

Procesamiento Penal de Violaciones de Derechos Humanos Sentencia contra Alberto Fujimori Fujimori -Edición Especial-

• **Notas destacadas del mes**

• **Selección de jurisprudencia (Caso Fujimori)**

PRESENTACIÓN

El boletín que a continuación presentamos, corresponde a una edición especial que contiene una selección de extractos de la sentencia condenatoria, emitida el 7 de abril de 2009, por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por los casos La Cantuta, Barrios Altos y Sótano SIE. Esta selección pone énfasis en los temas jurídicos más relevantes de la sentencia, los que han sido divididos en tres bloques detallados en un índice pormenorizado.

El primero de ellos, titulado “Cuestiones probatorias”, desarrolla temas tales como los medios probatorios para demostrar la existencia de un aparato de poder, prueba trasladada, validez probatoria de notas periodísticas, diferencia entre fuentes de prueba y medios de prueba, la valoración probatoria de declaraciones testimoniales contradictorias, grabaciones obtenidas ilícitamente, sentencias emitidas en el marco de procesos de colaboración eficaz, entre otros.

El segundo bloque muestra los aspectos sustantivos de interés, como el derecho a la libertad personal en estados de emergencia y golpes de Estado, las circunstancias agravantes del delito de secuestro, el tipo penal de asesinato bajo las circunstancias de ferocidad y alevosía, crímenes contra la humanidad, entre otros.

Finalmente, el tercero tiene como temática específica la autoría mediata en sus distintos aspectos, fundamentalmente, el desarrollo de una de sus modalidades: la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder.

Como punto previo a este desarrollo, se presentan las noticias más importantes del mes en materia de procesamiento penal de violaciones de los derechos humanos.

INDICE

Notas destacadas del mes..... 2

Jurisprudencia subtitulada

Caso: Alberto Fujimori
Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE..... 3

Apoya:

- **Fujimori fue condenado a 25 años de prisión por crímenes de lesa humanidad**

(Perú.21) La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú halló culpable al ex presidente Alberto Fujimori de violaciones a los derechos humanos, y lo sentenció, tras 16 meses de proceso, a 25 años de prisión por las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta y por los secuestros del empresario Samuel Dyer y del periodista Gustavo Gorriti. En su fallo, el tribunal desestimó todos los argumentos de la defensa y estableció que el ex presidente, de 70 años, permanecerá preso hasta el 10 de febrero de 2032, teniendo en cuenta el tiempo en que estuvo detenido o bajo arresto domiciliario en Chile mientras se esperaba la extradición. Tras escuchar su sentencia, el ex gobernante anunció que impugnará el fallo en primera instancia. “Presentaré una acción de nulidad (de la sentencia)”, dijo Fujimori sin hacer mayores comentarios de la decisión del tribunal. La lectura de sentencia se inició poco después de las 09:00 horas en medio de una gran expectativa que se empezó a calentar anoche, con sendas manifestaciones y vigiliadas tanto de los seguidores del ex presidente como de los familiares de las víctimas de los excesos cometidos durante la guerra contra el terrorismo. La Policía desplegó cerca de 2 mil efectivos en los alrededores de la Dirección de Operaciones Especiales (Diroes), para evitar eventuales manifestaciones. El presidente de la sala, César San Martín, abrió la última sesión confirmando que todos los cargos que se le imputan al ex presidente están debidamente probados, más allá de toda duda razonable. “Por consiguiente la sentencia que se emite es condenatoria”, indicó. Tras el anuncio del magistrado se escucharon gritos de aprobación de los familiares de las víctimas que se encontraban en la sala.

<http://peru21.pe/noticia/270109/juicio-alberto-fujimori-llega-hoy-su-punto-final>

- **A juicio por desaparición de estudiantes**

(La República) La justicia llegaría 16 años después. El juez anticorrupción Jorge Barreto abrió proceso por desaparición forzada al ex jefe del Ejército Nicolás Hermoza Ríos y al ex asesor Vladimiro Montesinos como autores mediatos de las muertes de dos estudiantes y un profesor universitarios en 1993. Tal parece que los efectos de la sentencia dictada contra Alberto Fujimori por crímenes de lesa humanidad se empieza a sentir en los juzgados especiales, que empiezan a aplicar con más fuerza la teoría del “autor mediato”. Las víctimas de este proceso son los estudiantes de la universidad del Callao Martín Javier Roca Casas, Kenneth Ney Anzualdo Castro y el ex profesor de la universidad San Cristóbal de Huamanga Justiniano Najarro Rúa, desaparecidos el 5 de octubre, 16 de diciembre y 6 de julio de 1993, respectivamente. Además son procesados Jorge Enrique Nadal Paiva, ex jefe de la DINTE, y Enrique Oswaldo Oliveros Pérez, ex jefe de los puestos de Inteligencia del Ejército. Es en el funcionamiento y ejecución de los planes diseñados por los puestos de inteligencia que se produjeron intervenciones, detenciones, secuestros y desapariciones ilegales, como son los casos de Martín Roca, Kenneth Anzualdo y Justiniano Najarro, quienes fueron trasladados a la sede del Servicio de Inteligencia del Ejército y encerrados en los calabozos acondicionados en el primer sótano de dicha dependencia militar, a partir de cuya fecha se desconoce su paradero.

[Http://www.larepublica.pe/files/edicionimpresa/larepublica/2009/04/28/20090428_1_15_7_2.jpg](http://www.larepublica.pe/files/edicionimpresa/larepublica/2009/04/28/20090428_1_15_7_2.jpg)

Caso: Alberto Fujimori Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE

Indice

I.	Datos Generales	5
II.	Introducción de la causa	5
III.	Temas de interés	6
1.	<u>Cuestiones probatorias</u>	
1.1.	Medios probatorios para demostrar existencia de aparato Organizado de poder dentro del Estado y el desarrollo de una estrategia clandestina	6
1.2.	Medios probatorios para identificar la existencia de una política de Estado que viola derechos humanos	6
1.3.	El sistema de prueba libre y la idoneidad de la prueba	6
1.4.	El respeto al principio de correlación. Alcances y límites	7
1.5.	Presunción de inocencia y valoración probatoria	7
1.6.	La prueba trasladada en la legislación peruana y la posibilidad de uso de testigos de otros procesos como actuación probatoria	8
1.7.	Consideración de declaraciones sumariales de testigos no llamados a la etapa de juicio oral	9
1.8.	Validez probatoria de notas periodísticas	9
1.9.	Diferencia entre fuentes de prueba y medios de prueba	10
1.10.	Valoración probatoria de libros de diversos testigos	10
1.11.	Valoración probatoria de declaraciones contradictorias	11
1.12.	Valoración probatoria de conversaciones grabadas subrepticamente	11
1.13.	Valoración probatoria de documentos presentados durante proceso de colaboración eficaz	12
1.14.	Valoración probatoria de documentos desclasificados del Departamento de Estado de Estados Unidos	12
1.15.	Valoración de sentencias previas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre casos penales	12
1.16.	Valor probatorio del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación	13
1.17.	Valoración probatoria de las sentencias emitidas luego de procesos de colaboración eficaz	14
1.18.	Procedimiento de acusación constitucional y garantías del debido proceso	15
1.19.	Valoración de la prueba indiciaria	15

2. <u>Aspectos sustantivos de interés</u>	
2.1. Derecho a la libertad personal en estados de emergencia y golpes de Estado	16
2.2. Circunstancias agravantes del delito de secuestro	16
2.3. Tipo penal de Asesinato bajo las circunstancias de ferocidad y alevosía	18
2.4. Crímenes contra la Humanidad	19
2.5. Requisitos de los delitos contra la humanidad	19
3. <u>Autoría mediata</u>	
3.1. Concepto y formas de autoría mediata	20
3.2. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados	21
3.2.1. Concepto y presupuestos básicos	21
3.2.2. El poder de mando en la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados	22
3.2.3. El apartamiento del derecho	23
3.2.4. Como criminalidad estatal	24
3.2.5. La fungibilidad	25
3.2.6. Predisposición a la realización del hecho ilícito	26
3.3. Autoría mediata y Derecho Penal Internacional: Diferencias con la Teoría de la Responsabilidad del Superior	26

Caso: Alberto Fujimori Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE

I. Datos Generales

Instancia: Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República
Fecha de emisión: 7 de abril de 2009
Expediente: A.V. 19-2001 (acumulado)
Acceso a la Sentencia: <http://www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle>

II. Introducción de la Causa

El ex presidente Alberto Fujimori Fujimori gobernó el Perú entre los años 1990 y 2000. Durante sus primeros años tuvo como prioridad, conjuntamente con el tema económico, afrontar la acción criminal de los grupos subversivos Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario TupacAmaru. El saldo de víctimas mortales del conflicto, según estimaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, fue superior a 69,000, una parte atribuible a agentes del Estado y otro tanto, en mayor proporción, a ambos grupos subversivos- alzados en armas.

Al concluir su mandato y develada la red de corrupción que operó durante su gobierno, el entonces presidente Fujimori huyó al Japón y desde este país, en noviembre de 2000, renunció a la presidencia del Perú. Luego de rechazar la renuncia y declarar su vacancia por permanente incapacidad moral, el Congreso de la República, inicio diversas investigaciones en contra de Fujimori por delitos de corrupción y violaciones de derechos humanos. Estas investigaciones derivaron finalmente en numerosos procesos judiciales, ordenándose en cada uno de ellos, la inmediata captura a nivel nacional e internacional del ya por entonces prófugo ex presidente.

Después de permanecer en Japón hasta noviembre de 2007, amparado en su doble nacionalidad, y sin que este país resuelva los pedidos de extradición presentados en su contra por el Estado peruano, Fujimori huyó a Chile, país al que arribó y donde fue detenido el 6 de noviembre de 2005. Finalmente, sería la Corte Suprema de Chile, en setiembre de 2007, la que concedería la extradición del ex presidente Fujimori al Perú, por 7 de los 13 casos que hicieron parte de la solicitud de extradición presentada por el Perú ante dicho fuero.

La sentencia que a continuación de extracta, se refiere a dos de estos casos (acumulados por la Sala Penal Especial), aquellos que atribuyen al ex presidente Fujimori responsabilidad penal por graves violaciones contra los derechos humanos, y son los siguientes:

- a) Barrios Altos: El 3 de noviembre de 1991, se llevaba a cabo en un solar de Barrios Altos (una zona antigua del Cercado de Lima) una pollada organizada por los vecinos para recaudar fondos destinados a las mejoras de los servicios de agua y desagüe de sus viviendas. La información proporcionada por un agente de inteligencia hizo que los integrantes del destacamento Colina consideraran dicha actividad como una reunión de miembros de Sendero Luminoso. En la noche de aquel día, los integrantes de Colina ingresaron al solar y asesinaron a quince personas, dejando heridas a otras cuatro. Este caso fue la primera acción de dicho destacamento.
- b) La Cantuta: En la madrugada del 18 de junio de 1992, los miembros del destacamento Colina ingresaron a las instalaciones de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", ubicada en La Cantuta, Chosica, Lima. Allí procedieron a capturar a nueve estudiantes y un profesor, a los que sindicaron como miembros de Sendero Luminoso. Estas diez personas fueron ejecutadas extrajudicialmente y sus restos incinerados y enterrados clandestinamente.
- c) Sótanos SIE: Se trata de dos secuestros producidos en 1992. El 6 de abril de dicho año, pocas horas después del denominado "autogolpe" que diera Alberto Fujimori contra los demás poderes del Estado, el periodista Gustavo Gorriti, crítico del gobierno, fue arrestado en su domicilio por agentes militares y llevado posteriormente a las instalaciones del Servicio de Inteligencia del Ejército, donde permaneció durante un día, hasta se le trasladó a la Dirección de Seguridad del Estado, recuperando su libertad. En el segundo caso, el 27 de julio de 1992, el empresario Samuel Dyer Ampudia fue detenido sin orden judicial antes de viajar a Estados Unidos, por una supuesta investigación por presuntas vinculaciones con el terrorismo, siendo conducido a las instalaciones del Servicio de Inteligencia del Ejército, donde fue privado de su libertad hasta el 5 de agosto de ese año.

Con esta , la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, condenó al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori a una pena de 25 años, por considerarlo autor mediato de los delitos de asesinato y lesiones graves (casos: Barrios Altos y La Cantuta), y secuestro agravado (caso: Sótano SIE).

III. Temas de Interés *

1. CUESTIONES PROBATORIAS

1.1. Medios probatorios para demostrar existencia de aparato organizado de poder dentro del Estado y el desarrollo de una estrategia clandestina

“La acusación, sin perjuicio de lo anterior, destaca la intervención del acusado (...) en la conformación de la estrategia de guerra sucia, del método secreto y clandestino no ha sido controvertida la denominada “estrategia oficial, visible y convencional”, que respondía al marco constitucional y legal, tal como afirma la Fiscalía. El objeto de prueba, por consiguiente, es en primer término esa estrategia como marco que explica y da curso a los hechos imputados.

Los hechos que expresarían esta estrategia o método secreto y clandestino, desde luego, no exigen un aporte probatorio sustentado exclusivamente, bajo el requisito de idoneidad de la prueba, en instrumentos de carácter normativo. Estos hechos, por su propia naturaleza, incluso cuando se denuncia la formación y actuación de un aparato organizado de poder al interior del propio Estado, que desarrolla operativos clandestinos y sustancialmente delictivos, no pueden expresarse u ordenarse mediante instrumentos normativos. Las órdenes y las instrucciones respectivas, en lo específico del caso en cuestión tales como desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales, lesiones graves y secuestros, no se formalizan en normas y es, ciertamente, muy difícil que se dispongan por escrito o por otro mecanismo administrativo propio del *modus operandi* de un órgano administrativo o gubernamental. Las decisiones que involucran violación de derechos humanos al interior de un aparato organizado de poder, por consiguiente, no se justifican o se sostienen a través de instrumentos normativos. Es precisamente el carácter clandestino y la práctica ilícita de una organización lo que descarta, por razones obvias, la posibilidad de acreditar su existencia y los hechos que comete por medio de instrumentos normativos”.

1.2. Medios probatorios para identificar la existencia de una política de Estado que viola derechos humanos

“La Fiscalía ha introducido un dato que intenta explicar los hechos objeto del proceso, que los traduce en la presencia de una política, una estrategia o un método determinado. Ahora bien, lo expuesto por la Fiscalía, dada la multiplicidad de víctimas y el contexto en que se produjeron, define lo que a título de ejemplo en el Derecho Internacional Penal se denomina, en orden a la estructura del crimen de lesa humanidad, “*elemento político*”, muy debatido a propósito del artículo 7°.2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que exige que el ataque contra una población civil se lleve a cabo “...de conformidad con una política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”. Este elemento “política”, como aduce WERLE, “...no requiere de una determinación programática formal. El concepto debe ser entendido, por el contrario, en un sentido amplio como comisión del hecho planeada, dirigida u organizada, en contraposición a actos violentos espontáneos o aislados” (1). Así ha sido consagrado por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso PROSECUTOR V. TADIC(2).

La existencia de esa “política” puede probarse a partir del hallazgo de disposiciones legales, decisiones administrativas o directrices oficiales, pero tales medios no constituyen un requisito necesario. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite identificar una tal práctica o política a través de (i) una acumulación de infracciones idénticas o análogas, lo suficientemente numerosas e interconectadas como para constituir no meros incidentes o excepciones aislados, sino un patrón o sistema, y (ii) la tolerancia oficial de las autoridades del Estado, esta última entendida en el hecho que los superiores, pese a conocer las violaciones, se niegan a adoptar medidas para sancionar a los responsables o prevenir su repetición, o manifiestan su indiferencia rehusándose a llevar a cabo una investigación adecuada sobre su veracidad o falsedad de supuestos abusos (3)”.

1.3. El sistema de prueba libre y la idoneidad de la prueba

“Por otro lado, es de precisar el requisito en puridad, criterios que deben seguirse para la admisión de la prueba de *idoneidad* en adición al de pertinencia en un sistema de prueba libre como el nuestro, que consagra la libertad de medios de prueba libertad de elección y de empleo de los diversos medios de prueba, que da lugar, como regla, que no se requiera para la comprobación de un hecho en particular un medio especial o exclusivo de prueba. La doctrina procesalista indica que mediante la idoneidad ha de tenerse en cuenta que la ley permita probar con un medio de prueba determinado el hecho o parte de él objeto de prueba(4). Es de advertir, en consecuencia, si existen prohibiciones de medios de prueba o si la ley establece la probanza de un determinado hecho con un preciso medio de prueba (5).

Ahora bien, respecto de los hechos imputados, del *thema decidendi*, según el detalle realizado en los párrafos precedentes, no existe norma procesal que prohíba probar con un medio de prueba específico algún extremo de los mismos. No hay exclusión, excepciones o limitaciones al respecto. Obviamente, como advierte FLORIÁN, los medios de prueba deben ser lícitos, adecuados y concluyentes (6)”.

1.4. El respeto al principio de correlación. Alcances y límites

“Lo que se requiere para determinar la identidad del hecho punible que ha dado lugar al desarrollo del juicio, en cuanto elemento objetivo del objeto del proceso penal, es concretar el núcleo esencial del mismo, sin restar o agregar datos que lo alteren. No sólo se trata de identificar la conducta, históricamente dada criterio naturalístico, sino también del resultado o contenido material de lo injusto, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concreto criterio normativo; por consiguiente, la identidad requerida se presenta cuando en la conducta desplegada existe coincidencia total o parcial de los actos típicos de ejecución que recoge el tipo legal o cuando los bienes jurídicos afectados son los mismos (7) (...)

El tribunal, desde esta perspectiva, para respetar el principio de correlación, como ya ha sido establecido por el Acuerdo Plenario número 42007/CJ116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, no puede introducir un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven la responsabilidad del acusado, lo que no significa que deba recoger con exactitud matemática la acusación oral, en tanto que conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio puede ampliar detalles o datos para hacer más completo o preciso y comprensivo el relato, siempre que no impliquen un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia [fundamento jurídico décimo]. La homogeneidad de los hechos es central, y en esa perspectiva es posible incluso que el tribunal degrade los hechos. (...)

Sólo se requiere el respeto del curso de los acontecimientos descritos en la pretensión del Fiscal, entendidos conforme a la teoría normativa ya asumida. Es obvio que si se aplica de forma conjunta las teorías de la acción y de la infracción del bien jurídico lesionado, aún si se optara por las diversas posibilidades que ella permite distintos niveles de vida del delito, o disímiles modalidades de participación, circunstancias accesorias y formas de manifestarse el elemento subjetivo, siempre que en estos últimos supuestos el tribunal los ponga en debate, no se infringiría los principios invocados de correlación y contradicción. El título de condena, por lo demás, sólo incide en la individualización o identificación del objeto del proceso en la medida en que el hecho histórico se concreta conforme a criterios jurídicos penales actividad y resultado lesivo del bien jurídico.

Cabe resaltar, de cara al principio de contradicción, que no deben incorporarse elementos esenciales en la calificación final que no fueron ni pudieron ser plenamente debatidos. Las caracterizaciones jurídicas, respetado ese núcleo esencial incluso cuando han sido objeto de debate en las propias alegaciones finales: la defensa se ha referido a ellas; el sentido, extensión y clasificación que pueden merecer los hechos incorporados por el Ministerio Público dentro de una determinada concepción dogmática; la determinación de si la actividad se cumplió en su totalidad, o si ésta puede engarzarse en una u otra clasificación metodológica propuesta por un sector doctrinario atendiendo a los elementos que identifica, no tienen entidad para reputarlas lesivas al principio acusatorio referido al objeto procesal o al principio de contradicción referido a la perspectiva jurídica esencial de la calificación, que exige que todo elemento de la pretensión punitiva ha de ser conocido por el imputado y éste ha de poder defenderse frente a ellos“.

1.5. Presunción de inocencia y valoración probatoria

“La garantía de la presunción de inocencia, que consagra el artículo 2°.24.e) de la Constitución (8), como regla probatoria general, exige que la declaratoria de la culpabilidad de una persona debe producirse en los marcos de un proceso respetuoso de la ley en lo concerniente **(i)** a la carga material de la prueba, **(ii)** a la obtención de las fuentes de prueba, **(iii)** a la actuación de los medios de prueba, y **(iv)** a la valoración de la misma. Se necesita, legalmente, **a)** de una actividad probatoria entendida como existencia de actuaciones procesales destinadas a obtener el convencimiento judicial acerca de la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos, **b)** cuya iniciativa corresponda a la acusación, **c)** que tenga un contenido suficientemente incriminatorio respecto a la existencia del hecho punible atribuido y a la intervención en él del imputado debe ser una *prueba de cargo*, de cuya interpretación resulte la culpabilidad del acusado, derivada de la comprobación de los hechos subsumidos en un tipo legal, así como de la certeza de su participación en los mismos, y **d)** que las pruebas sean válidas: respetuosas de los derechos fundamentales, y obtenidas y actuadas con arreglo a las normas que regulan su práctica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que el principio de presunción de inocencia afirma la idea, consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos, a propósito de las garantías judiciales, de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada [Sentencia Suárez Rosero, del doce de noviembre de mil novecientos noventa y siete, párrafo setenta y siete]; principio que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal, en consecuencia, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla [Sentencia Cantoral Benavides, del dieciocho de agosto de dos mil].

Desde la perspectiva de la libre valoración de la prueba, como precisa GIMENO SENDRA, se necesita que ésta se realice con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica, lo que conlleva la obligación, máxime si se trata de la denominada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la 'declaración de hechos probados' (9). En consecuencia, no es de aceptar, desde la racionalidad del proceso valorativo, que el Juez se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos; el razonamiento de la sentencia no puede ser, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente erróneo”.

1.6. La prueba trasladada en la legislación peruana y la posibilidad de uso de testigos de otros procesos como actuación probatoria

“Ahora bien, como quiera que se trata de actuaciones procesales que han sido actuadas en causa penal distinta a la presente, para su consideración jurídico procesal es del caso tener presente lo dispuesto en el artículo 261° del Código de Procedimientos Penales. Así:

1. El citado artículo del Código de Procedimientos Penales, según el texto del Decreto Legislativo número 983, del veintidós de julio de dos mil siete, introduce como lo expresa la propia norma la institución de la “prueba trasladada”. No sólo reconoce esa figura jurídico procesal, sino que fija su régimen jurídico.

2. Dos son los presupuestos legales de la incorporación de actuaciones probatorias procedentes del proceso fuente: **(i)** que provengan de otro proceso penal, y **(ii)** que el proceso receptor o el proceso fuente se refieran a delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir. Como tal, al no haberse actuado las diligencias probatorias en la causa objeto del juicio oral, el régimen jurídico que la gobierna es la fijada por esa norma.

3. Los requisitos legales de la prueba trasladada se configuran o califican en función del **proceso fuente**, esto es, del que se obtendrá la “actuación probatoria” para incorporarla al **proceso en curso**. Por tanto, desde el proceso fuente, por imperio de la norma analizada, debe calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas. La norma hace mención a las pruebas admitidas y practicadas ante el Juez o Sala Penal, las cuales podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal. En consecuencia, lo que puede calificarse de testimonial, pericia, documentos, etcétera, está en función de esa causa y no de la causa receptora. Es obvio que desde el **proceso receptor** esas actuaciones constituirán prueba documental oficial, de ahí que la calificación realizada por la norma procesal sólo tiene sentido si se toma como referencia el **proceso fuente**. Siendo así, la norma analizada, antes que ampliar las posibilidades de contar con fuentes y medios de prueba procedentes de otras causas, traza límites a su utilización, que como tal debe interpretarse restrictivamente (10).

4. En principio, no existen límites internos al traslado probatorio en el caso de dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental. Basta que se encuentren en el proceso fuente para incorporarlos al proceso en curso. Así prescribe la norma: “Sin necesidad de que concurran tales motivos,…”.

5. En cambio sí existen motivos tazados o límites concretos para las demás actuaciones probatorias, entre ellas la prueba personal declaración de imputados y de testigos, careos o confrontaciones, reconocimientos, inspección ocular, y las diligencias objetivas e irreproducibles. Se requiere que el traslado resulte indispensable debido a que en el proceso receptor “... su actuación [de las referidas pruebas] sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdidas de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba”. Ello supone acreditar la existencia de un motivo razonable que impida la actuación de la prueba en el proceso receptor. Tal límite tendría como fundamento que la declaración de un testigo no compareciente al acto del juicio oral impide al Tribunal escuchar y ver, conforme al principio de inmediación, y a las partes someterlas a la pertinente contradicción.

Por consiguiente, la manifestación de un testigo prestada en otro procedimiento penal presuntamente conexo, en tanto éste no fue ofrecido en esta causa oral como testigo ni está acreditada una causal de ausencia insubsanable de su parte, no puede ser utilizada (11”).

1.7. Consideración de declaraciones sumariales de testigos no llamados a la etapa de juicio oral

“La Fiscalía ofreció, asimismo, la lectura de las declaraciones sumariales, prestadas en sede de Vocalía de Instrucción, de Orlando Enrique Moncayo Peña, José Luis Bazán Adrianzén y la preventiva de Susana Higuchi Miyagawa. La defensa se ha opuesto a esa incorporación. La Fiscalía tuvo la oportunidad de ofrecerlas para su actuación pública y contradictoria en el juicio oral, pero no lo hizo. Por ello no fueron citadas al plenario.

Como se trata de una actuación procesal es evidente que el régimen jurídico que las preside es el de la declaración testifical. Al ser declaraciones operadas en el seno del proceso, su documentación en acta no las convierte en prueba documental, que autorice llanamente a su lectura y ulterior debate procesal; se requiere del contacto directo del Tribunal sentenciador con las fuentes sobre todo personales de prueba, y su actuación contradictoria. Sólo será posible la lectura del acta que contiene una declaración sumarial del testigo, por ejemplo, en los supuestos de ausencia no subsanable agotadas todas las posibilidades razonables para su comparecencia, contradicción entre lo declarado en el juicio y lo manifestado previamente, y cuando sea preciso que el declarante recuerde información.

La prueba testifical es, por naturaleza, reproducible en el plenario para someterla a contradicción, y si, pudiendo hacerlo, no se produce, la practicada en la instrucción no puede ser utilizada, salvo que mediante el recurso a su lectura venga fundada en alguna grave causa de carácter absoluto u obstativo [se trataría de causas independientes de la voluntad de las partes y del Tribunal, fuerza mayor de carácter fáctico o jurídico, que impidan el concurso del órgano de prueba al juicio y que importe el agotamiento de todas las posibilidades legalmente previstas para su reproducción en juicio]. En esta línea ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto ISGRÓ versus Italia, Sentencia del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y uno, párrafo treinta y cuatro, que *“Los elementos de prueba deben ser normalmente presentados ante el acusado en vista pública, con el fin de que exista un debate contradictorio, pero la utilización de las declaraciones que se remontan a la fase de la instrucción preparatoria no son contrarias en sí mismas a los apartados 3 d) y 1 del artículo 6° [del Convenio Europeo de Derechos Humanos, norma parecida al artículo 8°.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], sin perjuicio del respeto de los derechos de la defensa; por regla general, éstos exigen que se conceda al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse al testimonio en su contra y para interrogar al autor, en el momento de la declaración o con posterioridad”* (12).

En consecuencia, la lectura de las declaraciones sumarias no es de recibo si es que no se solicitó la concurrencia de los testigos al acto oral, y no existe una causa fundada y razonable de su inasistencia (...)

1.8. Validez probatoria de notas periodísticas

“El Código de Procedimientos Penales al igual que el nuevo Código Procesal Penal no define una lista cerrada de medios de prueba legítimos. En él, como es evidente, se admite la presencia de cualquiera otros medios de prueba que tengan entidad para conformar juicio del órgano jurisdiccional sentenciador. Ello permite, a su vez, la posibilidad que puedan darse por acreditados datos recogidos por los medios de comunicación social, en cuanto expresan cuando reflejan hechos incontrastables de conocimiento general o declaraciones de personalidades u organizaciones políticas o que dan noticia del devenir experimentado por los distintos agentes sociales, lo que de ordinario comporta una determinada percepción de una realidad externa que es percibida y trasladada por el periodista que en ella interviene que no han sido desmentidas ni cuestionadas en el proceso. La información periodística opera, entonces, como principio de prueba, que de no ser desmentida y cuestionada el desmentido o el cuestionamiento, como es obvio, debe ser serio y de entidad, no basta uno meramente formal pasa a surtir plenos efectos probatorios. Es claro que otra nota de validez o, mejor dicho, de validez de la información es que no se trate de una noticia aislada de prensa. El grueso de la información periodística incorporada al proceso refleja un contenido informativo general, de común aceptación por los medios de prensa, y se refiere a hechos públicos o de relevancia política general.

Por lo demás, es pertinente precisar que sólo podrán asumirse con pleno valor probatorio aquellos contenidos que de modo objetivo son introducidos por el profesional autor de la información, con lo que se excluye los juicios de valor que puedan introducirse en una nota periodística. (...) En consecuencia, los artículos periodísticos pueden ser un medio idóneo para acreditar y dar certeza de las conductas objeto de enjuiciamiento; en especial, la existencia de la noticia en los diarios sí es prueba de la repercusión pública que tiene el acontecimiento o hecho determinado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido al respecto que los recortes periodísticos no tienen el carácter de prueba documental propiamente dicha tal vez por la circunstancia de no tratarse de un medio de prueba 'típico', pero podrán ser apreciados cuando recojan hechos públicos o notorios, declaraciones de funcionarios del Estado o cuando corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios recibidos en el proceso (13). En la Sentencia IVCHER BRONSTEIN VS PERÚ, llegó a decir reforzando su valor probatorio que los artículos periodísticos son instrumentos idóneos para verificar, junto con los demás medios aportados, la veracidad de los hechos del caso (14).

En suma, las publicaciones periodísticas son medios de prueba admisibles, valorables junto con otros de modo conjunto y global; no son testificales, por lo que no es de someterlos al régimen de estas últimas. Como tal, pueden ser valorados al margen de las reglas sobre el testimonial y, por ende, no es de acudir a la figura del testigo de referencia, pues se está ante una noticia objetiva que, además, es de dominio público en tanto se cumplan, claro está, las dos condiciones arriba indicadas: reflejan hechos incontrastables o declaraciones de personalidades sociales o funcionarios públicos, y no han sido cuestionadas o desmentidas“.

1.9. Diferencia entre fuentes de prueba y medios de prueba

“Sin duda alguna para analizar con propiedad la función de un libro en un proceso penal debe partirse de la diferenciación entre fuente y medio de prueba. *Fuentes de prueba* es un concepto extraprocesal, que consiste en objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión judicial. Mientras que *medios de prueba* son los instrumentos procesales a través de los que las fuentes de prueba se incorporan al proceso y sólo existen dentro de un proceso, regidos por normas procesales que establecen los supuestos y las formas en que la fuente de prueba puede aparecer dentro del proceso (15)“.

1.10. Valoración probatoria de libros de diversos testigos

“... un libro, una noticia o recorte periodístico o un plano o croquis o una grabación es una fuente de prueba y como tal puede ser introducida al proceso si se asume un concepto amplio de documento y desde una perspectiva dinámica, como cosa mueble o soporte material apto para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado: datos, hechos o narraciones, sin duda un libro es un documento en el que se relatan hechos de relevancia para el caso (16), más propiamente es de otorgarle un valor de prueba documental de carácter privado. Empero, no toda declaración extraprocesal de una persona, de un testigo, es y debe ser siempre incorporada por medio del procedimiento de la prueba testimonial. Si se trata de un libro en el que ha dicho algo, de una grabación televisiva que contiene una entrevista e incorpora lo relatado por una persona, etcétera se incorporará al proceso por medio del mecanismo más apropiado a su naturaleza, siempre que se respete la oralidad, la intermediación y la contradicción en su ejecución

No es posible, por consiguiente, reducir todas las manifestaciones de una fuente: el testigo, a declaración testifical en el juicio oral, pues ello daría como resultado excluir de esa fuente aspectos de importancia decisiva, pues son extraprocesales. Cualquier manifestación proporcionada por un testigo es una fuente de prueba, valorable si se introduce al proceso mediante cualquier medio que se adapte a su naturaleza.

Es más, en el caso de los testigos que han declarado en el acto oral y han publicado un libro o un artículo determinado, no es el examen de ellos en el juicio lo que se incorpora dando valor sólo a lo que sea objeto de interrogatorio, sino el contenido del escrito. El interrogatorio no sirve para dar valor probatorio a la información, sino para confirmar su veracidad y garantizar la contradicción.

Los libros, incluso las entrevistas, contienen declaraciones espontáneas, no son interrogatorios en forma; y, como no son testimoniales no deben someterse al régimen procesal de éstas, porque conforme a su naturaleza no lo son. No se les puede exigir los requisitos de una declaración ni que se han de producir ante el juez o en el juicio. Las informaciones o afirmaciones contenidas en un libro son públicas y voluntarias e implican la manifestación de un conocimiento ante la sociedad. No pueden ser desconocidas por entender que no son testificales, lo cual no significa que sus autores puedan ser llamados a declarar, en cuyo caso habría dos pruebas: la instrumental y la testifical, que significan realidades procesales diferentes. En este último caso, por un lado estarían los documentos en que se incorporan manifestaciones extraprocesales que han de llevarse al proceso normalmente por la vía documental, y por otro lado el interrogatorio de sus autores en el juicio, que es otra prueba, diferente de la anterior, aunque en una apreciación conjunta ha de valorarse de forma común.

La prueba documental, admitido que el libro es una fuente válida de información para el proceso, consistirá en su lectura, sin más. No hace falta su ratificación, ni que el autor sea interrogado sobre todos los hechos relatados en el mismo e interrogado sobre sus términos. Cuestión distinta es, desde luego, el valor probatorio respecto de la información incorporada que cabe otorgar al libro. Mucho dependerá de su contenido y, luego, si puede confirmar datos incorporados por otros medios de prueba o éstos puedan avalarlo (17)“.

1.11. Valoración probatoria de declaraciones contradictorias

“Las declaraciones de un testigo deben someterse a un serio análisis de credibilidad, y si éste ha declarado sobre los mismos hechos en otras sedes, es del caso tenerlas en cuenta y valorarlas cumplidamente. Sin duda la falta de uniformidad del conjunto de las declaraciones de un testigo, incluso de un imputado o de un experto, no contribuye a un primer juicio de atendibilidad, pero es del todo posible una retractación o un cambio de versión, por lo que en este caso para estimar cuál de las versiones es la más arreglada a lo acontecido que es un problema de credibilidad, no de legalidad, en tanto elemento esencial para formar la convicción sobre el fundamento fáctico debatido debe analizarse tanto internamente el conjunto de testimonios como en relación con los demás recaudos probatorios de la causa es una exigencia de razonabilidad valorativa, que se profundiza cuando es del caso optar por la declaración sumarial, en función de su falta de intermediación y de la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral, y por ello ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva, que exige corroboración por otras circunstancias periféricas o por medios probatorios (18). Compete al Tribunal contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia (19).

Es factible, por consiguiente, con las debidas cautelas, otorgar mayor credibilidad a una declaración frente a otra, incluso a las prestadas en otra sede y ante la autoridad fiscal, policial y congresal por tratarse, propiamente, de diligencias de investigación, que a las prestadas ante el Tribunal enjuiciador si resulta más coherente en atención a las concreciones que formula, a los datos que proporciona, a la presencia de otros (sic) circunstancias periféricas o a la concurrencia de hechos o indicios externos que le doten de objetividad bastante credibilidad objetiva para hacer razonable su valoración favorable frente a la otra declaración (20). Es indudable, por otro lado, que las declaraciones de contraste, del mismo testigo, deban aflorar en el curso del juicio o del interrogatorio por cualquier medio que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna”.

1.12. Valoración probatoria de conversaciones grabadas subrepticamente

“El derecho al secreto de las comunicaciones tiene un *carácter formal* [Ejecutoria Suprema del catorce de mayo de dos mil siete, Recurso de Nulidad número 9262006/AV, Cuarto FJ]. Protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados. Su objeto es la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado (21), pero el derecho al secreto de las comunicaciones lo es con independencia del contenido de la comunicación (22), que pueden ser íntimas o no. En el presente caso no hay afectación a este derecho fundamental en la medida que la grabación no fue realizada por orden de uno de los intervinientes en el proceso de comunicación (23). Si la norma constitucional protege la comunicación y no lo comunicado, en consecuencia, ninguna infracción cabe apreciar si alguno de los titulares de la relación informativa divulga la noticia, salvo claro está que la información afecte al derecho a la intimidad (24); no hay secreto cuando se narra algún hecho o se formula un comentario a un interlocutor.

El derecho a la intimidad personal, por el contrario, tiene un contenido o *carácter material*. En virtud a él, afirma el Tribunal Constitucional, la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social (STC número 67122005HC/TC, del diecisiete de octubre de dos mil cinco). Este derecho incide y protege determinadas manifestaciones de la vida privada revestidas de una protección especial por venir directamente relacionadas con la dignidad y el desarrollo de la propia personalidad.

En el presente caso, como la materia captada no entra en ese ámbito personal, propio de la privacidad o susceptible de una protección legal expresa, no sólo porque los intervinientes en el proceso de comunicación exteriorizaron sus pensamientos y puntos de vista voluntariamente y sin coacción, sino porque las propias conversaciones tenían trascendencia pública en función de los temas tratados, éstas derivan de la gestión pública de por lo menos uno de los participantes en ella: no está siquiera en juego su vida íntima o privada, y se realizaron en una sede pública, en el despacho oficial de un funcionario público. Por lo demás, si las conductas que ella entraña pueden constituir delito público o proposiciones delictivas, no existe interés constitucional por el secreto (25)”.

1.13. Valoración probatoria de documentos presentados durante proceso de colaboración eficaz

“(…) Una de las características esenciales del procedimiento de colaboración eficaz es, propiamente, la verificación de la veracidad de la información que proporcione el solicitante, a partir de la cual el juez determinará la procedencia y extensión del beneficio premial. Sin embargo, la ley no prohíbe el aporte o utilización de documentos en general a procedimientos en curso antes que culmine el procedimiento originario donde fueron aportados inicialmente. Muchas pueden ser las causales o circunstancias que determinan la utilización anticipada de esa información la ley no introduce limitación alguna, pero a su vez corresponderá al juez de la causa donde esa información se aporte valorarla autónomamente y darle el valor que corresponda en correspondencia con las demás pruebas actuadas. La incorporación de ese material probatorio, por lo demás, no entraña afectación alguna al derecho de la parte acusada ni le genera indefensión, desde que la conoce y está en condiciones de observarla y ofrecer el descargo que corresponda. Lo que se aporta en sede de colaboración eficaz y las decisiones que éste entraña, en modo alguno condicionan el aporte probatorio, y el análisis y decisión que deberá dictarse en otras causas, pues es obvio que deberán sopesarse y revisarse en comparación y contraste con el propio material que corra en ellas”.

1.14. Valoración probatoria de documentos desclasificados del Departamento de Estado de Estados Unidos

“No hay duda que tales documentos constituyen un medio de prueba valorable por el Tribunal para la dilucidación de los hechos y responsabilidades consiguientes (26). Es de tener en cuenta, como referencia inicial para su análisis, que fueron realizados por terceros funcionarios estadounidenses en el marco de sus tareas diplomáticas sin mayor interés personal en los hechos que reseñaban de manera contemporánea a su desarrollo y reflejan informaciones brindadas en varios pasajes por “fuentes de inteligencia” que caracteriza el intercambio de información en esta actividad (27).

Desde luego no es posible fundar un juicio acerca de la realidad de los hechos y de la autoría imputada al acusado (...) exclusivamente en esos documentos; su sola mención y análisis individual no permitirá rechazarlos o darlos por acreditados. En consecuencia, el valor que cabe atribuirles es sólo referencial o, mejor dicho, limitado, y necesariamente debe ser contrastado con otras evidencias aportadas a la causa (...); podrán servir, en todo caso, para corroborar los testimonios y prueba documental que obra en autos, no tienen un valor probatorio en sí mismos (28).

Es claro, como ya se dejó indicado, que no es de recibo, ante la información contenida en un documento, en tanto ésta ha sido proporcionada por una persona determinada, entender que la fuente de prueba es aquélla y que, en tal virtud, la información debe incorporarse sólo por medio de la prueba testifical. La información está contenida en el documento, es una manifestación que consta en dicho instrumento extraprocesal. Es cierto que las personas referidas han podido ser citadas como testigos las partes, todas ellas, decidieron no hacerlo y ser interrogadas en el acto oral, pero en este caso el interrogatorio servirá a dos fines: como testifical y como elemento de adveración del documento, es decir, como una especie de cotejo de este último”.

1.15. Valoración de sentencias previas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre casos penales

“(…) es de anotar que, sin perjuicio de los hechos declarados probados, la relevancia jurídico penal de aquellos, la aplicación e interpretación de las normas penales pertinentes y, en su caso, la individualización de la pena son de competencia exclusiva del Tribunal Penal. La CIDH no declara la inocencia o la culpabilidad de una persona en sede internacional se dilucida la responsabilidad internacional del Estado por una infracción de las normas convencionales; y, es en sede del proceso penal donde se actuaran las pruebas necesarias para un pronunciamiento definitivo acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado de no ser así, resultaría innecesaria la fase probatoria del proceso penal. La responsabilidad internacional del Estado tiene sus propios criterios de imputación, que no pueden extenderse automáticamente al campo de la responsabilidad penal aunque éstos, también es verdad, no pueden obviarse sin más, para lo cual se requiere una sentencia, que será condenatoria si se enerva la presunción de inocencia, lo cual no excluye por cierto tomar como un elemento importante ambos fallos internacionales (29), con un peso de persuasión calificado, en especial, por el ámbito común de apreciación, los hechos contextuales y patrones de comportamiento del Estado y, por cierto, de sus dirigentes en un momento determinado.

En lo atinente a las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en los procesos de amparo o hábeas corpus que interpusieron los procesados tanto por estos hechos (...) es de aplicar, en lo esencial, los mismos razonamientos. (...)

En consecuencia, no puede descartarse sin más el valor y trascendencia de los fallos de la CIDH y del Tribunal Constitucional. Las declaraciones jurídicas que contienen deben ser respetadas en lo que ello importe de afirmación e interpretación de los derechos convencionales y fundamentales o constitucionales de la persona. El proceso penal, así ordenado por ambos tribunales cuando amparan las pretensiones de protección convencional o constitucional, tiene un objeto propio y reglas específicas, que no obstante ello no puede desconocer en su esencia lo que ha sido definido en sede internacional o constitucional, pero tampoco negar lo que otras evidencias puedan aportar ni las reglas de imputación del Derecho penal”.

1.16. Valor probatorio del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación

“El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (...) es un instrumento de justicia transicional de carácter interdisciplinario, cuya labor se centró en el descubrimiento de la verdad (30) de lo sucedido en el país durante el conflicto interno (31), en la justicia y en las reparaciones reconstruir la historia de los años de violencia y, además, contribuir a que haya una recomposición del país desgastado y quebrado durante esos años, y a que no se repitan experiencias como estas, objetivos distintos a los estrictamente judiciales (32). No sólo se entregó setenta y tres casos judicializables (33), también se formuló un Plan Integral de Reparaciones. Se obtuvieron diecisiete mil testimonios y se cuantificó el número de víctimas, clasificándolas debidamente papel en que tuvo trascendencia la labor de sociólogos y estadígrafos (34). A partir de la base de datos que se elaboró con el conjunto de testimonios y comunicaciones, incluso oficiales, recibidas se construyeron los casos jurídicos y los estudios en profundidad, a la par que se utilizó es de insistir una metodología interdisciplinaria (35) (...)

El Informe Final de la CVR es un documento público la CVR fue un organismo creado por el Poder Ejecutivo con un objeto determinado, ya establecido, de eminente trascendencia pública, y quienes la integraron fueron designados por un acto oficial, revistieron la calidad de funcionarios públicos, por lo que las actuaciones que realizaron y la documentación que generó revisten esa naturaleza o carácter. Su valoración dependerá de las características de los hechos que aborda, del ámbito y naturaleza de sus conclusiones, de los aportes que proporcione.

1. Es evidente, por un lado, que, en aquellos hechos respecto de los que insta su judicialización, no podrá darse por probado judicialmente lo que presenta por su sólo mérito (36). Por lo demás, así lo ha sostenido esta Corte Suprema en la causa número 15982007/Lima, FJ 17°, al señalar que “...las conclusiones del citado Informe [el Informe Final de la CVR] no son vinculantes al órgano jurisdiccional, más allá de reconocer su calificado valor jurídico y fuente de referencia”.

2. Sin embargo, otro será el criterio respecto de *hechos contextuales*, es decir, de aquellos que se refieran a la situación general del fenómeno subversivo y a la conducta de los agentes del Estado para enfrentarlo. Las características del Informe Final, el material que le sirvió de análisis que recopiló, organizó y comparó y los métodos utilizados su carácter interdisciplinario, científico y las contrastaciones que merecieron las fuentes y base de datos que se construyó al efecto, como consecuencia de la tarea impuesta por la norma de creación permiten otorgarle esencialmente a la constatación de situaciones fácticas que realizó valor probatorio calificado, salvo que prueba concreta o información judicial consolidada enerve su valor lo que no se ha producido en el caso de autos (37). Este Supremo Tribunal, en la Ejecutoria Suprema número 9182006/Junín, del siete de junio de dos mil seis, Fundamento Jurídico Tercero, asumiendo este criterio, en *primer lugar*, que declaró el Informe de la CVR tiene el carácter de documento público; y, en *segundo*, sustentó parte de la declaración de hechos probados en la descripción del plan de ataque al anexo de Pichanaki a consecuencia de lo cual se dio muerte a numerosos miembros de una comunidad ubicada en el citado anexo del Delta del Distrito de Pichanaki.

3. Desde esta perspectiva, la CIDH en numerosos fallos en los que ha sido parte el Perú le ha reconocido mérito probatorio. Así, en la SCIDH Cantoral Huamaní y otros, párrafo noventa y dos, del diez de julio de dos mil siete, precisó: “...esta Corte ha dado especial valor al informe de la CVR como prueba relevante en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional del Estado peruano en diversos caso que han sido sometidos a su jurisdicción (38)”. En la SDCIDH La Cantuta, párrafo doscientos veinticuatro, literal b), dijo: “...el trabajo de dicha Comisión constituye un esfuerzo muy importante y ha contribuido a la búsqueda y determinación de la verdad de un período histórico del Perú. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en ese informe no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad también a través de los procesos judiciales...”.

4. El Tribunal Constitucional, en la misma tesitura de la CIDH, asumió el valor probatorio del Informe Final de la CVR y, sobre su mérito, declaró, por ejemplo, que dicho Informe constató que los hechos atribuibles al autodenominado Grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos, expresados en hechos como las desapariciones de La Cantuta y del periodista Pedro Yauri, así como los asesinatos de numerosos estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos [STC 27982004HC/TC, del nueve de diciembre de dos mil cuatro, párrafo veinticinco, Asunto Vera Navarrete].

En conclusión, a partir del Informe Final de la CVR, puede afirmarse con certeza que las numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones arbitrarias perpetradas durante los años mil novecientos noventa mil novecientos noventa y tres, aquellas atribuidas a agentes del Estado (39), configuraron una práctica sistemática y generalizada, y en determinadas circunstancias especialmente en las zonas declaradas en Estado de Emergencia, selectiva. Además, se siguió un modus operandi estándar, básicamente en el caso de las desapariciones forzadas”.

1.17. Valoración probatoria de las sentencias emitidas luego de procesos de colaboración eficaz

“El procedimiento por colaboración eficaz regulado por la Ley número 27388, aceptado incluso por el nuevo Código Procesal Penal, en cuya virtud se optó por el mecanismo de justicia penal negociada, materializa procesalmente el denominado “*derecho penal premial*”, que descansa en la figura del “*arrepentido*”. Su filosofía está determinada por la necesidad de combatir la impunidad y de romper la ley del silencio que impera en la criminalidad organizada, así como para servir de instrumento de prevención de la comisión de delitos de gran daño social. Uno de los principios en que se asienta este proceso especial es el de *eficacia*, de suerte que la colaboración que ofrece el delincuente a la justicia resulte útil, a partir del cual es de destacar que la delación y la información que se acompañe sea relevante, esto es, permita descubrir hechos delictivos y acreditar la participación de otras personas. La información debe ser auténtica, completa y veraz, y la sentencia que se emita, en tanto reconozca beneficios premiales a quienes han delinquido, debe compulsar la magnitud de los cargos aceptados o no cuestionados (40) y el aporte informativo acreditado que realice el colaborador de ahí que una de las fases esenciales del procedimiento en cuestión es la de corroboración fiscal (artículo 6°, segundo Párrafo, Reglamento).

Sobre la base de un conglomerado de información acerca de la presunta intervención delictiva del imputado arrepentido sustancialmente existen investigaciones o procesos en giro contra él, éste voluntariamente se decide a colaborar con la justicia, aceptando o no cuestionando los cargos. El control del órgano jurisdiccional respecto del Acuerdo de Beneficios y Colaboración es limitado en este punto pues sólo exige la voluntariedad del sometimiento al procedimiento y el conocimiento asistido de los alcances del mismo, así como la presencia de indicios de criminalidad o “causa probable” de participación en los delitos objeto de imputación y a partir del cual negocia un beneficio premial. Otro ámbito del control jurisdiccional tiene que ver, más allá de las autorizaciones legales correspondientes en orden al sujeto y objeto del procedimiento, a los beneficios acordados y a las obligaciones impuestas, con el juicio de proporcionalidad entre la entidad de la información corroborada, la dimensión de los cargos y la responsabilidad por el hecho (...)

Las sentencias de colaboración han aprobado los acuerdos por considerar que cumplen los requisitos legales y superan el canon de proporcionalidad. Se trata de sentencias firmes, cuya legalidad, proporcionalidad y mérito jurídico no es posible negar o descartar en esta sede. Que una información se considere corroborada o no en el procedimiento de colaboración eficaz no es materia de control en esta causa; los defectos que pueda tener no pueden ser ventilados en el proceso contradictorio.

No obstante ello, es evidente que lo que esas sentencias reconozcan respecto del contenido, existencia y validez de una determinada información que afirmen que ésta se corroboró no predetermina la valoración, el juicio histórico que el Tribunal deba realizar en el proceso contradictorio que tenga lugar como consecuencia o en relación con las informaciones vertidas por el arrepentido. Es claro que en sede penal las sentencias no son prejudiciales respecto de otras futuras referidas a otros encausados. Obviamente la declaración de hechos probados tiene un valor documental público evidente, pero no predeterminan o anticipan el fallo en un mismo sentido de otras causas penales. (...)

En consecuencia, no existe mérito para excluir del acervo probatorio las sentencias de colaboración eficaz, sin otorgarle o reconocerle efectos prejudiciales. La posición de los arrepentidos, respecto de sus anteriores declaraciones, es un problema de valoración del testimonio, no de legalidad de su apreciación (41)(...)

1.18. Procedimiento de acusación constitucional y garantías del debido proceso

“La naturaleza política del juicio parlamentario, sin perjuicio de valorar si existen indicios de criminalidad en la conducta atribuida a un Alto Funcionario, y su efecto de levantar la prerrogativa funcional de que está investido y, en relación con la jurisdicción penal ordinaria, su actuación como mera entidad acusadora entendida en un sentido amplio, está claramente consolidada. También lo está que desde el Derecho procesal la decisión del Congreso se erige como una condición o requisito de procedibilidad, un presupuesto procesal que condiciona la iniciación y validez del proceso penal, pero nada más (42).

Por consiguiente, por sus efectos políticos, no es posible equiparlos al proceso jurisdiccional penal la investigación parlamentaria sólo produce efectos o consecuencia políticas en el seno de los órganos del Poder Legislativo, no impone sanciones penales, que dilucida la realidad de un hecho su meta es el esclarecimiento del mismo y la responsabilidad de una persona, y en su caso determina la aplicación de la ley penal, la imposición de una pena o medida de seguridad, sin perjuicio de la reparación civil. Si bien, extrañamente desde la perspectiva del Derecho comparado, la resolución acusatoria de contenido penal del Congreso tiene efectos vinculantes para el inicio del proceso penal, ello en modo alguno 'transforma' el antejuicio político en uno de naturaleza jurídico o jurisdiccional.

Desde esta perspectiva no pueden trasladarse en absoluto todas y cada una de las exigencias o garantías del proceso jurisdiccional al antejuicio político. Desde luego, el derecho de defensa tiene que ser respetado en su contenido esencial: conocimiento de cargos, asistencia letrada, intervención en la actuación de los actos de investigación, y posibilidad de alegar y controvertir los cargos. En el caso del procedimiento parlamentario, como ha quedado expuesto, el acusado tiene derecho a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. En esta perspectiva, a diferencia del proceso penal, por los derechos en pugna y los efectos que la pena entraña, en el procedimiento parlamentario de antejuicio político la defensa, en referencia a la asistencia letrada, está circunscripta al derecho, que no puede ser impedido u obstaculizado, de nombrar un abogado de confianza, no es una obligación del Estado hacerlo ante la ausencia de tal designación que sí es el caso del proceso penal [STEDH del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y nueve, Asunto Van Geyselhem]-.

En esta línea el Reglamento del Congreso sanciona la defensa jurídica como derecho no como obligación estatal que exija al cuerpo legislativo del Estado a designar un abogado si el acusado no lo hace, más aún como derecho potestativo de modo que el acusado puede no nombrar abogado, su incomparecencia, caso de haberlo nombrado, no suspende el acto y basta al efecto, para cumplir con las exigencias legales, con la notificación al acusado que es lo que se ha cumplido en el *sub lite* para que haga uso de su derecho (43). (...).”

1.19. Valoración de la prueba indiciaria

“La corrección de esta modalidad de prueba o, más específicamente, modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso plenamente aceptada por la Corte Suprema de Justicia [Acuerdo Plenario número 12006/ESV22, del trece de octubre de dos mil seis, que declara que constituye precedente vinculante la Ejecutoria Suprema número 19122005/Piura, del seis de septiembre de dos mil cinco], que no es más insegura ni subsidiaria que la prueba directa, pasa por el cumplimiento de un conjunto de requisitos materiales y formales. Destaca, de un lado, (i) la existencia, como regla general, de una pluralidad de hechos base, hechos indiciantes o indicios, debidamente acreditados conforme a las exigencias del derecho probatorio el indicio debe poder tomarse como procesalmente cierto, lo que implica que sean *fiabiles* (44), los mismos que deben ser periféricos o concomitantes respecto al dato fáctico a probar, y estar interrelacionados con el hecho nuclear, que es la exigencia de pertinencia la calidad probatoria de los indicios es fundamental, deben estar bien establecidos en el proceso, y su poder de indicación debe ser tal que lleven derechamente al hecho que se trata de establecer; y, de otro lado, (ii) la racionalidad de la inferencia obtenida entre el hecho indiciario o indiciante y el hecho consecuencia o delictivo ha de existir una conexión natural, o enlace lógico o causal, una absoluta armonía, que permita efectuar la inferencia sin ninguna otra posibilidad alternativa razonable.

Es del caso, por consiguiente, identificar los distintos indicios o datos incriminatorios en función a las exigencias de fiabilidad y pertinencia, que importa la determinación de la suficiencia de los indicios seleccionados a partir de la actividad probatoria llevada a cabo, los mismos que permitirán, a su vez, construir el juicio de inferencia, cuya razonabilidad debe estar sustentada en las máximas de la experiencia, reglas de la lógica o principios científicos. Ambos elementos o requisitos deben explicitarse en la sentencia requisito formal.

Dos prevenciones se deben tener en consideración:

1. La valoración de los indicios, como es obvio, no debe efectuarse aislando uno a uno los indicios de cargo. Éstos deben ser valorados en su conjunto, y a partir de ellos debe sustentarse la inferencia lógica (45). Desde luego se requiere, como requisito añadido, la inexistencia o insuficiencia de conindicios (hechos base que sustentan la prueba de lo contrario, cuyo acaecimiento de probarse impide aceptar lógicamente que el hecho debatido o haya sucedido).

2. La atendibilidad de la máxima de experiencia, que vincula el hecho indiciante o hecho base con el hecho indiciado o hecho consecuencia, que permite entender que la conclusión se deriva de la prueba practicada:

(i) debe estar asentada en conocimientos generales o en conocimientos científicos; (ii) no deben existir máximas de experiencia aplicables igualmente fundadas, esto es, que no sea posible alcanzar conclusiones alternativas que gocen de un mismo grado de probabilidad; y, (iii) la conclusión del razonamiento indiciario no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados (46). Si la conclusión sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado resulta unívoca u objetivamente unívoca, que excluya una interpretación de los indicios que conduzcan a entender que los hechos pueden haber sucedido de forma distinta al hecho principal, entonces, debe entenderse que se ha desvirtuado la presunción constitucional de inocencia y, por ende, que la condena está materialmente justificada con pleno respeto del principio de proscripción de arbitrariedad”.

2. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE INTERÉS

2.1. Derecho a la libertad personal en estados de emergencia y golpes de Estado

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

Sin embargo, la garantía judicial del hábeas corpus no puede ser objeto de suspensión, tal como lo determinó enfáticamente la CIDH en las Opiniones Consultivas número 8/87, del treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete, y 9/87, del seis de octubre de mil novecientos ochenta y siete (47). Bajo esa misma perspectiva, debe anotarse desde la medida del control de causalidad del Estado de Emergencia que los poderes que de ella emergían estaban circunscriptos al control de las acciones terroristas, a todos a quienes razonablemente podían estar vinculados con esas conductas delictivas y a las organizaciones que las promovían y sustentaban (48).

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

2.2. Circunstancias agravantes del delito de secuestro

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

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

4.El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes (49). Si se excluye la tortura, que se considera una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante Declaración de Naciones Unidas contra la tortura de mil novecientos setenta y cinco, debido a que no son comportamientos cerrados entre los cuales exista una línea divisoria precisa (50), es claro que el *trato cruel*, en tanto en cuanto es infligido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia sujeto activo cualificado , puede ser definido como aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento pero que por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se le pueda calificar de tortura ni lesiones.

Se ha impuesto en la jurisprudencia internacional, como explica REMOTTI CARBONELL, la utilización de criterios de gravedad y dañosidad, matizados a partir de factores endógenos y exógenos, todo lo cual deberá ser apreciado en cada caso concreto (51). Empero, esas referencias de Derecho Internacional, deben delimitarse en función a las exigencias normativas del tipo legal de secuestro agravado, al conjunto de circunstancias que incorporan y, por tanto, fijan el nivel normativo o la entidad necesaria para su calificación de una conducta determinada como “trato cruel”.

5. En este caso es de tener presente que los que privaron y mantuvieron privados de la libertad a los agraviados fueron agentes públicos en cumplimiento de órdenes superiores ostensiblemente ilícitas, claro está. A las víctimas se las condujo a centros ilegales de privación de libertad (...) Desde luego, no se cumplió ningún procedimiento regular, legalmente previsto en especial comunicación de cargos e información oficial, pública, de su paradero y situación jurídica, y esas medidas se produjeron en un contexto de alteración del orden constitucional o del ejercicio del poder de un gobierno autoritario (52). (...)

6. Los agentes públicos involucrados actuaron con manifiesta ilegalidad y prepotencia (...), que se dio en un contexto de un régimen autoritario, del que las víctimas no podían esperar un trato predecible ni formalmente amparado en las normas jurídicas preexistentes, tanto más si se las condujo y recluyó en una institución impropia, que pertenecía a los servicios secretos del Estado, de por sí profundamente intimidante, que incluso hacía temer por su suerte. Es obvio, como acotó la CIDH, que el sentimiento de miedo de las víctimas, de temor por su suerte, se agravó no sólo por la propia ilicitud de la privación de libertad o acto de secuestro que ahondó la vulnerabilidad intrínseca de aquélla sino, además, por las circunstancias en que ésta operó, derivadas del lugar de detención, de quienes lo custodiaban, y de las características del régimen político que las sustentaban (53). El comportamiento cruel de quienes ordenaron y ejecutaron el acto de secuestro y de los custodios y autoridades que mantuvieron el secuestro (...) se expresó (i) en la forma de la detención ejecutada por agentes públicos (...), (ii) en las características del traslado de los agraviados (...) rastillaje de las armas, ocultamiento de la identidad de los aprehensores, evitación del reconocimiento del detenido por otros efectivos militares, y (iii) en los calificativos utilizados, inicial aislamiento y en los anuncios de la severidad de las consecuencias que la conducta atribuida acarrearía a los agraviados, y en la ausencia de definición de su situación jurídica, pese a expresar como así lo hacía notar una operación realizada por agentes públicos y, por ende, con una dimensión abusiva o arbitraria que hacía evidente en las víctimas la falta de protección jurídica y de seguridad y tranquilidad personales. (...).

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

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

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

(i) Una circunstancia agravada de segundo grado es la que incorporó la Ley número 26222, del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y tres, sin modificar la circunstancia agravada de primer grado de trato cruel. En este supuesto el autor debía ocasionar a la víctima graves daños en el cuerpo o en la salud física o mental, u ocasionarle la muerte. Las lesiones graves, según las exigencias normativas de nuestro tipo legal, serían compatible, en un determinado ámbito, con las torturas. Ello significa, que el trato cruel no puede identificarse con actos de tortura que da cuenta de la gravedad de las conductas y de las consecuencias en perjuicio de la víctima (54). La lesión grave y, obviamente, la muerte, no integran la circunstancia de “trato cruel”, pues de presentarse se integran a esta circunstancia especialmente agravada, de suerte que representa una entidad objetiva menor.

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

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

2.3. Tipo penal de Asesinato bajo las circunstancias de ferocidad y alevosía

"Es materia de análisis el delito de asesinato, bajo las circunstancias de ferocidad y alevosía. El asesinato por ferocidad significa dar muerte a una persona a partir de un móvil o motivo fútil, inhumano. Es una circunstancia que pertenece a la esfera de la culpabilidad, en cuanto categoría que alberga la formación de la voluntad del agente criminal (...) refleja un ánimo perteneciente a la esfera subjetiva y personal del agente (55).

El asesinato por alevosía resalta una determinada circunstancia de ejecución, en cuya virtud el agente asegura la ejecución y evita los riesgos de la defensa por parte de la víctima propiamente, es una circunstancia que comporta un mayor desvalor de la acción, una mayor peligrosidad objetiva de la conducta del agente (56), sin que se descuide el aspecto subjetivo del agente, que alude al ánimo de procurarse, a partir de los medios, modos o formas que utiliza en la ejecución del hecho, la indefensión del sujeto o de aprovecharse de ella (57). La Ejecutoria Suprema del seis de julio de dos mil cuatro, número 9992004/Tacna, se afilia a su carácter de circunstancia mixta.

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

La jurisprudencia de la Corte Suprema alude a un comportamiento delictivo realizado sin ningún motivo ni móvil aparente explicable, por un instinto de perversidad o por el solo placer de matar [Ejecutorias Supremas del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, número 234399/Ancash, y del veintidós de enero de mil novecientos noventa y nueve, número 4406 98/Lima]. Asimismo, también menciona que el motivo o móvil es insignificante o fútil, o inhumano, desproporcionado, deleznable y bajo [Ejecutorias Supremas del doce de enero de dos mil cuatro, número 28042003/Lima Norte; veintiuno de enero de dos mil cinco, número 39042004/ La Libertad; y, nueve de septiembre de dos mil cuatro, número 14882004].

Existe, en virtud de lo expuesto, una desproporción del motivo que le da origen con la gravedad de la reacción homicida, a cuyo efecto es posible identificarla en homicidios perpetrados por regocijo perverso, lujuria de sangre, vanidad criminal, espíritu de prepotencia, soberbia, etcétera (58). No se trata aclara HURTADO POZO (59) de la simple ejecución torpe, cruel o brutal; es de valorar, en la línea postulada por BRAMONT ARIAS, el móvil con que actúa el agente, su instinto sanguinario, a partir de lo cual debe ser desproporcionado, deleznable y bajo, que revelan en el autor una actitud inhumana, contraria a los primarios sentimientos de solidaridad social (60). A esto último se denomina perversidad brutal de la determinación (61).

La circunstancia de *alevosía*, tomada de la fuente hispana (62), requiere para su constitución de cuatro requisitos: **a) Normativo**, sólo aplicable a los delitos cometidos contra las personas; **b) Objetivo**, radicado en el '*modus operandi*' y se refiere al empleo de medios, modos o formas en la ejecución, tendentes a asegurarles, eliminando cualquier posible defensa de la víctima; **c) Subjetivo**, el agente ha de haber buscado intencionadamente, o al menos haberse aprovechado conscientemente, de perseguir eliminar toda resistencia del ofendido; y **d) Teleológico**, ha de comprobarse si en realidad, en el caso concreto, se produjo efectivamente una situación de total indefensión (63).

Lo relevante es, en *primer lugar*, el empleo de medios o modos que tiendan a asegurar la ejecución del homicidio; en *segundo*, la seguridad en su ejecución y la ausencia de riesgo para el autor; y, *finalmente*, la conciencia del agente de la situación de indefensión de la víctima y por la elección de los medios y formas de asegurar el homicidio (64).

Así ha sido recogido por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema [Ejecutorias Supremas del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, número 142599Cusco; y, del veinticinco de mayo de dos mil cuatro, número 8802004/Arequipa]. Lo decisivo en la alevosía ha de ser el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido (65)".

2.4. Crímenes contra la Humanidad

“Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad son aquellos que “...ofende[n] los principios generales del derecho y se convierte[n] en una preocupación de la comunidad internacional” (66). Han concitado la preocupación y reacción internacional desde los Convenios de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de mil ochocientos noventa y nueve y del dieciocho de octubre de mil novecientos siete en especial su párrafo octavo, y han ido evolucionando respecto a sus elementos, principalmente, con: **(i)** la Declaración del veintiocho de mayo de mil novecientos quince de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia; **(ii)** la Conferencia Preliminar de Paz de enero de mil novecientos diecinueve; **(iii)** el artículo 6°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco la noción de “crimen contra la humanidad” fue consagrada por primera vez de manera explícita por el citado Estatuto; **(iv)** el artículo 5°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente (67); **(v)** la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado del veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco; **(vi)** el artículo 5° del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia aprobado por Resoluciones número 808, del veintidós de enero de mil novecientos noventa y tres, y número 827, del veinticinco de mayo de ese mismo año, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; **(vii)** el artículo 3° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda aprobado por Resolución número 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro [ambos Estatutos contribuyeron a reforzar la punibilidad consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad (68)]; y **(viii)** el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho en vigor desde el uno de julio de dos mil dos, que formuló un tipo penal comparativamente más preciso, cuyas referencias más cercanas fueron, de un lado, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y del Lejano Oriente, y, de otro lado, los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda (69).

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

Por ello es de atender, para su debida identificación, a los elementos contextuales o a las circunstancias que son las que confieren a unos determinados hechos el carácter de crimen internacional que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves de veintinueve personas, y que en ese momento estaban legalmente previstas en nuestro derecho interno como delitos de homicidio calificado y lesiones graves, y que no se oponen a lo dispuesto en los artículos 45° y 46° del Código Penal. La norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, así como otros elementos (...) todos los cuales están debidamente predeterminados presentan límites suficientemente definidos por la aludida norma internacional consuetudinaria. La concurrencia de estas circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad (70), y que por ello permite la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal”.

2.5. Requisitos de los delitos contra la humanidad

“Si se entiende, conforme a la jurisprudencia internacional, que el crimen contra la humanidad es de una naturaleza especial con un grado mayor de inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes (71), requiere que se verifique:

1. Desde el *aspecto objetivo o material*, la concurrencia de determinados presupuestos que se han ido configurando y reconociendo en base al ordenamiento positivo o consuetudinario de protección a los derechos humanos. Específicamente, los requisitos exigidos por los instrumentos y tribunales internacionales se han referido siempre **(i)** a la condición del autor (órgano de poder estatal, o de una organización delictiva que ase facta de un territorio (72)), **(ii)** a la naturaleza de la infracción (actos organizados, y generalizados o sistemáticos el término 'generalizado', de orden cuantitativo, alude al número de víctimas, mientras que el adjetivo 'sistemático' contiene la idea de un plan metódico (73)), **(iii)** a la oportunidad de ejecución del ilícito (situación de conflicto interno o externo) (74), así como **(iv)** a las calidades y situación de las víctimas (población civil e indefensión (75)).

2. Desde el *aspecto subjetivo*, se requiere que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que la conducta es o será parte de un ataque generalizado o sistemático violencia organizada en contra de la población civil en desarrollo de un plan o política (76). Es claro que el Derecho Internacional consuetudinario no había reconocido nunca como crimen contra la humanidad cualquier comisión de un acto inhumano aislado, el acto debía ser parte de una campaña mayor de atrocidades cometidas contra civiles (77) (...)

En base a tal enunciado normativo, la doctrina ha enfatizado sobre el nivel estructurado, político y sistemático de los actos de agresión que configuran delitos contra la humanidad. Con relación a ello AMBOS ha señalado: *“El común denominador de un ataque sistemático es que se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido, destacando la naturaleza organizada del ataque. El ataque es sistemático si se basa en una política (policy) o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, i.e., las víctimas específicas...Este es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político sólo exige que se excluyan los actos casuales de los individuos que actúan solos, aisladamente y sin que nadie los coordine...Tales hechos delictivos comunes, aún si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por lo menos por algún Estado o una organización... Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa: deben ser por lo menos tolerados por esta”* (78).

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia en el asunto PROSECUTOR V. BLASKIC reconoce lo sistemático de un ataque en base a los siguientes indicadores, siempre inferibles del contexto: *“a) la existencia de un objetivo político, un plan de conformidad por el cual el ataque es cometido, o una ideología diseñada para destruir, perseguir, o debilitar la comunidad; b) la perpetración de un acto criminal a una escala muy grande contra un grupo de civiles, o el repetido y continuado cometido de actos inhumanos vinculados entre sí; c) la preparación y empleo significativo de recursos públicos o privados, sean militares o de otro tipo; d) la implicación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan metódico”* (79).

3. AUTORÍA MEDIATA

3.1. Concepto y formas de autoría mediata

“Se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. A esta última, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor. (...)

Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces.

La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacersele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita (80).

En la actualidad se admiten tres formas de autoría mediata. En todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material. Por consiguiente, *“el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito”* (81).

Inicialmente, sólo se reconocían dos modalidades de autoría mediata:

(1) La primera provenía del *“dominio por error”*, ya que en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que éste realizaba, o al darle al suceso donde aquél intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía.

(2) La segunda modalidad era la del *“dominio por coacción”*. Aquí, el hombre de atrás direccionaba la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar.

En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta sólo podía imputársele como obra suya.

(3) La tercera modalidad es conocida como “*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*” (...).

Es importante destacar que en torno a esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales (82) y extranjeros (83) que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquéllas (84). Esta interpretación discrepante sobre la posición dogmática del nivel superior estratégico, también se ha proyectado en la jurisprudencia nacional. En efecto, en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema caso Abimael Guzmán Reynoso del catorce de diciembre de dos mil siete un voto singular consideró la hipótesis de la coautoría (85). Al respecto el propio ROXIN ha aclarado que con relación a la coautoría “*falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier 'comisión conjunta' en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta*” (86). Y con referencia a la instigación ha sostenido que “*la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato*” (87).

3.2. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados

3.2.1. Concepto y presupuestos básicos

“La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la “*existencia previa de una organización estructurada*”. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.

En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, (i) la “*asignación de roles*”. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea (88) para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado que “*tampoco puede hablarse de “división del trabajo” lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden*” (89).

Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que (ii) desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el “*mecanismo funcional del aparato*” (90), esto es, su “*automatismo*” o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, pues, este “*funcionamiento automático del aparato*” lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden (91). Por tanto, no será indispensable que exista una disposición expresa y que esté contenida en un documento, por la que el nivel superior estratégico ordene directamente el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato. Sin embargo, ello no significará que aquél se aleje por completo del actuar concreto de la organización, sino, más bien, que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo y cumpliendo sus designios delictivos (...)

La identificación de las organizaciones jerárquicas que constituyen los aparatos de poder organizado, que sirven de base a la forma de autoría mediata que se analiza, requiere también de la constatación de la presencia de (...) presupuestos y requisitos funcionales. Estos son los siguientes: **1)** el poder de mando; **2)** la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; **3)** la fungibilidad del ejecutor inmediato; y **4)** la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho.

Estas condiciones marco deben ser analizadas de manera conjunta. No obstante, ello no significa su adición aritmética para configurar como resultado el dominio de la organización. Sino, más bien, que su evaluación debe hacerse caso por caso, evitando así una visión parcial, sesgada o desnaturalizada de su estructura y de su funcionamiento.

Para desarrollar un análisis adecuado y útil de estas condiciones marco, podemos examinarlas en dos niveles.

(A) Uno, de carácter objetivo que comprende **i)** el *poder de mando* y **ii)** la *desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder*. El primero de estos requisitos resulta trascendental para materializar el dominio de la organización; mientras que, el segundo, le dará mayor solidez a este dominio. Por tanto, cabe calificar a ambos como el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal.

(B) El otro, de carácter subjetivo, donde estarían ubicadas **i)** la *fungibilidad del ejecutor directo* y **ii)** su *elevada disponibilidad hacia la realización del hecho*. Estos dos requisitos subjetivos son consecuencia del propio automatismo y derivan de lo que ROXIN denomina la *“palanca del poder”* (92). Ello es trascendente, pues permite inferir que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por éste del evento criminal, conllevará a su *fungibilidad* o sustitución por la de otra persona interpuesta que tenga una mayor *predisposición a la realización del hecho típico*.

3.2.2. El poder de mando en la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados

“El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior del hombre de atrás de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque, como se detallará más adelante, el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que *el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado*.

(...) Es, pues, importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. La primera, desde el nivel superior estratégico hacia los niveles intermedios tácticos u operativos. Y, la segunda, desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, ya que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior imparte o trasmite sus decisiones, con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos, justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal. El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será, pues, distinto del que detenta el mando intermedio, ya que quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete (...)

1. El grado de responsabilidad penal también difiere para quien se encuentra en el escalón superior máximo y será mucho mayor que el que corresponde atribuir a quien se encuentra en un nivel intermedio. (...)
2. Cabe destacar, en este contexto, que el grado de reprochabilidad que ha de recaer sobre el titular del poder de mando será siempre más intenso cuando el origen del mismo parte de un marco de legitimidad formal. En estos casos, pues, corresponderá un mayor grado de desvalor, porque aquél abusando de su posición de dominio produce una doble afectación al sistema al crear y dirigir una estructura organizacional jerárquica y delincencial, a la vez que paralela y encubierta. Primero, por haberse alejado del orden legal establecido y que era la fuente del uso legítimo de su poder; y, luego, porque al ser conocedor del marco jurídico existente diseña y activa dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.

3. Es relevante precisar que quien actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando, sea como consejero o simple emisario de las disposiciones de los niveles estratégicos o intermediarios; o de quien sólo se limita a proporcionar los medios necesarios para la comisión del delito, sin posibilidad alguna de emitir órdenes, sólo podrá ser considerado como cómplice. Pero, para poder determinar este rol subsidiario a la cadena de mando será necesario reconocer la posición real que se ocupa dentro de la organización, así como el tipo de aporte que se realiza para la concreción de los hechos ilícitos. Por tanto, no resulta compatible con la configuración e intervención de este sector periférico o colateral la denominación de “mandos intermedios inferiores” que le asigna parte de la doctrina nacional (93). Sobretudo, porque el término “mando” implicará siempre la capacidad de emitir una orden basándose en el grado de dominio que se ejerce sobre la estructura criminal. Por tanto, todo aquél que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado, para la comisión del delito, deberá responder siempre como autor mediato.

4. Un caso particular que se ha de tomar en cuenta es el *poder de mando entre niveles intermedios* o lo que se podría denominar también la *posición de mando a mando*. Esta variante se presenta generalmente en aparatos de poder organizados complejos. Ahora bien, la presencia de una cadena de mandos intermedios no excluye la imputación de responsabilidad equivalente de unos y otros. En estos supuestos, es importante reiterarlo, todo aquél que se encuentra en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato, pues sus disposiciones permitirán que la estructura criminal siga activa.

5. Por consiguiente, no se puede admitir entre estos niveles de mando intermedio o secuencial, como causa de exculpación, el hecho de que “solamente se encargó de transmitir la orden” proveniente de otro mando. Ello debido a que su disposición y mando determinan también que la conducta punible se realice. Tampoco cabe argüir como eximente, en estos casos, el argumento de que “si no lo hubiera hecho otro se hubiera encargado de hacerlo” pues el mando intermedio tiene cabal conocimiento, por su posición en una estructura jerárquica, que su intervención será parte activa en la concreción de las conductas criminales que realicen finalmente los ejecutores. (...)

(...) la manifestación más característica del poder de mando es la orden. Esta debe entenderse como un mandato que dispone la realización de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite. Puede ser verbal o escrita. Sin embargo, también puede expresarse a través de signos o gestos. Por tanto, respecto a las órdenes, se pueden distinguir dos planos. En un primer plano, cabe ubicar las *órdenes formales* que adquieren tal condición en función de *disposiciones, directivas y mandatos*. En cambio, en un segundo plano se encuentran las *órdenes por su efectividad material*, es decir, las *señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole*. Cabe precisar que el titular del poder de mando puede, según los casos y las circunstancias de su intervención, dar a sus órdenes cualesquiera de las dos expresiones que se han detallado.

Las órdenes del primer plano son frecuentes en aquellas organizaciones que apartándose del régimen formal y legítimo que gobiernan su estructura, se desvían hacia la realización de fines delictivos. En estos casos, se busca aprovechar la base legal con la que se constituyeron para “disfrazar” la comisión de sus actos ilícitos. Así la utilización de órdenes del primer plano, llámense disposiciones, directivas, mandatos y/o normativas, etcétera, pueden coincidir o no con los procedimientos usuales del marco legal formal. No obstante, esto último resulta irrelevante ya que el aparato de poder viene actuando al margen del Derecho y con la finalidad concreta de realizar conductas punibles. Es más, las experiencias conocidas judicialmente sobre estructuras de poder organizado de naturaleza u origen estatal muestran que lo común es que no se registre en una disposición o documento el mandato ilegal, pues lo que es importante es el poder concreto, efectivo y real que se ejerce por el nivel de mando dentro de la organización y que los subordinados reconocen como tal (...)

Las órdenes del segundo plano se emplean, generalmente, por los aparatos de poder organizado que se han estructurado desde sus orígenes desvinculados totalmente del ordenamiento jurídico. Este es el caso de las organizaciones terroristas que persiguen la toma violenta del poder político”.

3.2.3. El apartamiento del derecho

“Otro presupuesto objetivo para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es la “desvinculación” o “apartamiento” del Derecho. Identificando a este último como un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas* (94) *generales y positivas que regulan la vida social* (95). El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el “Derecho del Estado” o el “Derecho nacional” (96). Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad (97). Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional.

En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.

Como advierte ROXIN, en estos casos, *“el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico”* (98). Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho. (...) él detectó que el poder estatal operaba al margen del Derecho ya que las propias garantías que éste regulaba no tenían efectividad. Sin embargo, ello no implicaba, necesariamente, que los detentadores de dicho poder no estuvieran finalmente regidos por el mismo orden jurídico, sobretodo en su dimensión internacional. Para ROXIN, pues, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: *“sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos”* (99). (...)

Otro supuesto de autoría mediata, por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, que reconoce ROXIN, se da en los delitos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones similares que colisionan con las normas internas del Estado. Es decir, que operan como *“una especie de Estado dentro del Estado que se ha emancipado del orden comunitario en general, o en determinadas relaciones de la comunidad”* (100).

En suma, para ROXIN el apartamiento o desvinculación del Derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de *“criminalidad organizada no estatal”* y en muchas *“formas de aparición del terrorismo”* (101). Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial. En consecuencia, pues, toda visualización y comprensión de la desvinculación o apartamiento del Derecho deben comenzar identificando si se trata del ámbito de la criminalidad estatal o de la criminalidad no estatal. Ello será fundamental para poder advertir, en cada estructura y manifestación delictiva, la presencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”.

3.2.4. Como criminalidad estatal

“Por las características y contenidos de la imputación en el caso *sub judice*, es relevante evaluar las expresiones y manifestaciones concretas de la autoría mediata que se gesta y opera como criminalidad estatal.

1. Al respecto, cabe destacar que ROXIN considera a la criminalidad de los aparatos de poder organizado estatal, como el *“prototipo de criminalidad organizada”* (102). Es más, como refiere ZAFFARONI (103), la criminología y la criminalística muestran que *“el crimen de estado es un delito altamente organizado y jerarquizado, quizá la manifestación de criminalidad realmente organizada por excelencia”*.

2. Es importante señalar que una particularidad trascendente de este tipo de delincuencia, radica en que el nivel superior estratégico del Estado, esto es, su autoridad central utiliza, en el ejercicio de su cargo, las estructuras del aparato estatal para la comisión sistemática de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren relevancia internacional (104). Esta forma de criminalidad atenta, pues, contra el orden jurídico vigente, dejando al margen el Derecho legalmente estatuido tanto en su dimensión nacional como supranacional. Por lo tanto, un régimen estatal que desde su nivel estratégico superior ordena la comisión de estos graves delitos no puede ser calificado como un Estado de Derecho. En realidad está totalmente apartado de él.

3. En consecuencia, pues, la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del *“Estado de Derecho”* (105) Esto último es trascendente, ya que consolidará el dominio que aquél ejerce sobre la organización y hará que los ejecutores estén más predispuestos hacia la comisión del delito, en tanto estos conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo.

4. La *desvinculación del ordenamiento jurídico* en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. Primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un *sistema normativo totalmente diferente* que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico. Esto es, inicialmente sólo para la realización de determinados hechos punibles, pero, luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad. Sin embargo, subrepticamente intenta crear un *sistema normativo alterno* al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves.

5. Queda claro que la presencia en ambos casos de un apartamiento del Derecho y de la vigencia de dos sistemas normativos paralelos o alternos promovidos desde el mismo Estado, y por quien detenta la máxima autoridad, no pueden ser tolerados por los regímenes democráticos. Por consiguiente, pues, esta situación anómala generará, tarde o temprano, la reacción e intervención de organismos internacionales a los que está vinculado el régimen estatal infractor, para salvaguardar o recuperar el orden jurídico que era reconocido y legitimado por la comunidad internacional”.

3.2.5. La fungibilidad

“La fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso (...)

Pero, si bien se representa a la fungibilidad como una facultad de absoluto control del nivel estratégico superior, ella se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente. En tal sentido, como destaca FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la fungibilidad no depende, entonces, del modo de comisión del hecho punible que realiza el ejecutor, sino de su particular integración en la estructura criminal: *“La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable... Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad... Desde luego que el ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto”* (106).

De allí que ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalte, continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho. El ejecutor es, pues, simplemente una *“ruedita cambiante en la máquina del poder”* (107), un *“engranaje”* (108) sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos. Ahora bien, desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatamente, en riesgo (...)

En función de lo antes expuesto se pueden identificar dos clases de fungibilidad: *la negativa y la positiva*.

1. *La fungibilidad negativa*. Corresponde al concepto tradicional que le otorga ROXIN y que implica, sobretodo, que: *“El agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”* (109). Es decir, en términos operativos, ello supone en relación a los potenciales ejecutores, que: *“Si uno fracasa, otro le va suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás”* (110). Esta fungibilidad negativa significa, pues, que una posible abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización que le fueron asignados, no impedirá que aquellos sean materializados. Ello, porque el incumplimiento de la orden por el primer ejecutor determinará, por la propia estructura del aparato de poder, que un segundo ejecutor tome inmediatamente su lugar, no afectándose en nada la concreción de la conducta punible. Sin embargo, tal como lo señala Bolea Bardón, la exigencia de una reserva de ejecutores no supone que el número de estos tenga que ser ilimitado (111). En ese mismo sentido, FARALDO CABANA sostiene que basta contar con un número de integrantes que resulte suficiente para posibilitar el intercambio oportuno de la persona interpuesta que se niega a la realización de la orden dispuesta por el nivel estratégico superior (112). La doctrina nacional también participa de esta referencia cuantitativa a la fungibilidad negativa. Así, MEINI MÉNDEZ requiere únicamente que la cantidad de ejecutores potenciales sea idónea para asegurar el éxito del plan delictivo (113)(...)

3. *La fungibilidad positiva*. Surge y se aprecia, justamente, a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución que esta demande. Por tanto, aquél conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal, para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y habilidades que estos tengan. En consecuencia, la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder. Por tanto, como explica FARALDO CABANA, *“...el criterio de fungibilidad no se determina atendiendo únicamente al momento de la ejecución, sino observando si existen en el momento de dar la orden sujetos dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia de que al final sean sólo unos pocos los que las ejecuten”* (114).

3.2.6. Predisposición a la realización del hecho ilícito

“En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a *“millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos”* (115).

Sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia (116). Sin embargo, hay acuerdo en reconocer que este rasgo aparece ligado a la posición e integración del ejecutor con el aparato de poder, con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. Su fundamento, entonces, radica, pues, en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho, actúa con una motivación distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito.

Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobretodo de aquellas que configuran una jerárquica vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común. Él tiene conocimiento que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios. En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado (117). Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delincuencial. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos (118). Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus designios. De esta manera, como interpreta PARIONAARANA, el hombre de atrás habrá alcanzado el dominio de la persona interpuesta *“a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho”* (119).

3.3. Autoría mediata y Derecho Penal Internacional: Diferencias con la Teoría de la Responsabilidad del Superior

“Particularmente, el deslinde debe hacerse de modo específico con la denominada Teoría de la Responsabilidad del Superior. Ella constituye un criterio de imputación que surgió y se desarrolló al concluir la Segunda Guerra Mundial y que se aplicó en los juicios de Núremberg y de Tokio (120). Según los analistas de estos procesos *“En estos juicios quedó clara la idea de que los comandantes no sólo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que, además, tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados”* (121). Posteriormente, hacia mediados de los años noventa, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia también utilizó tal teoría para condenar a los mandos militares del ejército de la República de Serbia, Bosnia y Herzegovina que no impidieron que sus tropas subordinadas perpetraran crímenes contra la humanidad, y a los que omitieron sancionar o investigar a los autores directos de tales conductas delictivas (122).

Ahora bien, la *Responsabilidad del Superior* es interpretada por la doctrina, y regulada en el Derecho Penal Internacional, como un comportamiento omisivo que genera una responsabilidad de quien ejerce mando sobre el autor directo del delito (123). Generalmente, se alude a que el superior, en tales casos, incumple su deber de prevención, supervisión y sanción de todo delito que pueda o sea cometido por sus subalternos. Ello denota, pues, una obligación jurídica de actuar del Superior y que éste omite. Según AMBOS, *“el concepto de responsabilidad de mando o mejor dicho, de responsabilidad del superior, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros... la responsabilidad del superior tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión... y un delito de peligro...”* (124).

Queda claro, en consecuencia, que por sus propias características y presupuestos esta modalidad de imputación de responsabilidad es diferente de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Esta última, en esencia, siempre será un comportamiento de comisión pero que se traslada desde la dación de la orden por el nivel estratégico superior hacia la ejecución concreta de la misma por la persona interpuesta (125).

La diferencia aludida es desarrollada también, normativamente, en el Estatuto de Roma. En él se regulan, justamente, ambas modalidades de imputación como dos niveles distintos de intervención y punibilidad de los órganos estratégicos que se vinculan con la realización de delitos contra los derechos humanos. Efectivamente, en este instrumento internacional el artículo 25° inciso 3, literal a), identifica con mediana precisión a la *autoría mediata* (“Comete ese crimen por sí solo, con otro o *por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”) (126). En cambio, dedica el artículo 28° a definir con detalle los supuestos omisivos que configuran la denominada *responsabilidad del superior* (“... en razón de no haber ejercido un control apropiado...”) (127).

Notas al pie

- (*) *Subtítulos sugeridos*
- (1) WERLE, GERHARD: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 365.
 - (2) TPIY, Cámara II, *sentencia del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete*, párrafo 653 [IT941T].
 - (3) SSTEDH del dieciocho de enero de mil novecientos setenta y ocho, *Asunto IRLANDA V. REINO UNIDO*; y, *del dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y seis, Asunto AKDIVAR Y OTROS V. TURQUÍA*.
 - (4) DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría general de la prueba judicial*, Editorial Temis, Bogotá, 2002, páginas 126125.
 - (5) *El requisito de legalidad del medio de prueba*, apunta MARTÍN PASTOR, JOSÉ, *exige que el mismo ha de estar previsto en general por la ley, y que ésta no lo excluya en el proceso correspondiente, atendido cuál es el objeto de éste* [En: *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional 1981-2004* (ORTELLS RAMOS, MANUEL TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL: Dirección y coordinación), Editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2005, página 508].
 - (6) FLORIÁN, EUGENIO: *De las pruebas penales*, tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1976, página 244.
 - (7) GÓMEZ COLOMER, JUANLUIS: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal* [con MONTERO AROCA, JUAN y otros], Décima Quinta edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, páginas 107108. Cortés DOMÍNGUEZ, VALENTÍN: *Derecho procesal penal*, [con MORENO CATENA, VÍCTOR], Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 163. GONZÁLES NAVARRO, ALICIA: *Acusación y defensa en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, páginas 4042. PÉREZ MORALES, MÓNICA GALDANA: *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario*, Editorial Comares, Granada, 2002, páginas 148149.
 - (8) *Se trata de un derecho fundamental de toda persona a ser considerada inocente mientras no se demuestre lo contrario. Se refiere, por tanto, a la necesidad de existencia de actividad probatoria, y que ésta lo sea de cargo* (BARONA VILAR, SILVIA, página 305. En: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. Décima Quinta Edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 (MONTERO AROCA, JUAN; GÓMEZ COLOMER, JUANLUIS; MONTÓN REDONDO, ALBERTO; BARONA VILAR, SILVIA).
 - (9) *Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, página 676.
 - (10) *Las declaraciones en otro proceso o actuación procesal, en puridad, no son pruebas testificales, sino documentales que se sujetan al régimen de la prueba documental y, por cierto, sin los requisitos de la prueba testifical. Las personas que han declarado en esos procedimientos no son testigos en la causa receptora, sino en la fuente u originaria; y, en ese sentido, es exactamente igual que lo hubieran hecho en un libro o en una entrevista plasmada en soporte escrito, audiográfico o videográfico. Otro proceso es una realidad tan extraprocesal para éste como un libro. Ésa es la regla general de derecho probatorio. Empero, el citado artículo 261° de la Ley Procesal Penal, en lo que respecta a la prueba personal proveniente del proceso fuente y sólo de éste, exige como condición para su incorporación al proceso receptor razones de imposibilidad razonablemente acreditadas, límite que no consagra cuando se trata de otro tipo de pruebas. Es una limitación criticable desde una perspectiva jurídica pero no es posible obviarla.*
 - (11) *Diferente es el caso de las declaraciones prestadas en sede del Congreso. Éstas integran un procedimiento parlamentario, no jurisdiccional, reconocido por la Constitución y desarrollado normativamente por el Reglamento del Congreso en especial, sus artículos 88° y 89°, que regulan las Comisiones de Investigación y su procedimiento, y el procedimiento de acusación constitucional. Independientemente de que se trate de un procedimiento de acusación constitucional conforme a los artículos 99° y 100° de la Ley Fundamental, antecedente necesario del presente proceso penal o de otro, o de un procedimiento de investigación al amparo del artículo 97° Constitucional, las actuaciones que llevan a cabo adoptan la forma documental generalmente escrita y en algunos casos audiográfica y como tal son enviados al órgano fiscal y, luego, al órgano jurisdiccional. Son, por sí mismas, fuentes de prueba y, como tal, han de valorarse. Cabe aclarar que no rigen las limitaciones del artículo 261° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 983, porque no se trata de pruebas propiamente judiciales, no son en sentido estricto pruebas personales. Su carácter documental, como ha quedado expuesto, permite su utilización en la causa. Cuando una persona expone un hecho en una carta, en un artículo periodístico, en una entrevista radial, televisiva o escrita, en un libro o ante una comisión parlamentaria, lo que se incorpora si tales documentos se traen a la causa es el contenido del documento sea con soporte escrito, magnetofónico, audiovisual o electrónico, que contiene una o varias afirmaciones que se han hecho constar en ese instrumento. Esa exposición no tiene por qué someterse al régimen de las declaraciones testificales pues, conforme a su naturaleza, no lo son. Por lo demás, el Tribunal Constitucional en la STC número 50682006PHC/TC, del quince de noviembre de dos mil seis, Fundamento Jurídico quinto, les otorgó pleno valor probatorio y con entidad suficiente para integrar el material válido de la sentencia.*
 - (12) *En la Sentencia ISGRÓ el TEDH precisó que si el testigo es conocido por la defensa y si fue careado con el imputado, aun cuando la defensa no asistió a la primera diligencia ni a la segunda el propio imputado pudo plantear en ese acto las preguntas y las alegaciones respectivas, como el defensor pudo cumplir su tarea conociendo no sólo las alegaciones en torno a ese testigo y también su identidad, y por tanto discutir la exactitud de las primeras y la credibilidad de éste, no es del caso entender que el derecho de defensa del imputado sufrió limitaciones que le privaran de un proceso equitativo. En la Sentencia ARTNER vs Austria, del veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y dos, el TEDH no estimó ilegítimo la utilización de declaraciones policiales y sumariales de la víctima, que no pudo ser localizada para su asistencia al acto oral, debido a que la imposibilidad de un careo con el imputado y examen por la defensa se debió a la actitud del propio imputado, quien por un período de tres años se ausentó de la causa estuvo como 'no habido'. En ambos casos, aun cuando se consideran valorables las referidas declaraciones sumariales, el TEDH parece exigir para una declaración de culpabilidad que esas testimoniales se corroboren con otros elementos probatorios.*
 - (13) *Así ha sido establecido en las sentencias Paniagua Morales y otros, párrafo 75; Fairén Garbí y Solís Correa, párrafo 145; Godínez Cruz, párrafo 152; y, Velásquez Rodríguez, párrafo 146.*
 - (14) *En la sentencia BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA, párrafo 107, del veinticinco de noviembre de dos mil, estableció esa doctrina, que la repitió en la sentencia TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS. PERÚ, párrafo 53, del treinta y uno de enero de dos mil uno, y en la sentencia BARUCH IVCHER BRONSTEIN VS. PERÚ, párrafo 70, del seis de febrero de dos mil uno.*
 - (15) MORENO CATENA, VÍCTOR/CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN: *Derecho procesal penal*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 373.
 - (16) *El documento, desde una perspectiva estrictamente procesal, es una pieza de convicción con un determinado contenido ideológico, y la nota que lo distingue de manera especial es su carácter extraprocesal* [TORRES MORATO, MIGUEL ÁNGEL / DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO: *La prueba ilícita penal*, Cuarta Edición, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, página 364.

Selección de Jurisprudencia Nacional

- (17) La finalidad confirmatoria de los datos expresados en un libro, en relación con otros elementos de prueba, el fortalecimiento de determinados conceptos mencionados por los testigos y expertos, y/o la descripción de ideales, ideologías y motivaciones del autor, han sido considerados, por ejemplo, en la sentencia número 51999 del Tribunal Tercero de sentencia Penal, Narcoactividad y delitos contra el ambiente, de Guatemala, del tres de octubre de dos mil dos (Apartado V, Punto III, numerales 16 y 17), ratificada por las sentencias de apelación número 3002002"A", del siete de mayo de dos mil tres, y de casación número 109 y 1102003, del catorce de enero de dos mil cuatro.
- (18) CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL / CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO: *Derecho procesal penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, página 356. Incorporada al plenario la declaración sumarial mediante las reglas de contradicción respectivas, ello posibilita dar cabida en la valoración de la prueba a esa declaración sin vulnerar los principios de oralidad e inmediación, pues presupone una confrontación oral directamente percibida por el Tribunal y, por lo tanto, una decisión sobre la prueba producida en el juicio en sentido estricto [CONDE PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO: *Los procesos penales en coautoría con GIMENO SENDRA, VICENTE; Y GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ*, Tomo Cinco, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, página 463].
- (19) Así ha resuelto, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español en numerosas sentencias, entre otras, las número 58/2008, de veinticinco de enero; 303/2007, del diez de abril; y, 75/2006, del tres de febrero. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en la STC número 31/1981. El aludido Tribunal Supremo en la sentencia del nueve de octubre de mil novecientos noventa y tres anotó: "Cuando se produce una diferencia entre testimonios probatorios sumariales y los manifestados ante el Tribunal sentenciador se puede someter a contraste su contenido y depurar las discordancias para obtener de manera directa una conclusión válida sobre la veracidad de unas y otras". En igual sentido se ha pronunciado la Casación Argentina, Sala IV, en la Sentencia número 4290, del veinte de agosto de dos mil cuatro, en la que concluye que "...debe repararse en la suficiente libertad que debe tener el juzgador para elegir la declaración más creíble y verosímil cuando entre ellas existe contradicción".
- (20) El Tribunal reconoce las diferentes opciones doctrinarias en este punto. Empero, se inclina por la ya enunciada. En este sentido se invocan las opiniones favorables de ORTELLS RAMOS, MANUEL por razones sistemáticas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española y de VEGAS TORRES, JAIME por razones prácticas [ver: *Eficacia Probatoria del acto de investigación sumarial*. Estudio de los artículos 730° y 714° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, número cuatro, 1977, página 245; y, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 1993, páginas 253/254, respectivamente]. Éste es el criterio sostenido en la Ejecutoria Suprema Vinculante del veintinueve de noviembre de dos mil cuatro, recaída en el Recurso de Nulidad número 3044 204/Lima, FJ Quinto. Debe quedar claro, como previene PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ que frente a una disparidad no aclarada suficientemente, será el Tribunal quien, a la vista del testigo y de los resultados de las restantes pruebas, decida sobre los efectos para la sentencia de las diferencias no aclaradas [*Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición y Primera Reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, página 244].
- (21) CARBONE, CARLOS ALBERTO: *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medio de prueba*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, páginas 190/191.
- (22) MONTERO AROCA, JUAN: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 49.
- (23) La STC número 28632002AA/TC, del veintinueve de enero de dos mil tres, ha precisado, en los mismos términos, que este derecho garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación.
- (24) GIMENO SENDRA, VICENTE: *Obra citada*, página 418.
- (25) Mayores referencias: ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000*. En: *Prueba ilícita y lucha contra la corrupción*, (JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO Director; JOSÉ CARLOS UGAZ SÁNCHEZ MORENO Coordinador), Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 56/74.
- (26) Se trata de documentos públicos, producidos por una entidad del Estado, que contienen una información relativa a asuntos que integran parte de sus funciones, fruto de una actividad profesional y a partir de una indagación y/o valoración realizada por alguien actuando en capacidad oficial. Además, se han obtenido y autorizado con las solemnidades legalmente exigibles.
- (27) Se asume las consideraciones que en un caso similar resolvió el Juzgado Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal Número Once Argentina, recaído en la causa 6859/98 Scagliusi, Claudio Gustavo y otros s/privación ilegal de la libertad, auto del doce de septiembre de dos mil dos.
- (28) La Cámara Federal Criminal y Correccional de la Capital Federal Argentina, en la causa número 26.349, sentencia del dieciocho de julio de dos mil ocho, en decisión que es de compartir no sólo aceptó el valor o la valorabilidad de los documentos oficiales desclasificados anotó que eran títulos de referencia válida, sino que puntualizó que no es del caso otorgarles un valor absoluto, el cual se da en función del confronte de sus datos, tanto entre ellos, como con otras evidencias de la causa; su análisis debería tener presente su propio contenido y la época de su obtención.
- (29) El párrafo 56 de la STC 006792005AA/TC, del dos de marzo de dos mil siete, Asunto Santiago Enrique Martin Rivas, precisó que bajo el principio de integración en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional, los tribunales nacionales deben reconocer la validez jurídica de aquellos hechos que han sido propuestos, analizados y probados ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos, lo que no exime de la facultad y el deber de los tribunales nacionales de realizar las investigaciones judiciales correspondientes, porque de lo que se trata, finalmente, es de garantizar el respeto pleno de la persona, su dignidad y sus derechos humanos, en el marco del orden jurídico nacional e intencional del que el Perú es parte. Ello implica, agrega este Tribunal, que la actividad probatoria que es de realizarse en el proceso penal será amplia y podrá incorporar toda la evidencia necesaria para resolver la causa con justicia a partir del mayor aporte probatorio posible, la que además será interpretada y valorada con arreglo a las reglas propias del derecho procesal penal.
- (30) El concepto de "verdad" asumido por la CVR está explicado en las páginas 49/51 del Tomo I del Informe Final. Se trata de una verdad práctica en sentido 'práctico' o en sentido 'moral', y la entiende como el relato fidedigno, éticamente articulado, científicamente respaldado, contrastado intersubjetivamente, hilvanado en términos narrativos, afectivamente concernido y perfectible, sobre lo ocurrido en el país en los veinte años considerados por su mandato. Es de destacar que la CVR trata sobre hechos morales hechos humanos en los que están involucrados la voluntad, las intenciones y los afectos de los agentes; en sus investigaciones se ha registrado los hechos de violencia, las condiciones en que se produjeron, sus participantes directos y las secuelas que dejaron, para lo cual se recurrió a expertos de diversas disciplinas y se utilizó métodos científicos de primer nivel; y, se han realizado los contrastes intersubjetivos necesarios, al escuchar y procesar las voces de todos los participantes.
- (31) La verdad que se define a través del Informe Final de la CVR, ha enfatizado el Doctor DEGREGORI CASO, es, por un lado, perceptible y en los casos judicializables está siendo perfeccionada en muchos de los juicios incoados, o sea es una verdad perceptible que avanza con el tiempo y con nuevos descubrimientos; y, por otro, no tiene el objetivo de plantearse como la única verdad. Se plantea que siempre va a haber varias verdades en disputa, pero que la tiene que alcanzar un grado de verosimilitud es la verdad que parte de tomar a las víctimas como epicentro de su investigación; no hay nunca una verdad única, no es posible que en una sociedad exista una verdad única, sino es impuesta totalitariamente, lo que va saliendo es una verdad consensual.
- (32) Las normas de creación de la CVR, en lo pertinente, fijaron tres objetivos, y se les reconoció cuatro atribuciones para cumplir el mandato que se le asignó. Sus objetivos eran: (1) analizar las condiciones políticas, sociales, y culturales, así como los comportamientos que, desde la sociedad y las instituciones del Estado, contribuyeron a la trágica situación de violencia por la que atravesó el Perú; (2) contribuir al esclarecimiento por los órganos jurisdiccionales respectivos, cuando corresponda, de los crímenes y violaciones de los derechos humanos por obra de las organizaciones terroristas o de algunos agentes del Estado, procurando determinar el paradero y situación de las víctimas, e identificando, en la medida de lo posible, las presuntas responsabilidades; y, (3) elaborar propuestas de reparación y dignificación de las víctimas y de sus familiares. Las atribuciones que les entregó eran: (a) entrevistar y recopilar de cualquier persona, funcionario o servidor público toda la información que considere pertinente; (b) solicitar la cooperación de los funcionarios y servidores públicos para acceder a la documentación o cualquier otra información del Estado; (c) practicar visitas, inspecciones o cualquier otra diligencia que considere pertinente, ayudados por peritos y expertos; y (d) realizar audiencias públicas y las diligencias que estime conveniente en forma reservada, al tiempo que podía guardar reserva de la identidad de quienes le proporcionen información importante o participen de las investigaciones.

Selección de Jurisprudencia Nacional

- (33) Respecto de los casos judicializables, su formulación y planteamiento se hizo precisa el Doctor DEGREGORI CASO, cuando la Comisión llegó a la conclusión que hay indicios razonables, a partir de los testimonios, expedientes y los documentos analizados. La utilidad del razonamiento e informaciones reunidas por la Comisión insistirá en corresponderá ser evaluado por el Poder Judicial.
- (34) Del Informe Final de la CVR fluye que se logró recopilar directamente dieciséis mil novecientos diecisiete testimonios, en los cuales se identificaron a veintitrés mil ciento cuarenta y nueve personas muertas y desaparecidas. El setenta y nueve por ciento de estas personas (dieciocho mil trescientos noventa y siete) fueron identificadas con nombres y apellidos paterno y materno completos. De los Ministerios del Interior y de Defensa se recibió el listado de las víctimas fatales de las FFAA y PNP: fallecieron mil ciento seis miembros de las FFAA y quinientos sesenta cinco miembros de la PNP; además, mil seiscientos noventa y ocho miembros de ambas instituciones que quedaron discapacitados.
- (35) La metodología fue multidisciplinaria y compleja. De un lado, contó con el concurso de numerosos profesionales del derecho, la antropología, la historia, la filosofía, la sociología, la ciencia política y las comunicaciones, quienes participaron en el recojo de testimonios, en la realización de audiencias públicas y en la elaboración del informe final. Por otro lado, se elaboraron historias regionales para explicar los procesos sociales y políticos en cada región diferenciada del país; se realizaron estudios en profundidad o exhaustivos para establecer los patrones de comportamiento utilizados por los actores políticos y sociales del conflicto; se cruzaron fuentes de información tanto de instituciones públicas como privadas; se recogieron testimonios de víctimas directas del conflicto; se realizaron audiencias públicas, y entrevistas en profundidad o en detalle a los actores políticos del conflicto; se desarrollaron y elaboraron bases de datos para el procesamiento de la información; y, se verificaron análisis de la información estadística. La recolección de diversos testimonios persiguió, además, identificar se utilizó el método conocido como “quien le hizo qué a quién” y determinar el paradero y la situación de las víctimas, a la vez que se diseñó un procedimiento destinado a estimar la magnitud del conflicto en la sociedad peruana, especialmente en lo concerniente a la cantidad de víctimas fatales.
- (36) En este extremo es de compartir la posición de la sentencia argentina número 13/84, del nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, 3° Considerando “Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba”, punto f) El valor de lo actuado por la Comisión Nacional sobre desaparición de personas.
- (37) El Tribunal Tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y delitos contra el ambiente de Guatemala, en la sentencia C500 Of. 3ro., del tres de octubre de dos mil, en el acápite V De los razonamientos que inducen al Tribunal a condenar o absolver, numeral III Prueba Documental, punto 14 Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) Guatemala, Memorias del Silencio, precisó lo siguiente, que esta Sala Suprema asume en lo pertinente: “[nos] sirven para conocer la historia contemporánea y su contenido nos permite conocer que fue lo que ocurrió durante el conflicto armado...”. Asimismo, para la prueba de los elementos contextuales, como anotó la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3°, número 16/2005, del diecinueve de abril de dos mil cinco Caso Scilingo, FJ Segundo A), “...La Sala necesariamente ha de partir, para la prueba de dichos elementos contextuales, del material existente resultado de las investigaciones extrajudiciales y judiciales llevadas a cabo... en años posteriores a la dictadura. Nos estamos refiriendo en específico al informe de la CONADEP y a lo investigado y declarado probado en la sentencia de la Causa 13/84”. Similar base de referencia puede hallarse en la Sentencia del TEDH número 2000/112, del veintiocho de marzo de dos mil, Asunto Kilic contra Turquía, que sustenta un ámbito contextual de los hechos a partir de un Informe de una Comisión Gubernamental independiente, el denominado Informe SUSURLUK. Así, en el párrafo 68° dice: “El Tribunal no se basa en el informe para establecer que ningún funcionario del Estado estuviera implicado en ningún crimen concreto. El Informe, sin embargo, facilita importantes pruebas para manifestar que, en aquella época y desde entonces, grupos “contraguerrilla” o terrorista apuntaban a individuos que se creía actuaban contra intereses del Estado con la aquiescencia y posible ayuda, de los miembros de las fuerzas de seguridad”. Por último, la justicia federal estadounidense, Distrito Sur de Florida, en la sentencia número 0721783CIVJORDAN, del cuatro de marzo del dos mil ocho, recaída en el proceso civil por daños y perjuicios seguido contra Telmo Ricardo Hurtado Hurtado, al amparo del Acta de Protección de Víctimas de Tortura de mil novecientos noventa y uno, 28 U.S. § 1350, sustentó la declaración de hechos contextuales en el Informe de la CVR; dijo: “...Como indican los informes de la Comisión de la Verdad peruana y una Comisión Investigadora del Congreso, los residentes de Accomara estaban atrapados entre, los miembros de Sendero Luminoso que no vaciló en exterminar a todo aquel que se le opusiera, y los militares quienes estuvieron envueltos en todo lo concerniente a la erradicación del grupo terrorista usando cualquier método posible” [Parte I. Hechos, primer párrafo].
- (38) En el pie de página sesenta y cinco señaló las sentencias Cantuta, Castro Castro, Baldeón García, Gómez Palomino y De la Cruz Flores.
- (39) Nota noventa y siete, y párrafo 119°, puntos 1 al 4.
- (40) Una fórmula de autocomposición de conflictos es admisible en el proceso penal. Así, por ejemplo, lo ha reconocido la STEDH DEWEER, del veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta, pero siempre que cumplan un requisito de naturaleza ineludible: la ausencia de amenaza por parte del delator.
- (41) Cabe aquí agregar un dato probatorio adicional que confirma el valor incriminatorio de lo aportado por los colaboradores eficaces. Se trata de la pericia grafotécnica número 1095, practicada sobre el memorando número 5114B.4.a., del veinte de agosto de mil novecientos noventa y dos, inserta a fojas novecientos setenta y tres, del cuaderno de colaboración eficaz del encausado Suppo Sánchez, incorporada de oficio por este Tribunal. El memorando en cuestión fue firmado por el director de la DINTE, general EP Rivero Lazo y dirigido al AIO Suppo Sánchez, por la que le comunica su destaque a la 18° DB (G2), una de cuyas copias es distribuido al Destacamento Colina. La pericia en cuestión establece que la firma atribuida al citado general EP en el memorando y en un recibo de entrega de dinero provienen del puño gráfico del general EP Rivero Lazo, es auténtica. Tal pericia, memorando y recibo de entrega de dinero acredita la existencia del Destacamento Colina, la pertenencia a él de Suppo Sánchez, la recepción de dinero por actividades de inteligencia, y la adscripción administrativa del Destacamento Colina a la DINTE. Otras pericias grafotécnicas, como ya se mencionó al tratar el cuestionamiento a la diligencia sumarial de exhibición de documentos, en ese caso de la firma atribuida al mayor EP Martín Rivas en tres memorandos internos del Destacamento Colina, corroboran aún más las conclusiones que se sostienen respecto a la realidad y funcionamiento del aludido Destacamento Especial de Inteligencia.
- (42) La acusación constitucional es un acto de autorización y no entra al fondo del asunto, es decir, es un acto de procedibilidad, no recurrible, que no busca establecer la culpabilidad o inocencia respecto de la conducta atribuida a un Alto Funcionario Público no lleva aparejada un veredicto de culpabilidad o inocencia, y que además está sujeta a una decisión política; es un antejuicio político que concluye a su turno en la Corte Suprema, no es un juicio político en el que el Congreso emite una sanción.
- (43) Ante la inactividad procesal del emplazado, del denunciado y, luego, acusado, en sede parlamentaria, cabe aplicar la doctrina sentada por la SCIDH del treinta y uno de enero de dos mil uno, Asunto Tribunal Constitucional vs. Perú. En el párrafo 60° dijo lo siguiente: “...la inactividad procesal no genera una sanción contra las partes, en sentido estricto, ni afecta el desarrollo del proceso, sino que, eventualmente, les acarrea un perjuicio al decidir voluntariamente no ejercer su derecho de defensa en forma completa ni llevar a cabo las actuaciones procesales convenientes para su interés, de conformidad con la máxima audi alteram partem”.
- (44) Muy excepcionalmente se acepta la presencia de un solo indicio, siempre que sea de especial significación, de tal envergadura que excluya el posible error (por ejemplo, hallazgo de una gran cantidad de droga, cuyo volumen excluya racionalmente la posibilidad de que su destino pudiera ser el consumo propio y permita concluir que la intención del autor era el tráfico) [GONZÁLEZCUELLAR SERRANO, NICOLÁS: La prueba de los delitos contra el medio ambiente. Diario La Ley, año XXVI. Número 6328, miércoles, veintiocho de septiembre de dos mil cinco].
- (45) Así, por ejemplo, la STSE número 884/2008, del dos de diciembre de dos mil ocho, Fundamento Jurídico Segundo. En este mismo sentido, la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, del veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y seis [ZARABOSO, LUIS S/ESTABA, Fallos 311:948] sostiene: “...es probable que los indicios individualmente considerados sean abundantes, por lo cual se impone su análisis conjunto, a los efectos de verificar que no sean equívocos, esto es, que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas”.
- (46) FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES: Prueba y presunción de inocencia, Editorial lustel, Madrid, 2005, páginas 261262. La fuerza probatoria del indicio reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre el hecho conocido o indiciante y el hecho indicado o consecuencia; y, para que la relación entre ambos hechos sea necesaria será preciso que el hecho indiciante no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el hecho consecuencia: es lo que se llama “univocidad” del indicio” [CAFFERATA NORES HAIRABERIAN: La prueba penal, sexta edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, página 218].

Selección de Jurisprudencia Nacional

- (47) Precisa el párrafo 35° de la Opinión Consultiva número 8/87: “El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente, bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.
- (48) Desde una perspectiva general la STC número 00017-2003-AI, del dieciséis de marzo de dos mil cuatro, párrafo 18, señaló que el estado de excepción sólo importa una restricción transitoria de determinados derechos constitucionales y el control jurisdiccional, siempre presente, se expresa en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del iter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política. Además, los actos que de él dimanen están en función y cumplimiento a una legalidad excepcional, pero que requiere evitar un estado de indefensión ciudadana y proscribir la actuación del Estado fuera de las reglas, principios y valores que justifican la existencia y finalidad del propio estado de excepción: garantía de los valores y principios del Estado de Derecho (Sentencia citada, párrafo 19).
- (49) Artículos 5° de la Declaración Universidad de Derechos Humanos aprobada por Resolución Legislativa número 13282, del nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta nueve-, 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por Decreto Ley número 22128, del veintiocho de marzo de mil novecientos setenta y ocho, y ratificado por la Constitución de mil novecientos setenta y nueve-, y 5°.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por Decreto Ley número 22231, del once de julio de mil novecientos setenta y ocho, y ratificada por la Constitución de mil novecientos setenta y nueve-. A esas normas generales se han agregado la Convención Contra la Tortura en el marco de Naciones Unidas de mil novecientos ochenta y cuatro aprobada mediante Resolución Legislativa número 241815, del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho-, y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de mil novecientos ochenta y cinco aprobada mediante Resolución Legislativa número 25286 del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa-.
- (50) INFORME DEFENSORIAL número 91. Afectaciones a la vida y presuntas torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes atribuidas a efectivos de la Policía Nacional, Lima, abril 2005. <http://defensoria.gob.pe>.
- (51) REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Editorial IDEMSA, Lima, 2004, página 327. Este es el criterio adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto Irlanda vs Reino Unido, STEDH del dieciocho de enero de mil novecientos setenta y ocho, que además reconoció que la “gravedad” es por su propia naturaleza “relativa”, y depende “del conjunto de las circunstancias del caso y, especialmente, de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y a veces del sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, etcétera” [párrafo 162]. La CIDH en el Asunto LOAYZA TAMAYO V. PERÚ, SCIDH del diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y siete, adoptó el mismo criterio, al mencionar las diversas connotaciones de grado cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta [párrafo 167].
- (52) Es preciso adoptar un estándar más intenso de protección de los derechos humanos cuando se trata de actos de fuerza adoptados por regímenes de facto. La necesidad de impedir las violaciones de los valores de las sociedades democráticas así lo exige. Esa necesidad de adaptación, según las circunstancias, ha sido adoptado por el TEDH en el Asunto SELMOUNI V. FRANCIA, STEDH del veintiocho de julio de mil novecientos noventa y nueve.
- (53) SCIDH, Asunto LOAYZA TAMAYO V. PERÚ, del diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y siete, párrafo cincuenta y siete.
- (54) Por su propia naturaleza y función los actos de tortura no pueden asimilarse al trato cruel. De allí que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la doctrina especializada han desarrollado siempre una diferencia gradual entre ambas forma de atentado a la dignidad de la persona, correspondiendo al trato cruel una entidad e intensidad antijurídicas muchos menores que la de aquella. Por tal razón, como se ha dejado expresado, sólo la tortura fue introducida como delito autónomo en el Código Penal por la Ley número 26926, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y ocho. Esta, además, según el artículo 321°, exige típicamente que el agente “...infrinja a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales...”.
- (55) CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: Derecho Penal Parte Especial I, obra citada, páginas 432-433.
- (56) MORALES PRATS, FERMÍN: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (QUINTERO OLIVARES, GONZALO: Director), Segunda Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, página 43.
- (57) GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: Derecho Penal Español Parte Especial, obra citada, páginas 94-95.
- (58) VILLA STEIN, JAVIER: Derecho Penal Parte Especial, obra citada, página 78.
- (59) HURTADO POZO, JOSÉ: Manual Derecho Penal Parte Especial, obra citada, página 52.
- (60) BRAMONT ARIAS, LUIS ALBERTO: Temas de Derecho Penal, Tomo I, SP Editores, Lima, 1988, página 40.
- (61) PEÑA CABRERA, RAÚL: Tratado de Derecho Penal Parte Especial, obra citada, página 102.
- (62) HURTADO POZO, JOSÉ: Manual Derecho Penal Parte Especial, obra citada, página 66.
- (63) CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Derecho Penal Parte Especial, Tercera Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 67.
- (64) CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: Derecho Penal Parte Especial, obra citada, páginas 460-480.
- (65) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal Parte Especial, décimo tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, páginas 51-52.
- (66) SÁNCHEZ SÁNCHEZ, RAÚL EDUARDO: Los delitos de lesa humanidad. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo, Enero-Marzo 2006, Legis, Bogotá Colombia, página 88. Estos crímenes, apuntan CASSESE Y DELMAS MARTY, resaltando la posición jurisprudencial persistente en un ámbito normativo muy vago y relativo, son aquellos que hieren el sentimiento de respeto por la persona humana, arraigado en todas las grandes culturas contemporáneas [Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales, Editorial Norma, Bogotá, 2004, página 367].
- (67) Los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio fueron precedidos por los Acuerdos de Londres del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco entre las cuatro grandes potencias aliadas, y la Proclama del general Mac Arthur del diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y seis, Jefe Supremo de las Fuerzas de ocupación en el Japón. Luego de esos actos de creación la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 95 (1) del once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis confirmó la validez general y universal de los principios establecidos en el Estatuto y en la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg [YÁÑEZ-BARNUEVO, JUAN ANTONIO: La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas. En: Creación de una jurisdicción penal internacional. Colección Escuela Diplomática número 4, Madrid, 2000, página 19]. Asimismo, el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 2391 (XXIII) adoptó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, que entró en vigor el once de noviembre de mil novecientos setenta, que ratificó la definición de crímenes contra lesa humanidad dada por el Estatuto de Nuremberg y estableció su imprescriptibilidad.
- (68) WERLE, GEHARD: Tratado de Derecho Penal Internacional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 353
- (69) MAZUELOS COELLO, JULIO: Algunas consideraciones acerca de la problemática del crimen internacional de Estado y del crimen de lesa humanidad. En: Control Social y Dogmática Penal, Editorial San Marcos, Lima, 1995, página 177 y siguientes.
- (70) Así, STSE número 798/2007, de uno de octubre de dos mil siete, Fundamento Jurídico 7° ordinal 4).
- (71) Sentencia Tadic, párrafo 271.
- (72) Sentencia TPIY PROSECUTOR V. ZORAN KUPRESKIC Y OTROS, Caso número IT-95-16-T, Cámara II, del catorce de junio de dos mil, párrafos 654-655. En igual sentido, la ya citada sentencia PROSECUTOR V. TADIC, del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete, párrafo 654.

- (73) DELMAS-MARTY, MIREILLE: ¿pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores?, *Obra citada*, página 83. La Sentencia PROSECUTOR V. TADIC ya citada consideró que el ataque debía ser generalizado o sistemático, esto es, no era necesario la concurrencia de ambas bases. En los dos supuestos se requiere que el acto se perpetre en seguimiento de una política, lo que excluye situaciones de comisión de actos inhumanos por su propia iniciativa o en desarrollo de su propio plan criminal, sin el aliento o dirección de un Gobierno o un grupo organizado [así, TPIR, sentencia PROSECUTOR V. AKAYESU, del dos de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, párrafo 580]. La Sentencia PROSECUTOR V. KUNARAC, Cámara II, del veintidós de febrero de dos mil uno, párrafo 428, precisó que el carácter 'generalizado' del ataque se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas; y, la sentencia PROSECUTOR V. KUNARAC, Cámara de Apelación, del doce de junio de dos mil dos, párrafo 94, estableció que la calificación como 'sistemático' del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia.
- (74) La Sentencia de Apelación recaída en el Asunto PROSECUTOR V. TADIC, del dos de octubre de mil novecientos noventa y cinco (IT-94-1-AR 72), párrafo 141, consideró que el derecho internacional consuetudinario ya no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional; por consiguiente, éste puede cometerse en tiempos de paz. Por lo demás, ya en la Convención de mil novecientos sesenta y ocho sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia en su artículo 1°, literal b), a los crímenes de lesa humanidad “cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (1) de trece de febrero de mil novecientos cuarenta y seis y 95 (1) de once de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, ...” [STSE número 798/2007, del uno de octubre de dos mil siete, Fundamento Jurídico Sexto, ordinal 3].
- (75) Se protege a cualquier población civil. Ello destaca el carácter colectivo del crimen y la exclusión de los ataques contra personas individuales y de los actos aislados de violencia [WERLE, GERHARD, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, obra citada, página 357]. En ese sentido, sentencia PROSECUTOR V. TADIC, Cámara II, del siete de mayo de 1997, párrafo 644 (IT-94-1-T). Población civil son todas aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia (WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, obra citada, página 359).
- (76) En la práctica del derecho penal internacional, anota WERLE, se han desarrollado los presupuestos subjetivos según las necesidades del caso, por separado para cada tipo penal. El artículo 30° del Estatuto de Roma establece presupuestos subjetivos comunes, cuyo objeto es el hecho global en sí. “El autor debe conocer, por tanto, que se está llevando a cabo un ataque (generalizado o sistemático) contra una población civil y que su hecho represente una parte de este ataque. Por el contrario, no es preciso que el autor conozca los detalles de la planificación o de la política del Estado o de la organización” [Tratado de Derecho Penal Internacional, obra citada, página 370].
- (77) GIL GIL, ALICIA: Los crímenes contra la humanidad, obra citada, páginas 80-81.
- (78) AMBOS, KAI: *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Editorial IDEMSA, Lima, 2007, páginas 133 a 135.
- (79) Sentencia PROSECUTOR V. TIHOMIR BLASKIC, Caso Número IT-95-14-T, Cámara I, del tres de marzo de dos mil, párrafo 94. En la sentencia SCILINGO, del diecinueve de abril de dos mil cinco, emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España (número 16/2005), por ejemplo, a partir de la jurisprudencia del Tribunal de la Ex Yugoslavia, se precisó que el agente debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto, el cual es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, función o posición del acusado dentro del mismo, su relación con las jerarquías políticas o militares o militares, amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etcétera.
- (80) Aclara STRATENWERTH, GÜNTER, que la autoría mediata es una figura jurídica que desde mediados del siglo XIX fue desprendida del concepto de causalidad, sobre todo para cubrir las lagunas de punibilidad, que derivaban de que se exigiera un hecho principal cometido culpablemente para el caso de una instigación [Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible, Cuarta Edición (traducción CANCIO MELIÁ, MANUEL / SANCINETTI, MARCELO A.), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001, página 379].
- (81) HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal Parte General I*, obra citada, página 865.
- (82) CARO CORIA, DINO CARLOS: Informe Nacional sobre el Perú. En: *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. KAI AMBOS y otros (editores), Montevideo, 2008, pág. 302. BARRETO GUZMÁN, MARCO: *Responsable de Escritorio y Ejecutor Material en la Criminalidad Organizada*. En: AA.VV.: *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2007, página 120 y ss.
- (83) GARCÍA VITOR, ENRIQUE: La Tesis del “Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001. página 342 y ss. JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Segunda Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, páginas 783 y 784. HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ LUIS: *La Autoría mediata en Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 1996, página 276.
- (84) Conforme: ROXIN, CLAUS: *Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión*, 1988. En: *Problemas actuales de la dogmática penal* (traducción: ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A), ARA Editores, Lima, 2004, páginas 213 y 214. STRATENWERTH refiriéndose a la tesis de la coautoría indica que en estos casos el subordinado al dominio de la organización a lo sumo puede decidir (...) acerca de si él mismo (o bien otro) ejecutará el hecho, mientras que el coautor tiene que tener en sus manos la decisión de si el hecho se cometerá en sí o no (STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho Penal Parte General I El Hecho punible*, obra citada, página 394]. El dominio del hecho delictivo del hombre de atrás por medio de otro, su rol central o poder de configuración permite diferenciarlo nitidamente de la coautoría. La autonomía de actuación del ejecutor para cometer el hecho típico no es relevante para descartar la autoría mediata del hombre de atrás, en tanto éste tiene una posición de mando de un aparato de poder organizado.
- (85) MEINI MENDEZ, IVÁN: *El dominio de la organización en Derecho Penal*. 7 Colección Derecho PUCP. Monografías, Palestra Editores, Lima, 2008. página 162 y ss.
- (86) ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, ARA Editores, Lima, 2004, página 233.
- (87) ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la Organización*. En: *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, ARA Editores, Lima, 2004, página 236.
- (88) MEINI MENDEZ, IVÁN: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada, páginas 18 19. FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. página 19.
- (89) ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*, obra citada, página 234.
- (90) ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 402.
- (91) FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 12.
- (92) ROXIN, CLAUS: *Sobre la Autoría y participación en el Derecho Penal*, 1970, página 63.
- (93) CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder*, obra citada, página 635.
- (94) BOBBIO, NORBERTO: *Teoría General del Derecho*, Editorial Themis. Bogotá, 1999, página 141.
- (95) RADBRUCH, GUSTAV: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Novena Reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2005, página 46.
- (96) KELSEN, HANS: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Editorial Grijley, Lima, 2001, página 55.
- (97) Para una breve referencia entre las construcciones “monistas” y “dualistas” de la relación existente entre el Derecho nacional e internacional, léase: KELSEN, HANS: *Obra citada*, páginas 83 y 84.
- (98) ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 407.
- (99) ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 408.
- (100) ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, páginas 408 409.

- (101) ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En *Problemas Actuales de Dogmática Penal* [Traducción de Manuel Abanto Vásquez], ARA Editores, Lima, 2004, página 238.
- (102) ROXIN, CLAUS: *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. En: *Revista Penal* número dos, Editorial Praxis, Barcelona, Julio 2008, página 61.
- (103) ZAFFARONI, RAÚL; *El Crimen de Estado como objeto de la criminología*. En: *Panorama internacional sobre Justicia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, serie Doctrina Jurídica número 394, México, 2007, página 25.
- (104) En este sentido, FARALDO CABANA quien sigue a VEST y precisa que la actuación como órgano del Estado es un requisito fundamental para poder hablar de responsabilidad internacional del Estado [Ver nota 420]. Véase: FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, páginas. 200 - 201.
- (105) BOLEA BARDÓN, CAROLINA: *Autoría mediata en Derecho Penal*, obra citada, página 370.
- (106) FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 126 127.
- (107) ROXIN, CLAUS: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 403.
- (108) ROXIN, CLAUS: *La Autoría mediata por dominio en la organización*, 2004, pág. 224.
- (109) ROXIN, CLAUS: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, página 271.
- (110) ROXIN, CLAUS: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, página 273.
- (111) BOLEA BARDÓN, CAROLINA: *Autoría mediata en Derecho Penal*, obra citada, página 396.
- (112) FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 230.
- (113) Véase: PARIONA ARANA, RAÚL: *Autoría mediata por organización*, obra citada, páginas 54-55.
- (114) FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 89.
- (115) Citado por: FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA: *La Autoría mediata en aparatos organizados de Poder*, obra citada, página 138.
- (116) ROXIN, CLAUS: *Dominio de la organización y resolución al hecho*, 2006, página 516
- (117) Véase el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe
- (118) ROXIN, CLAUS: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, página 20.
- (119) Citado por PARIONA ARANA, RAÚL: *La doctrina de la "disposición al hecho". ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización*, 2008, página 42.
- (120) BERTONI, EDUARDO: *Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y Aplicación Práctica*. En: AA.VV.: *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, IDEHPUCP, Lima, 2007, página 4.
- (121) BERTONI, EDUARDO: *Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y aplicación práctica*, obra citada, página 29.
- (122) Es importante la aclaración de MIREILLE DELMAS MARTY en torno a que si bien el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia [a diferencia de su similar del Tribunal Penal Internacional de Ruanda], parecía exigir la existencia de un conflicto armado para la comisión de crímenes contra la humanidad, "en la práctica, sin embargo, la autonomía del TPIY se fortaleció con el fallo Tadic, en el cual la Cámara de Apelaciones consideró que el derecho consuetudinario internacional ya no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional. En otras palabras, resulta claro que un crimen contra la humanidad puede cometerse en tiempos de paz". En: *¿Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores? Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*, Editorial Norma, Bogotá, 2004, página 83.
- (123) Ha mencionado AMBOS, KAI que esta doctrina presupone que el autor ostente una determinada posición de poder militar o político. Está, además, íntimamente relacionada con una punibilidad por omisión. La posición de mando del autor lo coloca en una posición de garante, la cual tiene por consecuencia el surgimiento de determinados deberes de control, de protección o de vigilancia (deberes del garante), cuyo incumplimiento lo hace punible por omisión [La Parte General del Derecho Penal Internacional, Konrad Adenauer Stiftung - Temis, Montevideo, 2005, página 79].
- (124) AMBOS, KAI: *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, ARA Editores, Lima, 2004, página 375. La figura de la "responsabilidad del superior" tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión y un delito de peligro. El superior es sancionado, desde la perspectiva objetiva, por el incumplimiento de supervisión de los subordinados y por no "prevenir" o "reprimir" la comisión de sus atrocidades los crímenes cometidos por los subordinados no son un elemento del tipo ni una simple condición objetiva de la punibilidad del superior, son sólo el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior-; y, desde la perspectiva subjetiva, el dolo del superior no se limita únicamente al incumplimiento de supervisar, el cual crea el riesgo o el peligro de que los subordinados cometan crímenes, sino también a los mismos crímenes derivados [AMBOS, KAI: *La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional*. En: AA.VV.: *La nueva justicia penal supranacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, páginas 159, 197 y 198].
- (125) Destaca las diferencias, WERLE, GERHARD: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 217/218 y 225/226. Señala el autor (1) que la autoría mediata se reconoce en los grandes sistemas jurídicos del mundo, sin embargo antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma ni estaba regulada en el derecho internacional ni había sido aplicada por la jurisprudencia; (2) que en el derecho penal internacional la autoría mediata es relevante, ante todo, en la forma del dominio de una organización; (3) que la regulación del Estatuto de Roma, en orden a la punibilidad del autor mediato es independiente si el autor inmediato es, de por sí, responsable penalmente: lo dispuesto en el artículo 25°.3, a) tiene un efecto aclaratorio en dos sentidos [se destaca uno], en cuya virtud la figura del "autor detrás del autor" pasa a tener una base en derecho penal internacional, pues no se excluye expresamente la responsabilidad del sujeto que actúa como autor directo o inmediato. Por otro lado, sobre la figura de la responsabilidad del superior, destaca (4) que es una creación jurídica del Derecho Penal Internacional, bajo cuya égida puede hacerse responsable al dirigente militar o superior civil por crímenes de derecho internacional cometidos por los subordinados, cuando lesione de forma reprochable los deberes de control que le son propios; y, (5) que desde el punto de vista dogmático esta figura se puede situar entre la responsabilidad por omisión y la teoría de la intervención delictiva, lo que plantea complicados problemas de delimitación y de concurso con los principios generales de la teoría de la intervención.
- (126) Esta formulación, enfatiza CARO CORIA, DINO CARLOS, incorpora el modelo de ROXIN de autoría mediata a través de "estructuras de poder organizadas" [La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: En: AAVV *La corte Penal Internacional y las medidas de su implementación en el Perú* SALMÓN, ELIZABETH (coordinadora), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, página 145].
- (127) En este sentido se pronuncia, asimismo, el AMICUS de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos "ALLARD K. LOWENSTEIN" de la Escuela de Leyes de Yale. Dice lo siguiente: "...De esta forma, a diferencia de la autoría mediata o coautoría, la responsabilidad del superior atribuye responsabilidad a los superiores por sus omisiones esto es, su inacción a la hora de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o para castigar los crímenes cometidos por sus subordinados-. En comparación, la autoría mediata y la coautoría generalmente presumen que los autores realizan algún acto positivo para poner en marcha los sucesos que llevan al crimen..." [página 27].