenta este contexto. Vamos a intentar encontrar las señas de identidad en el plano conceptual y su aplicación a una

⁵ GROMPONE, R. “El Estado como institución afirmada y desbordada por la sociedad”. En Grompone R., Editor (2016). *Incertidumbres y distancias. El controvertido protagonismo del Estado en el Perú*. Lima: IEP. Pág. 35.

⁶ Diario La República, 29 de agosto del 2016. “Encuesta nacional urbano rural GFK, Base julio 2016”.

experiencia concreta, el régimen de Fujimori, en el que se alteró normas para la votación, representación y deliberación pública, y en el que no se valoró el autogobierno de los ciudadanos.

El régimen de Fujimori surge en un marco de grave crisis en el país, colapso económico y violencia política interna. A nivel internacional, el mundo se movía con expectativa ante el derrumbe del Muro de Berlín y la construcción de los bloques regionales post Guerra Fría. Los Estados constitucionales sólidos, orientados bajo los pilares de los derechos humanos y el proceso democrático toman un segundo aire, después de un período de construcción post Segunda Guerra Mundial. A la par, proliferan Estados autoritarios, que amenazan con radicalizar el autoritarismo o avanzar en una dirección contraria, la vía democrática. Después de Fujimori persiste la debilidad del Estado y la sociedad civil. Fragilidad e inestabilidad institucional emergen de una realidad que caracterizan al Estado peruano.

Levitsky, en sus estudios sobre los regímenes autoritarios contemporáneos, viene acuñando analíticamente el concepto de ‘Estado autoritario competitivo’, el mismo que debe diferenciarse, por un lado, de la democracia y por otro, del autoritarismo absoluto. Las características del régimen de Fujimori encajarían en el concepto de Estado autoritario competitivo: un régimen que transitó entre las reglas formales básicas de las instituciones democráticas y las acciones estratégicas abiertas y veladas del autoritarismo absoluto. En los regímenes autoritarios competitivos se violan derechos y el proceso democrático con frecuencia y muchas veces están tentados al fraude. Agrega, “los funcionarios abusan constantemente de los recursos del Estado, no ofrecen a la oposición un cubrimiento adecuado de los medios, persiguen a los candidatos de la oposición y a sus seguidores y, en algunos casos, manipulan los resultados de las elecciones. De igual modo, periodistas, políticos de la oposición y otros críticos del gobierno pueden ser espiados, amenazados, perseguidos o arrestados. También miembros de la oposición pueden ser enviados a prisión, exilados o -con menor frecuencia- incluso asaltados, acosados o asesinados”. (LEVITSKY y WAY, 2004: 162).

Levitsky centra su análisis en la arena de competencia por el control de los medios de prensa, señala lo siguiente: “Los medios independientes no sólo son legales, sino que también tienen gran influencia y los periodistas -aunque frecuentemente amenazados y periódicamente atacados- a menudo surgen como figuras de oposición importantes. En Perú, por ejemplo, periódicos independientes como La República y El Comercio, y revistas de publicación semanal Sí y Caretas, operaron libremente durante

toda la década del noventa”. (LEVITSKY y WAY, 2004: 168). Para ser más precisos habría que decir que hubo medios de prensa que resistieron legal y éticamente el acoso gubernamental⁷.

Mientras Levitsky, en la actualidad y como novedad académica, para ocuparse de regímenes como el de Fujimori, procura operar con el concepto “autoritarismo competitivo”, diferenciándolo, por un lado, de la democracia y por otro, del autoritarismo absoluto o no competitivo; Linz logró identificar en los años de 1960, a propósito del régimen franquista, el modelo Estado autoritario, registrando características que le permitían diferenciarlo tanto del Estado democrático como del Estado totalitario. Otro tanto hacía Arendt, con el concepto de Estado totalitario, para identificar al nazismo y stalinismo. Levitsky, en tanto siga sin dar mayores luces sobre el concepto de Estado autoritario no competitivo, no habrá avanzado más allá de la herencia epistémica de Linz y Arendt. Por lo tanto, para identificar al régimen de Fujimori se hará uso del concepto de Estado autoritario, sin otros adjetivos. Aunque la expresión autoritarismo competitivo resulte, desde un punto de vista analítico, interesante.

Después de la segunda guerra mundial, se generalizaba y abusaba el uso del concepto de Estado totalitario para salir de las dificultades que presentaban algunos regímenes como el de Franco, en España, a partir de 1960. El franquismo entre los años 1936 y 1945, se acercó abiertamente a los modelos totalitarios, instauró medidas de control férreo sobre los medios de comunicación y para que no haya un cabo suelto y con “censura previa” incluida, aprobó la Ley de Prensa en 1938. Implantación, consolidación y crisis, por todas las etapas por las que atravesó el franquismo no estuvo libre de la crítica interna e internacional. La falta de legitimidad en su origen lo llevó a neutralizar la opinión pública crítica. Linz, vio en el surgimiento de ciertos sectores católicos, una suerte de semioposición no organizada al Gobierno, que fue presionando por ciertas reformas, entre ellas, una nueva ley de prensa, la que se aprobó 15 de marzo de 1966⁸. Esta nueva ley de prensa, “al sustituir los controles

⁷ LEVITSKY señala, en los regímenes autoritarios competitivos, la rama ejecutiva busca con frecuencia reprimir la prensa independiente valiéndose de mecanismos de represión más sutiles que los de su contraparte, los regímenes autoritarios no competitivos. Métodos que incluyen el soborno, la ubicación selectiva de la publicidad del Estado, la instrumentalización de deudas e impuestos de la prensa independiente, y los conflictos entre los accionistas. A la manipulación solapada se suman leyes de restricción de la prensa que facilitan la persecución de periodistas independientes y de oposición. Agrega, “En Perú el gobierno de Fujimori ganó control de hecho sobre todas las cadenas de televisión privada del país a través de una combinación de soborno y artificios legales, como la invalidación de la ciudadanía del propietario del canal 2, Baruch Ivcher. Los gobiernos también hacen amplio uso de las leyes de difamación para acosar o perseguir “legalmente” la prensa independiente...la persecución y exilio de Ivcher provocó una importante protesta nacional y se convirtió en punto central de crítica a nivel internacional”. (LEVITSKY, 2004:168). En el artículo consultado firman como autores Levitsky y Way. Sin embargo, consulté personalmente a Levitsky sobre la autoría del concepto Estado autoritario competitivo. Me dijo que él era el autor. Conferencia en el IEP, Lima, 17 de noviembre de 2015. FOWKS, analiza la actuación de la prensa “Chicha” en la campaña reeleccionista de Fujimori y la utilización de instancias del Estado para presionar a los medios de comunicación: “las presiones que ejerce el gobierno en el Perú contra los periodistas y los empresarios de los medios de comunicación incómodos y opositores son indirectas y utilizan principalmente el aparato del Estado: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), el SIN y el Poder Judicial”. FOWKS, J. (2015:94). Sobre las características del régimen de Fujimori identificadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se puede ver en *Hatun Willakuy*, Lima, Navarrete, 2004, pp. 309-330.

⁸ En otro lugar he tratado sobre el “secuestro administrativo” durante el régimen franquista del libro *Estado de Derecho y sociedad democrática*, de Elías Díaz, docente de la Universidad Autónoma de Madrid. Secuestro llevado a cabo el 31 de octubre de 1966. Véase, ALARCÓN, 2007: 105.

preventivos por los represivos, había aumentado la visibilidad de su intervención sobre la prensa y, por tanto, las dificultades para llevarla a cabo sin exponerse a las críticas” (CHULIÁ: 2010: 218).

Era importante la precisión conceptual, dado que los regímenes que no son claramente ni democráticos ni totalitarios, deberían ser tratados como desviaciones de estos tipos ideales, en tanto se requiera de un estudio sistemático. Linz, justificaba la distinción conceptual del modo siguiente: los regímenes autoritarios son sistemas políticos con un pluralismo político limitado, no responsable; sin una ideología elaborada y directora; carentes de una movilización política intensa o extensa, y en los que un líder ejerce el poder dentro de límites formalmente mal definidos, pero en realidad bastante predecibles. El Estado democrático sí está vinculado a las garantías de los derechos humanos individuales y el respeto del proceso democrático, del pluralismo y la participación ciudadana, en una dinámica de competencia abierta por el poder. La dictadura totalitaria supone una dominación total, no limitada por las leyes otorgadas o códigos ni aún por los límites de las funciones gubernamentales, ya que está borrada la distinción entre Estado y sociedad; un partido único de masas plenamente entregado a la ideología; un control casi total de los medios de comunicación de masas; un control político total de las fuerzas armadas y un sistema de control policiaco terrorista que no se dirige sólo contra los enemigos comprobados, en otra versión suma el control total y centralizado de la economía (LINZ, 1964:211-212).

A diferencia de Linz, quien se centró en el estudio del Estado autoritario, Arendt prestó especial atención al estudio del Estado totalitario. Decía, el totalitarismo no tiene precedentes. En sus dos variantes: el nazismo y el stalinismo. Ambos representaban un nuevo tipo de dominio, que no podía interpretarse ateniéndose a las habituales categorías de la ciencia política: tiranía, autoritarismo o dictadura. El totalitarismo en el poder profundiza la destrucción del terreno público y privado de la vida. Los Estados totalitarios aspiran constantemente a lograr la superfluidad del ser humano y constituyen la entrada en escena de un nuevo tipo de mal, desconocido hasta entonces, al que denominará “mal radical”.

El terror totalitario se caracteriza por ser un terror que está dentro de la ley, no es una violencia ejercida al margen de la ley, sino que la propia ley es el vehículo del terror. Es la privación del derecho a tener derechos, la muerte de la persona moral y la destrucción de la singularidad humana, de la

individualidad⁹. Arendt cuando hizo su informe sobre el juicio de Eichmann dejó constancia de la afirmación de un mal banal. En definitiva, “La única regla de la que todo el mundo puede estar seguro en un Estado totalitario es que, cuanto más visibles son los organismos del Gobierno, menor es su poder, y que cuanto menos se conoce una institución, más poderosa resultará ser en definitiva”¹⁰. Lo que da pie para avanzar sobre el Estado de excepción en el régimen de Fujimori.

5. El Estado de excepción y los gastos reservados. Más señas de identidad del Estado autoritario

La Sala Penal Liquidadora, entre los argumentos de la sentencia que condenó a Fujimori por el caso de los “Diarios Chicha, consideró como agravante el haber dispuesto de dineros públicos vía decretos de urgencia y el haber instrumentalizado la institución jurídica de “gastos reservados” en situaciones emergencia, al “haberse ejecutado la conducta sobre recursos públicos en un contexto de recesión... como resultado de circunstancias naturales, tal es el caso del fenómeno del niño y la crisis asiática, razón por la cual corresponde determinar la pena en el límite superior”¹¹. Una referencia implícita al Estado autoritario.

Recordemos que la década del noventa se caracterizó por el uso y abuso de los Estados de emergencia y como afirma Agamben, aquellos Estados sometidos a un Estado de excepción permanente se configuran como Estados autoritarios. En este contexto, si el ejercicio del poder tiende a coincidir en una sola persona, un poder que se liga y se indetermina y se convierte en la regla, para entonces, el sistema jurídico-político se transforma en una máquina letal. (AGAMBEN, 2003: 154-155). Mientras que en la época del franquismo se combinó democracia orgánica con Estado de excepción¹², con el Fujimorismo, se habló abiertamente de democracia protegida por el Estado de excepción, una especie de necesidad natural e histórica que se imponía sobre la libertad y el autogobierno de los ciudadanos.

La teoría del Estado de necesidad no hace sino justificar el Estado de excepción. Parafraseando a Agamben, se puede decir que la sentencia hace visible que nuestra República ya no se regía por un

⁹ “Arendt nos invita a reflexionar sobre el mal en sus formas más extremas, sobre la pluralidad de manifestaciones del mismo, y sobre los “soportes” que hacen posible su aparición, algo que no ha dejado de mostrarse con contundencia en las sociedades contemporáneas”. SANCHEZ, 2015: 128. Arendt aseguraba que la finalidad de todo juicio es la justicia y no la misericordia. Cuando hizo el informe sobre el juicio de Eichmann, le interesó determinar hasta qué punto el tribunal de Jerusalén consiguió satisfacer las exigencias de la Justicia. ARENDT, 1999: 153.

¹⁰ ARENDT, 1974: 326. Para profundizar en el pensamiento de Arendt y el Estado totalitario se puede ver. MCCARTHY, M. (1996). *Pensamiento político de Hannah Arendt*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

¹¹ Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Penal Liquidadora, Sentencia Expediente N° 63-09. p. 49.

¹² En el franquismo, para los medios de comunicación, cada Estado de excepción, implicaba la censura previa. De tal manera que “En una dictadura, negadora y represora de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano, el estado de excepción es una redundancia”. GOR, 2012: 36.

equilibrio de poderes sino, por un poder concentrado en el ejecutivo. Fue notorio el crecimiento de la legislación a través de decretos-ley. La regla: decretos-ley con “fuerza de ley”. Esta normatividad eclipsó cualquier atisbo de legislación originaria desde el Congreso y de un control del ejercicio del poder. El Estado de necesidad “se presenta así tanto en la forma del estado de excepción como en la de la revolución, como una zona ambigua e incierta en la cual los procedimientos de facto, en sí mismos extra o antijurídicos, pasan a ser derecho, y las normas jurídicas se indeterminan en mero facto; un umbral, por lo tanto, en el cual hecho y derecho se vuelven indecibles” (AGAMBEN, 2003: 66).

Los defensores del régimen de Fujimori, para restarle fuelle a la condena, han pretendido justificar la conducta del condenado en las circunstancias de necesidad histórica y en las razones de supervivencia del Estado. Para entonces, estas circunstancias excepcionales solo habrían permitido el ejercicio del poder bajo el marco de una democracia delegativa o de un autoritarismo a la usanza de la dictadura romana para sofocar la sedición y los flagelos de los desastres naturales. Tratan así de justificar el uso de espacios anómicos¹³. El Estado de excepción con el que operó Fujimori le permitió ocupar un espacio en el que se puso en juego una fuerza-de-ley sin ley.

En la sentencia originaria se establece claramente que la compra de líneas editoriales, formaban parte de un conjunto de prácticas que tenían como objetivo a corto plazo, lograr un tercer mandato presidencial para Alberto Fujimori. Pero el despliegue de acciones era mucho más ambicioso, pues su propósito era abarcar gobiernos posteriores y lograr con ello, la perpetuación en el poder, de la cúpula liderada por Vladimiro Montesinos¹⁴. En las declaraciones de los testigos que acudieron al proceso, se pudo advertir que el Estado de necesidad se colmaba con la orden del Presidente de la República, creando zonas en la administración pública, en las cuales la aplicación de la ley era suspendida: la ley permanece muda pero vigente. Práctica gubernamental, que en la sentencia de los Casos Barrios Altos,

¹³ FUJIMORI, Kenji: “Yo considero que en el gobierno de mi padre hubo una democracia delegativa; cuando un país atraviesa un período de crisis, inestabilidad, incertidumbre, la población está dispuesta a ceder parte de sus derechos a cambio de que el gobierno le restituya el orden y la seguridad. En otras palabras, poner mano firme. Y eso fue lo que ocurrió en los 90”. Diario El Comercio, consultado el 14 de febrero de 2016. <http://elcomercio.pe/politica/congreso/kenji-fujimori-gobierno-mi-padre-hubo-democracia-delegativa-noticia-1840548>. Luz Salgado, queriendo moverse en aguas profundas enturbia más el tema. Al final, lo único que deja en claro es que el régimen de Fujimori no fue un Estado de Derecho. Preguntada sobre las conclusiones de la CVR, en las que se indica que el gobierno de Fujimori fue de corte dictatorial, respondió: “Yo nunca voy a decir que he trabajado en una dictadura, porque yo fui elegida democráticamente en todos los períodos en los que estuve con Fujimori, yo me sometí al voto popular y vinieron la OEA y Transparencia y nunca dijeron que esto fue una dictadura. Dictadura fue la de Pinochet [en Chile], dictadura fue la de Hitler [en Alemania], Fujimori no fue una dictadura. Que haya sido un gobierno autoritario lo acepto, pero dictadura no”. Diario El comercio, consultado el 18 de febrero de 2016. <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/acepto-que-gobierno-fujimori-fue-autoritario-dictadura-no-noticia-1871845>. Por su parte, Keiko Fujimori, reconoce que en el gobierno de su padre se cometieron errores pero no delitos. Diario El Comercio, consultado el 18 de febrero de 2016. <http://elcomercio.pe/politica/elecciones/gobierno-mi-padre-se-cometieron-errores-y-delitos-noticia-1875695>. El propio Alberto Fujimori defiende la legalidad de su régimen, en su libro *El peso de la verdad* (2012).

¹⁴ Conclusiones probatorias de la sentencia dictada el 26 de enero del 2005, citadas en la sentencia de fecha. Pág. 36.

La Cantuta y Sótanos SIE, llevó a los jueces a hablar de un Estado dual¹⁵. La palabra de Fujimori se convertía en norma, en razón de Estado. Cuando esto sucede, no hay diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero, falta el marco de un Estado de Derecho.

En cambio, lo decidido por la Sala Penal Permanente, desarticula totalmente lo que la Sala Penal Liquidadora dejó implícito sobre el Estado autoritario. El razonamiento de “contextualización” jurídico-penal, justificación interna de la argumentación llevó a construir la duda sobre la responsabilidad del ex presidente Fujimori. En el plano probatorio, el análisis de los hechos se centra en la valoración de una prueba instrumental contenida en la transcripción del video N° 1792 de fecha 26 de noviembre de 1999. La Sala que absuelve concluye que las declaraciones contenidas en dicho medio de prueba no fueron debidamente valoradas por la sala que condenó al ex Presidente¹⁶, por ello anula la sentencia. Termina otorgando un mayor valor probatorio a un diálogo entre Vladimiro Montesinos y tres comandantes generales del ejército, en desmedro de la profusa documentación y medios de prueba que fueron valorados en la sentencia de la causa 30-2001-1SPE/CSJL. La referida declaración, constituye en el razonamiento de los jueces, de la Sala Penal Permanente, una prueba suficiente para deducir que no hay certeza del conocimiento que Alberto Fujimori tuviera sobre las actividades realizadas en el SIN para lograr su tercer mandato presidencial y perpetuarse en el poder. De este modo, los jueces de la Sala Penal Permanente deducen la duda sobre la participación del ex presidente, por lo cual, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo* a su favor, y en consecuencia su absolución.

6. Razón de Estado y perpetuación en el poder

Siguiendo a Arendt, “Justa o injustamente, la *raison d’Etat* se basa en una necesidad, y los delitos estatales cometidos en nombre de aquella... son considerados como medidas de emergencia, como concesiones hechas a los imperativos de la *Realpolitik*, a fin de conservar el poder y, de este modo asegurar la continuidad del ordenamiento legal existente, globalmente considerado”. (ARENDR, 1999: 142).

¹⁵ En las cuestiones de hechos, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 7 de abril de 2009, que condenó a Fujimori a la pena de 25 años de pena privativa de libertad por los delitos de asesinato, lesiones y secuestro, concluyó: “244°. ¿Está probado que el acusado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, estructuró y ejecutó una estrategia político-militar paralela a la que pregonaba públicamente cuyo objetivo era la eliminación de los terroristas, decisión que se articulaba por medio de su asesor Montesinos Torres y del aparato de poder organizado que formó? Si lo está”. Exp. N° A.V. 19-2001. Un análisis pormenorizado de esta sentencia se puede ver en PEREZ (2009).

¹⁶ *Ibidem*. Pp. 45-47.

Fujimori, en el marco de un Estado de excepción permanente, justificando razones de Estado, se planteó la tercera reelección y ganó las elecciones del 2000, luego se vio obligado a renunciar vía fax desde Japón, alentado por su doble nacionalidad, en medio de escándalos de corrupción sistemática y clientelar de congresistas, fiscales y jueces; crímenes de lesa humanidad, acuerdos con el narcotráfico y la compra de líneas editoriales de la prensa¹⁷. Ante esta grave situación, el Congreso de la República respondió con la inhabilitación por incapacidad moral para ocupar cargos públicos y nombró Presidente Transitorio a Valentín Paniagua.

Para perpetuarse en el poder, es recurrente que los gobiernos autoritarios aludan a la razón de Estado, cuando la oposición le acusa de apartarse de los intereses públicos. Dice, Levitsky que “Algunas formas de autoritarismo, como el totalitarismo y el autoritarismo burocrático han sido más difíciles de mantener. Al mismo tiempo, algunos tipos nuevos (o parcialmente nuevos) de regímenes no democráticos tomaron mayor importancia en los noventa, incluyendo el autoritarismo competitivo”. (LEVITSKY, 2004: 175). Aquí, Levitsky vuelve a ser confuso con el concepto de Estado autoritario. Linz resulta más claro, cuando señala que los regímenes autoritarios pueden acabar convirtiéndose en totalitarios o en democráticos. Los regímenes autoritarios, efectivamente son híbridos hasta su final, o toman la dirección democrática o la vía totalitaria.

7. La argumentación jurídica y su compromiso con la idea de un Estado democrático de Derecho

En un Estado democrático de Derecho moderno, el control político es pluralista y cambiante, es imposible que alguna persona o grupo tenga, por más que lo intente, un control absoluto del poder. En este sentido, los principios del Estado democrático de derecho se articulan a la argumentación jurídica basada en razones. Pero una “fundamentación o justificación suficiente habrá de tener en cuenta un aspecto más, a saber, el de la justicia” (HABERMAS, 1998: 229). Esto requiere del incremento de la tarea justificativa de los órganos públicos frente a los ciudadanos.

¹⁷ Mientras DEGREGORI (2000) identificó en la estrategia de control de medios de comunicación un “sicariato mediático”, vía la política de la antipolítica, PEASE (2003) destacó la práctica de un Estado intervencionista y mafioso. Por su parte, COTLER y GROMPONE (2000) dejaron constancia de la naturaleza castrense y autoritaria del régimen de Fujimori.

Desde el ámbito de los juristas, FERRERO (2001) analiza al fujimorismo como un régimen sin equilibrio de poderes; UGAZ (2014) describe la respuesta desde las instituciones del Estado de Derecho contra la maraña delictiva organizada por Fujimori y Montesinos. Entretanto, llama la atención la escasa autocritica y la mirada romántica de Fernando DE TRAZEGNIES (2013: 724). Se encarga de resaltar los méritos de Fujimori: la paz con nuestros vecinos, la erradicación del terrorismo y la renovación económica. Resume, se le debe a Fujimori, “la renovación económica y la puesta en marcha de una sociedad que se desarrolla por sí sola”. Creo que DE TRAZEGNIES transita cerca de las ideas de SCHMITT, en su balance del autoritarismo. Al respecto, véase SCHMITT (2013).

En la actualidad, algunos de los factores que explican el auge de la argumentación jurídica, vienen a ser las transformaciones fácticas y conceptuales sobre el Estado de Derecho. A partir de las piedras angulares del Estado moderno, hay un ajuste de piezas orientado a robustecer la idea de Constitución, basada en: a) Un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diferentes órganos estatales; b) Ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho; c) Mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes, de tal modo que el poder del legislador es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente; d) La reconstrucción del pluralismo jurídico en los diferentes sistemas jurídicos. A partir de aquí, deviene un aumento del elemento argumentativo o retórico del Derecho frente al elemento burocrático y coactivo del Estado (ATIENZA, 2006: 17). La argumentación jurídica, junto a la democracia deliberativa, está en el camino en el que las preferencias y los intereses de las personas pueden ser transformados a través del diálogo racional y la deliberación colectiva, en el marco de una sociedad pluralista.

Instalados los principios del Estado democrático de Derecho, viene la reflexión sobre decisiones de los operadores jurídicos, reflexión articulada entre la razón pública y los tipos de argumentos que son admisibles en un régimen constitucional democrático para resolver un caso. En la metodología jurídica se “trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del derecho; entre aquello que se nos ordena y las razones por las que se nos ordena. En este sentido, estas o parecidas categorías son comunes a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resultan necesarios para evitar el formalismo extremo en la aplicación del derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas” (RÓDENAS, 2012: 115). El principio coherentista fue un acierto de Dworkin, introducido en el debate sobre la interpretación constructiva de las reglas, los principios y las directrices en el marco de un Estado de Derecho que aspira una justicia liberal-igualitaria, al modo rawlseano¹⁸.

De tal manera, que una metodología coherentista se propone un ajuste de piezas en el razonamiento jurídico: “la hipótesis respecto del derecho implícito, las reconstrucciones relativas a los criterios tácitos compartidos, y las convenciones expresas ejemplificadas en los *casos paradigmáticos*. De

¹⁸ Al respecto, DWORKIN señala: “Algunos habréis notado una cierta congruencia entre las posiciones en teoría jurídica que he observado que los argumentos de RAWLS apoyan y aquellas que yo mismo he tratado de defender, y podéis pensar que esto nos es un accidente. Así que os ofrezco una confesión, pero sin una disculpa. El trabajo de los iconos filosóficos es suficientemente rico como para permitir la apropiación a través de la interpretación. Cada uno de nosotros tiene su propio Inmanuel Kant, y a partir de ahora cada uno de nosotros batallará por la bendición de John RAWLS”. (DWORKIN, 2007: 284).

forma semejante a la tesis del equilibrio reflexivo de Rawls, se produciría un constante ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y ejemplificaciones que nos llevan bien a descartar algunas de nuestras convenciones, bien a ofrecer otra reconstrucción o, en fin, a cuestionarnos ejemplificaciones, hasta lograr un ajuste mutuo entre los tres elementos” (RÓDENAS, 2012: 12).

Un adecuado razonamiento judicial, en procesos de esta naturaleza, exige evaluar la conducta del acusado sin obviar sus circunstancias. Determinar las circunstancias del Estado autoritario ayuda a comprender mejor el tipo de delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado doloso. Y si el Estado fue el agraviado, y si el delito sólo pudo ser cometido a través de una gigantesca organización burocrática que disponía y consumía arbitrariamente los recursos públicos, con mayor razón, se deben precisar aquellas prácticas contrarias al Estado democrático de Derecho.

8. A modo de Conclusión

El presente trabajo ha pretendido aclarar el concepto de Estado de excepción y su relevancia en el razonamiento judicial referido al caso “Diarios Chicha”.

En la sentencia dictada por la Sala Penal Liquidadora, los argumentos implícitos sobre el Estado autoritario, permitieron un grado de coherencia entre el análisis de los elementos dogmático penales y la valoración de los elementos de prueba, para condenar al ex Presidente por el delito de peculado doloso, esto es, una conexión entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento.

En la sentencia dictada por la Sala Penal Permanente, los argumentos sobre el Estado autoritario fueron totalmente excluidos del discurso argumentativo, lo cual facilitó la reconstrucción de una duda sobre la responsabilidad del procesado, concluyendo en su absolución. Se observa una desarticulación entre el contexto de justificación normativa interna y el contexto de descubrimiento de los hechos.

La interpretación de los jueces no puede ser ajena al principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos, en el marco de un Estado democrático de Derecho, basado en el autogobierno de los ciudadanos y el control del poder; tampoco, desarticular el principio del proceso democrático y el principio de los derechos humanos, en este caso, los derechos de participación, reunión y libertad de expresión¹⁹. Es decir, “Exigir que los juzgadores en los procesos de esta índole, procuren actuar de

¹⁹ La interpretación constructiva es el proceso por el que se “impone un propósito a un objeto o a una práctica con el fin de hacer de ese objeto o práctica el mejor ejemplo de la forma o género a la que se supone que pertenecen”. DWORKIN, 1984: 146. Así, un propósito hace que un objeto sea lo mejor que éste puede llegar a ser cuando, simultáneamente, “se ajusta” al objeto y lo “justifica” mejor que ningún otro propósito alternativo. Es decir, el razonamiento jurídico transita entre actividad y validez.

modo que sienten tal precedente, no constituye una petición excesiva, no implica solicitar más de lo que cabe esperar”²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, G. (2003). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Trad. Elvia Costa e Ivana Costa. Argentina: AH.

ALARCÓN, G. (2007). *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia*. Madrid: Dykinson.

— (2016). “Argumentación jurídica y Estado Autoritario a propósito del caso “Diarios Chicha”. *Revista Silex. Filosofía del Derecho: Legalidad y Justicia. Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Vol. 6 N° 1*, enero-junio, 2016. Pp. 165-183.

ARENDT, H. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Trad. Guillermo Solana. España: Taurus.

ARENDT, H. (1999). *Eichmann y el Holocausto*. Trad. Carlos Ribalta. España: Prisa Ediciones.

CHULIÁ, E. (2010). “Límites a la libertad de prensa durante el régimen franquista”. Texto del conversatorio organizado por el Centro de Investigación de la Universidad Jaime Bausate y Meza. Lima, agosto, 2010.

CORTE DE JUSTICIA DE LIMA, CUARTA SALA PENAL LIQUIDADORA, Exp. 63-09. Sentencia condenatoria contra Alberto Fujimori. Lima, 8 de enero de 2015, caso “Diarios Chicha”. Recurso de Nulidad N° 615-2015.

CORTE DE JUSTICIA DE LIMA, PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL, Exp. 30-2001. Lima, 20 de abril del año 2010, caso “Diarios Chicha”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL PERMANENTE, Resolución Número 615-2015. Sentencia absolutoria a favor del Alberto Fujimori. Lima, 16 de agosto del 2016.

COTLER, J. y GROMPONE, R. (2000). *El fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*. Lima: IEP.

DE TRAZEGNIES, F. (2013). *Testigo presencial. Los trabajos y los días en la búsqueda de la paz verdadera*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente.

DEGREGORI, C. (2000). *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*. Lima: IEP.

DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.

²⁰ Arendt, *Eichmann y el Holocausto* p. 118.

- DWORKIN, R. (2007). *La justicia con toga*. Trad. Mariza Iglesias e Íñigo Ortiz. Madrid: Marcial Pons.
- FERRERO, R. (2001). *Perú: secuestro y rescate de la democracia. 1992-2000*. Lima: FCE.
- FUJIMORI, A. (2012). *El peso de la verdad*. Lima: Editora Argentina.
- GROMPONE, R. (2016). “El Estado como institución afirmada y desbordada por la sociedad”. En GROMPONE, R., Editor (2016). *Incertidumbres y distancias. El controvertido protagonismo del Estado en el Perú*. Lima: IEP.
- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez. Madrid: Trotta.
- LEVITSKY, S. y WAY, L. (2004). “Elecciones sin democracia. El surgimiento del autoritarismo competitivo”. *Revista de Estudios Políticos* No. 24. Medellín, enero-junio, 2004.
- LINZ, J. (1978). “Una teoría del régimen autoritario. El caso de España”, en PAYNE, S. (Editor, 1978). *Política y sociedad en la España del siglo XX*. Madrid: Akal.
- NEUMANN, Franz (1968). *Estado democrático y Estado autoritario*. Buenos Aires: Paidós.
- PÉREZ, M. (2009). *El caso de “Alberto Fujimori Fujimori. La sentencia*. Lima: Jurista Editores.
- RAWLS, J. (1979). *Teoría de la justicia*. Trad. María González. México: FCE.
- RÓDENAS, A. (2012). *Los intersticios del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- SCHMITT, C. (2013). *Ensayos sobre la dictadura. 1916-1932*. Trad. José Díaz y Pedro Madrigal. Madrid: Tecnos.