

# Procesamiento Penal de Violaciones de Derechos Humanos

 Notas destacadas Selección de jurisprudencia

## Presentación

La presente edición del boletín especializado, correspondiente al mes de setiembre de 2009, ofrece una selección de extractos acerca de algunos temas de doctrina jurídica, abordados en el dictamen emitido por la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal a cargo del fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde, en el proceso seguido contra Alberto Fujimori Fujimori, por violaciones de derechos humanos.

En ella se opina por la ratificación de la pena privativa de libertad de 25 años impuesta al procesado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema; sin embargo, se desestima la agravante del delito de secuestro considerada por la sentencia de primera instancia.

Entre los temas que aborda el citado dictamen se encuentran los elementos del agravante de trato cruel en el delito de secuestro, la suspensión de la prescripción, la diferencia entre los delitos de secuestro y abuso de autoridad, la prueba indiciaria e indicio, el principio de correlación de la sentencia con la acusación, entre otros.

Finalmente, presentamos las noticias más importantes del mes relacionadas con el procesamiento penal de violaciones de derechos humanos.

## Índice

Notas destacadas del mes..... 2

Dictamen Fiscal en el caso contra Alberto Fujimori  
por los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE..... 3 - 17

- **Ministerio Público pide ratificar pena a Fujimori**

*(La República)* El fiscal Pablo Sánchez Velarde se pronunció ayer a favor de confirmar la condena de 25 años de prisión al ex presidente Alberto Fujimori por los asesinatos de La Cantuta, Barrios Altos y el secuestro de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer. Sin embargo, en su dictamen presentado a la 1ª Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Sánchez se opuso a calificar la privación de libertad de Gorriti y Dyer como secuestro agravado por trato cruel. En este punto, el fiscal sugirió modificar el veredicto dictado contra Fujimori, el 7 de abril pasado. Según el fiscal solo hubo secuestro simple, según la declaración de las propias víctimas. “Se descarta que las víctimas de secuestro, Gustavo Gorriti y Dyer Ampudia, hubieran padecido un mayor sufrimiento o dolor que no sea el inherente al propio delito, como también la ejecución de actos adicionales e innecesarios en tales delitos: el agravante 'trato cruel' no tiene sustento en la realidad en que ocurrieron los delitos”, explicó el fiscal supremo. Sin embargo, pese a ese detalle, la fiscalía dice que ese delito no ha prescrito. El secuestro simple prescribe a los seis años, pero la fiscalía consideró que no debe contarse el tiempo que Fujimori ejerció la presidencia, el proceso de antejuicio y la extradición desde Chile. En tanto, el fiscal respaldó el resto del contenido de la sentencia que dictó el tribunal presidido por el juez supremo César San Martín, rechazando uno a uno todos los argumentos del abogado defensor César Nakazaki. Sánchez Velarde dijo que está debidamente probado que Fujimori fue autor mediato del secuestro y los asesinatos cometidos por militares y el destacamento Colina, pues dirigió el aparato de poder que ejecutó dichos crímenes.

<http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20090901/8/node/215350/todos/15>

- **CIDH resolverá caso Anzualdo**

*(La República)* La Corte Interamericana de Derechos Humanos informó mediante comunicado que en estos días delibera y estudia la sentencia que dictará por el caso de la desaparición forzada del estudiante Kenneth Anzualdo Castro a manos de miembros del servicio de inteligencia del Ejército, en 1993. El caso fue presentado ante la Corte el pasado 2 de abril. Al respecto, Gloria Cano, abogada de Aprodeh, dijo que “sería muy importante que la Corte establezca la responsabilidad del Estado durante el régimen fujimorista”.

<http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20090923/9/node/220101/todos/15>

- **Corte Suprema anula sentencia de caso Indalecio Pomatanta**

*(La Primera)* La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que preside el vocal Robinson Gonzales, anuló la sentencia de la Sala Penal Nacional, que condenó en enero pasado a 20 años de prisión al marino Andrés Egocheaga, por el cruel asesinato del menor Indalecio Pomatanta. La relatora de la Sala Penal Permanente, Susana Vera, confirmó la información a los abogados del Instituto de Defensa Legal (IDL). Con este fallo, el proceso retornará a fojas cero y deberá iniciarse un nuevo juicio contra Egocheaga, pese a que la defensa de la familia Pomatanta demostró durante el juicio que el marino comandó el 2 de abril de 1995 la operación militar en la que Indalecio Pomatanta, de 17 años de edad, fue detenido, torturado, rociado con gasolina y quemado vivo. La Sala Penal Nacional, presidida por Pablo Talavera, deberá decidir en los próximos días si el nuevo juicio es realizado con Egocheaga en prisión o en libertad. El marino es el único condenado en este proceso, pues la Sala Penal Nacional absolvió a los marinos Jorge Rabanal, Mario Peña y Pedro Rodríguez, también acusados por el crimen.

[http://www.diariolaprimeraperu.com/online/politica/saldra-libre-asesino-de-caso-pomatanta\\_45815.html](http://www.diariolaprimeraperu.com/online/politica/saldra-libre-asesino-de-caso-pomatanta_45815.html)

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

### I. Datos Generales

Instancia: Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal  
Fecha de emisión: 31 de agosto de 2009  
Expediente: AV. 19-2001-09.  
Dictamen: 023-2009  
Acceso al Dictamen:  
[http://www.mpfm.gob.pe/descargas/informes/01092009112731\\_VER\\_DICTAMEN\\_COMPLETO.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/descargas/informes/01092009112731_VER_DICTAMEN_COMPLETO.pdf)

### II. Introducción de la Causa

En la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, comentada anteriormente en el Boletín Especializado N° 6 (\*), se 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).

Tanto la defensa del sentenciado como la parte civil interpusieron recurso de nulidad contra dicha sentencia, cuya apelación será vista por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

A continuación, se presentan una selección de extractos sobre algunos temas de doctrina jurídica, abordados en el dictamen emitido por la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal a cargo del fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde.

### III. Temas de Interés

#### 3.1. Naturaleza de la agravante trato cruel

La doctrina y la jurisprudencia comparada ha dejado establecido que la tortura, el trato inhumano y el trato degradante, son las tres escalas de gravedad o intensidad de los actos que atentan contra la integridad física, psíquica o moral de la persona: la tortura es el escalón más grave, el trato degradante es el más leve y el trato inhumano, el intermedio (1). Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también ha referido que la distinción entre la tortura y el trato inhumano o degradante deriva principalmente de la diferencia de intensidad del daño infligido, constituyendo la tortura la forma agravada, mientras que el trato inhumano es aquel que produce intenso sufrimiento y daño corporal, pero que no llega al extremo de la tortura (2).

Esta escala de gravedad o intensidad, no obstante, su plena existencia y reconocimiento normativo y doctrinal, plantea muchos problemas en su concreta aplicación judicial, pues como lo sostienen algunos, la gravedad es un concepto jurídico indeterminado (3), es una cuestión relativa por su propia naturaleza que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente, de la duración de los malos tratos y de esos efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de las víctimas, etc. (4).

La relatividad o indeterminación de este concepto gravedad, ha sido incluso ampliamente justificada en la jurisprudencia de los tribunales que conforman los sistemas regionales de protección de los derechos humanos; en ésta –lejos de definir el contenido de cada uno de los citados niveles de gravedad o establecer criterios uniformes que sirvan como modelo preponderante–, analiza en concreto, el caso sometido a su jurisdicción y valora en forma conjunta las particularidades y circunstancias del hecho. (...)

Por ende, no se puede establecer en abstracto, la naturaleza y el contenido de cada una de estas graduaciones, éstas deben ser determinadas por el juez en el caso particular, dicha labor, es complicada y se torna aún más difícil pues no existe ningún organismo ni instrumento del Derecho Internacional que especifique qué se entiende por grave o qué queda fuera de esta graduación (5).

Sin embargo, pese a esta relatividad y exigencia laboral delegada al juez en la causa concreta, se debe tener un punto de partida o de referencia, para determinar el contenido del trato cruel como agravante del delito de secuestro. Este punto de referencia debe centrarse en la misma concepción de tortura: ésta constituye el ataque más intenso a la integridad física o moral y en definitiva a la dignidad de la persona humana, que limita gravemente su propia identidad (6)

(\*) Acceso al Boletín N° 6: [http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/boletin\\_ddhh/boletin%20procesamiento%20penal%20ddhh%20-%20abril%202009.pdf](http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/boletin_ddhh/boletin%20procesamiento%20penal%20ddhh%20-%20abril%202009.pdf)

e implica toda condición o procedimiento que ocasiona graves sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o cualquier otro procedimiento que atente contra la integridad personal (7). Este nivel de intensidad o gravedad, sirve solamente para excluir de su contenido, a todos aquellos actos que no alcancen o manifiesten este grado máximo, o como lo ha postulado el Tribunal: será trato cruel, todo acto deliberado que produce dolor o aflicción, pero que no lo es suficientemente severo para que se le pueda calificar de tortura ni lesiones (8). Así pues, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el trato cruel, como agravante del delito de secuestro, coincide, según el caso, con el trato inhumano o con el trato degradante, niveles inferiores al de la tortura.

Bajo este planteamiento, efectivamente, coincidiendo con el Tribunal, no se puede efectuar un análisis del trato cruel desde la perspectiva del delito de asesinato; no obstante, esta afirmación merece ser aclarada: como se sostiene en la sentencia (9), el trato cruel debe ser analizada partiendo de su figura básica, esto es del secuestro en su modalidad simple, pues por la intensidad o gravedad es posible que el “trato cruel” –agravante del secuestro– no coincida con la “gran crueldad” –elemento típico accidental del asesinato–. Sin embargo, conforme se ha sustentado en los párrafos precedentes, esta diferencia –al igual que la verificada entre el acto degradante, el acto inhumano y la tortura– únicamente radica en su intensidad o gravedad –así también se reconoce en la sentencia–; ante todo, conviene resaltar que todos ellos pertenecen a un mismo género al que puede denominarse: crueldad, por ende, al margen de esta única diferencia relacionada a la intensidad o gravedad, todas estas formas de crueldad tienen más de común, ellas requieren para su configuración de los mismos requisitos o presuponen los mismos elementos, como se verá a continuación.

### 3.2. Los elementos del agravante trato cruel

En la sentencia se ha definido a la crueldad como la “circunstancia (física/psíquica o moral) que debe ser apreciada normativamente cuya referencia es siempre el comportamiento del agente, en sus aspectos objetivos y subjetivos: adición de otros males –propriadamente innecesarios– a la víctima, fuera de los propios del secuestro: la pura restricción de la libertad deambulatoria, y la asunción del agente de la innecesariedad de su acción, el carácter deliberado del exceso, de ocasionar padecimientos innecesarios a la víctima”. Asimismo, siguiendo este concepto genérico, ha agregado que trato cruel, es una circunstancia agravante que, como tal, requiere un plus frente a toda conducta que entrañe privación ilegal de la libertad de una persona y que puede ser definida como aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento pero que por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se pueda calificar de tortura ni lesiones (10).

Esta definición de la crueldad –coincidente incluso con su contenido semántico (11)–, es la misma que se propone en la doctrina nacional y comparada, en cuyo ámbito es casi unánime su concepción en términos genéricos, concepción que en sus presupuestos o elementos mínimos está presente en cualquier grado o nivel trato degradante, trato inhumano y tortura–, como también en sus distintas formas ya como agravante de algunos delitos –trato cruel en el delito secuestro– (12) ya como elemento típico de otros –gran crueldad en el delito de asesinato–. (...)

Definida así la crueldad, ésta requiere siempre de dos elementos: uno objetivo, que se manifiesta en la innecesariedad de padecimiento y otro subjetivo, que es el propósito o ánimo del agente de querer causar dolores innecesarios a la víctima (13). Ambos elementos deben concurrir y ser debidamente valorados para determinar la configuración de la crueldad o cualquiera de sus formas (14), como lo es la agravante del secuestro: trato cruel (15).

Configurado de esta manera, el trato cruel es el plus –señalado en la sentencia– que debe verificarse adicionalmente a la privación de la libertad y que, al igual como se manifiesta en otros delitos, justifica un mayor injusto penal (16) o una mayor culpabilidad (17) o ambos (18); cualquiera de estas posiciones fundamentan la agravante: el agente además de lesionar el bien jurídico propio del delito de secuestro, innecesaria y deliberadamente aumenta el sufrimiento de la víctima afectando otro bien jurídico que es la integridad física, psíquica o moral.

La innecesariedad del trato cruel es el elemento objetivo o material por el que se exige que el sufrimiento o el dolor no sea el inherente al propio acto, esto es, el padecimiento de la víctima no debe ser manifestación o consecuencia del propio secuestro, sino que debe provenir de una acción adicional que es innecesaria para la ejecución y consumación de la privación de la libertad (19).

El secuestro, por su naturaleza, siempre se ejecuta empleando violencia psíquica y violencia psicológica –coacción–, lo que ocasiona cierto nivel de angustia; el mayor o menor sufrimiento dependerá de otros factores como por ejemplo, la utilización de una incrementada intensidad de la violencia, el temperamento y la personalidad de los ejecutores, el entorno o el ambiente

en el cual se ejecuta, el lugar donde se retiene a la víctima, la probable incomunicación y, en general, de las particularidades que per se, son necesarias en la ejecución y consumación del delito, todo lo cual constituye el límite de lo ordinario del secuestro: las circunstancias y actos que causen sufrimiento, fuera de esta línea, deberán ser considerados innecesarios y, por ende, calificados como trato cruel.

Verificar la existencia de la innecesiedad del trato cruel, en un caso concreto, debe pasar por examinar primero a la víctima (20) –si estuviera viva–, pues es ella la principal fuente de información –aunque no la única– que permitirá determinar, a través de la indagación u aproximación a su psiquis: en primer lugar, los sufrimientos que padeció y su intensidad, y en segundo lugar, si este sufrimiento o dolor se encuentra fuera del límite ordinario o no es inherente a la ejecución misma del secuestro. Cualquier conclusión sobre esta agravante, que prescinda del examen de la víctima o esté desconectado de su realidad psicológica, será superficial y ligera.

Otro examen siguiente, que contribuye al objetivo reseñado en el párrafo anterior, debe comprender las particularidades, circunstancias y su correspondiente ponderación, del caso concreto. Este examen no debe estar desligado con el que se exige para conocer el propósito o ánimo del agente, pues la valoración de todos estos elementos, igual sirve para la finalidad común de determinar la existencia de ambos elementos.

El propósito de hacer sufrir a la víctima constituye el elemento subjetivo o intencional que debe verificarse en el sujeto activo; el padecimiento o dolor debe haberle sido aumentado deliberadamente, es decir, que el agente se lo quiso causar de manera innecesaria, así no solo tuvo conocimiento y voluntad de la privación de la libertad personal, sino además, tuvo el ánimo de causar un dolor adicional a aquella (21). Sin embargo, debe resaltarse que este ánimo no es un elemento subjetivo especial como por ejemplo, la satisfacción de un instinto asesino o de un deleite morboso (22).

Es insuficiente haberse probado, únicamente, la innecesiedad del trato cruel: asumir una postura contraria, solo avalaría la responsabilidad objetiva que está proscrita por expresa disposición del artículo VII del título preliminar del Código Penal. Por consiguiente, es necesario objetivar este elemento teleológico para lo cual no basta con verificar el resultado del secuestro, sino que es necesario, además, realizar, como ya se anotó, un examen, de las particularidades del caso concreto y del sujeto activo, pues de éste es posible inferir razonablemente ciertos elementos sobre su efectivo propósito o ánimo de tratar cruelmente a la víctima de secuestro (23).

### 3.3. Suspensión de la prescripción penal

(...) la suspensión de la prescripción de la acción penal, es un recurso de naturaleza civil por el cual, la iniciación o continuación del plazo legal para perseguir el delito, experimenta un detenimiento, de tal manera que el tiempo transcurrido con anterioridad a la presentación de este impedimento pierde su eficacia y queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurra luego de la desaparición del obstáculo impuesto por la misma ley (24). De lo expuesto, puede afirmarse que tres, son las características de esta institución procesal: Primero, solo suspende un intervalo del tiempo que es el coincidente el impedimento o asunto procesal, el mismo que no se computa para los plazos de prescripción. Segundo, el tiempo trascurrido con anterioridad al impedimento, mantiene su plena eficacia prescriptiva, es decir, se computa y se suma al que continúe luego de desaparecido el escollo procesal. Tercero, el impedimento, debe estar previsto en el derecho positivo (25).

Una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal es la llamada condición de procedibilidad, que no es sino aquella causa que condiciona el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no posible promoverla (26). En palabras de Catacora Gonzáles, es un requisito de admisibilidad o perseguibilidad, que no tiene ninguna relación con la verdad o falsedad de la imputación, ni con los elementos de tipicidad (27). La operatividad de esta condición o requisito de procedibilidad puede verificarse en dos momentos: antes o después de iniciado el proceso; en el primero, impide el ejercicio de la acción penal y, por ende, el inicio del proceso, en tanto no se haya satisfecho; en el segundo, actúa medio de defensa que puede concretarse como una cuestión previa, destinada a neutralizar la acción penal e impedir la continuación del proceso iniciado.

La Constitución Política de 1993, artículo 117, prevé –como también lo hacía la Constitución Política de 1979, artículo 210– una condición de procedibilidad, y por tanto, una causa de suspensión de la prescripción de la acción penal: la inmunidad presidencial. Esta es una garantía procesal penal de carácter político de la que goza el Presidente de la

República, que impide ser acusado y juzgado penalmente y por el que se busca evitar la perturbación, alteración y discontinuidad de la función de la más alta magistratura del Estado. Sin embargo, esta inmunidad es relativa y temporal (28), en tanto no alcanza a todos los delitos y su duración y vigencia coincide con el periodo presidencial, luego del cual podrá ser perseguido y juzgado (29).

Todo ello condiciona la acción penal contra Presidente de la República, empero asimismo, se constituye una causa de suspensión de la prescripción de la acción penal. A este respecto, tanto en la doctrina constitucional como la doctrina penal coinciden en señalar que esta constituye una obstrucción temporal contra la persecución penal de la criminalidad gubernamental (30), pues terminado el mandato presidencial, queda expedita la acción para perseguir al ex-Presidente por los delitos que hubiera cometido durante su periodo, sin que el tiempo transcurrido pueda computarse para los efectos de la prescripción (31) (...)

(...) otra causal de suspensión de la prescripción de la acción penal: el antejuicio político (32), que no es sino una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, evitando así ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio legislativo (33) (...)

También se verifica como causal de suspensión de la prescripción de la acción penal, la declaración de contumacia conforme al artículo 1 de la ley N° 26641, norma cuya constitucionalidad ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional (34). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido, en acuerdo plenario, que la declaración de contumacia requiere de una resolución judicial motivada que declare dicho estado procesal del imputado, esta resolución tiene, por ende, una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado del ausente, en cualquier etapa del proceso, instrucción, intermedia o juicio oral (35) (...)

Parte del mencionado periodo suspendido por la declaración de contumacia coincide con el periodo de suspensión por otra causal: el procedimiento de extradición; este por su propia naturaleza impide el inicio o la continuación de un proceso penal y debe ser resuelto en otro, distinto a aquel en el que se pretende la aplicación de ius puniendi del Estado.

### 3.4. Diferencias entre los delitos de secuestro y abuso de autoridad

Para esta finalidad conviene referirnos a los argumentos expuestos en los alegatos parciales que sustentan la tesis de que el hecho objeto de la acusación no debe ser encuadrado en el tipo penal de secuestro, sino en el tipo penal de abuso de autoridad (folio 67622 a folio 67687, de folio 67735 a folio 67796 y de folio 67930 a folio 68042). En esta orientación la defensa postula lo siguiente:

- i. El elemento normativo privar de libertad “sin derecho, autorización, orden o potestad”, es el que permite establecer la diferencia entre el delito de secuestro y el delito de abuso de autoridad por detención arbitraria. Ambas figuras protegen la libertad, mientras que el primero es cometido por un particular, el segundo es cometido por un funcionario público que tiene potestad para detener, pero abusa de su cargo.
- ii. A nivel de la doctrina y la legislación comparada, la distinción entre ambos tipos penales ha producido dos sistemas normativos que protegen la libertad: El sistema de calificación o agravación, que por un lado, tipifica la privación de la libertad, sin derecho, cometida por un particular, como secuestro básico; y por otro, califica la misma conducta, realizada por un funcionario público, abusando de su función, como secuestro agravado por la calidad del autor; es el sistema adoptado por el Código penal español de 1995. El sistema de diferenciación o distinción por la condición del autor, que tipifica la privación de la libertad, cometida por un particular, como secuestro; y sanciona la privación de libertad, ejecutada por un funcionario público como delito de abuso de autoridad por detención ilegal; es el sistema que adoptó por el Código penal peruano de 1924 y el derogado Código penal español de 1973.

- iii. El Código penal peruano de 1991 aún mantiene el sistema de diferenciación: el artículo 152, primer párrafo –texto primigenio–, regulaba el tipo base estableciendo único autor al particular, y el resto del artículo calificó las agravantes, entre las que no consideró la calidad de funcionario público.

El hecho que no se hubiera mantenido expresamente a la detención ilegal como abuso de autoridad, no es obstáculo para sostener el sistema diferenciador, por estas razones:

- Primero: La naturaleza legislativa del sistema de calificación exige que el Código penal incorpore, el tipo penal de secuestro calificado por la condición de funcionario público. En el código penal no se contempla ninguna norma como ésta y el texto normativo de su artículo 152, solo se refiere a “el que”, que únicamente contiene al particular y no al funcionario público.
- Segundo: La relación del objeto de tutela penal; el tipo penal de abuso de autoridad en la modalidad de detención ilegal protege de manera genérica, a la administración pública y en forma específica, el sistema de garantías constitucionales de la libertad; el tipo de secuestro protege la libertad. Al protegerse el mismo bien jurídico, existe un concurso aparente de leyes que se soluciona aplicando el principio de especialidad, en mérito al cual se debe calificar la conducta como abuso de autoridad por detención ilegal.
- Tercero: La interpretación constitucional del artículo 419 del Código penal –delito de detención ilegal ejecutado por el juez–, permite afirmar también que nuestro ordenamiento jurídico mantiene el sistema de diferenciación.
- Cuarto: La subsidiaridad del tipo de abuso de autoridad, conlleva a sostener que las extralimitaciones de los funcionarios públicos deben ser calificadas bajo este tipo penal.
- Quinto: Los funcionarios públicos que se extralimitan en su potestad de detener, es una forma del delito de abuso de autoridad.

A manera de introducción de la presente parte conviene señalar que el elemento normativo del tipo de secuestro –artículo 152 del Código penal–: “sin derecho, motivo ni facultad justificada”, permite interpretar, como lo sostiene Salinas Siccha, que si determinada persona actúa conforme a derecho o en todo caso, dentro de las facultades que le flanquea la ley, el delito no aparece; esto ocurre cuando una persona o autoridad detiene o sorprende en flagrante delito, o cuando la autoridad detiene a una persona por orden judicial (36). Resulta evidente que el delito, entendido como acción típica, antijurídica y culpable, per se es un hecho al margen del ordenamiento jurídico en general, así pues la construcción del delito de secuestro, al incorporar en el tipo penal este elemento normativo, está valorando la antijuricidad en el plano de la tipicidad, esto es, realiza una valoración global del injusto penal.

La detención practicada por un funcionario público sólo está amparada por el cumplimiento de un deber cuando concurren los supuestos legalmente previstos en las leyes correspondientes, en estos supuestos no se puede sostener que el funcionario cometió un hecho típico, pues la conducta, en sí misma, se ampara en una causa de justificación: cumplimiento de un deber, que legitima la privación de libertad del individuo.

El secuestro es un delito común por lo que el sujeto activo es innominado y puede ser cualquier persona: un particular –incluyendo al funcionario que actúa como particular– o un funcionario público –que actué como funcionario dentro de su ámbito competencial–. Por otro lado, también de manera preliminar en tanto se desarrolla en fundamentos posteriores (37), es de destacar que nuestro legislador penal de 1991 construyó el delito de abuso de autoridad –artículo 376 del Código penal– como un tipo genérico que reúne todos los abusos o extralimitaciones, imputables al funcionario público, pero que no se hallen contemplados en otros tipos penales, esto es, subsidiario dentro del catálogo de delitos funcionariales (...)

Una primera conclusión (...), nos lleva a afirmar que los llamados “sistemas” señalados por la defensa, con el contenido propuesto y el esquema postulado para cada una de ellas –sistema de calificación o agravación y sistema de diferenciación–, no tienen correlación en la normativa, en la doctrina ni en la jurisprudencia extranjera, con la que pretende sustentarlas; por lo que, importar una de ellas, desconociendo la realidad en la que supuestamente nacieron y se aplican, como lo sugiere la parte recurrente, lejos de coadyuvar a interpretar nuestras normas – actividad que es válida y recomendable–, conllevaría, por un lado, a desconocer la realidad jurídica peruana, y por otro, a crear y/o legislar nuevos tipos penales, función que solo le corresponde al poder legislativo.

Una segunda conclusión se centra en que, ni el anterior Código penal de 1924 ni el vigente de 1991, siguieron o siguen algunos de los invocados sistemas con las particularidades reseñadas por la defensa: ambos cuerpos legislativos sistematizaron distintas formas de sancionar tanto la privación de la libertad como el abuso de autoridad.

Una tercera conclusión que aseveramos, es que todo ordenamiento jurídico antes que contener sistemas rígidos –como los propuestos por la defensa–, regula de manera sistemática y conforme a objetivos políticos-criminales, conductas delictivas y sus correspondientes sanciones; bajo esta misma orientación, se regulan tanto los delitos comunes como los delitos especiales, dentro de los cuales se encuentran los delitos cometidos por los funcionarios públicos, por ende, la interpretación de cada figura delictiva no debe desconocer ni esta sistemática, ni tales objetivos políticos criminales –entre otras formas de interpretación que aconseja la doctrina–. Así pues, es la ley de cada país, la que crea e impone un determinado sistema dentro de su correspondiente ámbito y realidad social.

### 3.5. La subsidiaridad del delito de abuso de autoridad

La subsidiaridad del tipo penal de abuso de autoridad, debe entenderse, como se sostiene en la sentencia (38) y conforme lo hemos adelantado (39), solo para los delitos funcionariales, esto es, para todos los tipos penales que atentan contra la administración pública cometidos por funcionarios abusando de su cargo. Respecto a ello, es conveniente señalar lo que se postula en la doctrina, Abanto Vásquez expresa que a través de este abuso innominado el legislador pretende abarcar aquellos casos que no pueden ser comprendidos por los otros tipos de abuso específico, como concusión, exacciones, peculado, etc., por lo que, solamente tendría aplicación supletoria en los supuestos que estos tipos penales específicos no sean aplicables (40). Rojas Vargas, en el mismo sentido señala que en nuestra legislación se ha tipificado, por un lado, el abuso de autoridad genérico o innominado y por otro, distintas formas de abuso nominado o específico, de tal manera que el primero es una figura subsidiaria solo imputable a los actos del agente cuando no existe un tipo penal específico, así se busca proteger, cubriendo todas las posibilidades de ocurrencia, el prestigio y la calidad de la administración pública, cerrándole al funcionario público el camino para el exceso doloso en el ejercicio de sus funciones (41).

Este sistema adoptado por el legislador peruano respecto a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, permite reiterar que el abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código penal, es un tipo subsidiario, no de cualquier delito, sino solo de aquellos cometidos por funcionarios públicos y que además impliquen un abuso de su cargo. Así pues un abuso funcional genérico sería subsidiario solo si, una determinada conducta imputada, no cuenta con similares específicos en una norma que contemple un abuso funcional particular (42).

La funcionalidad de esta subsidiaridad, conlleva a sostener de manera razonable y contundente que frente a un caso concreto en el que se verifique un abuso funcional, es necesario determinar si ese abuso está o no tipificado –dentro del catálogo legislativo de delitos que constituyen abuso de función– en otra norma de manera específica, de no estarlo deberá ser calificado en el tipo penal del referido artículo 376 del Código penal; no obstante, debe establecerse y resaltarse tres aspectos sustanciales de contenido político-criminal que complementan e integran necesariamente dicha subsidiaridad:

Primero, es una subsidiaridad normativa o legislativa, es decir, el legislador es el que proporciona, de manera abstracta, los tipos específicos de abuso de autoridad y por ende, regula los supuestos en los que es aplicable el citado artículo 376 del Código penal: la norma penal provee y distingue los casos en los que un abuso de cargo ya se encuentra contenida en otra particular.

Segundo, es una subsidiaridad interna y limitada, esto es, se aplica solo dentro del catálogo de delitos cuya tipicidad objetiva contiene, como elemento constitutivo, al abuso de la función pública –delitos funcionariales. Esta característica complementa la anterior, en tanto dicho catálogo, obviamente, es de naturaleza normativa: el legislador establece la sanción y agrupa aquellas conductas que constituyen abuso funcional (43), por lo que, la subsidiaridad no es ilimitada y aplicable a cualquier delito, sino que está circunscrita a los delitos funcionariales.

Tercero, la operatividad de la subsidiaridad la inserta a su vez, dentro del mencionado catálogo legislativo, de tal manera que su contenido estructural y funcional, como un todo, busca la eficacia político-criminal de reprimir estos delitos funcionariales, conforme al sistema creado por el legislador peruano.

### 3.6. Estados de excepción y libertad ambulatoria

Una sociedad en democracia, muchas veces motiva el surgimiento de circunstancias que, por su gravedad, requieren una respuesta enérgica de parte del Poder ejecutivo, representado por el Presidente de la República, a efectos de cautelar la vigencia del Estado Democrático de Derecho y el bienestar general; no obstante, esta respuesta, eventualmente, colisiona con el pleno ejercicio de algunos derechos fundamentales. Tanto la Constitución de 1979 –artículo 231–, como la vigente de 1993 –artículo 137–, autorizaba y autoriza este tipo de respuesta, a dicho poder del Estado, mediante el establecimiento de un estado de excepción con la finalidad de que, en un tiempo y lugar determinados, solucionen las situaciones extraordinarias que pongan en riesgo la paz social o la soberanía de la nación; así, dependiendo del contexto de perturbación social y/o político en que se encuentre, se pueden instaurar en la República, dos situaciones de excepcionalidad:

El estado de emergencia que se dicta en situaciones de conflicto interno, perturbación de la paz, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten el destino de la nación; dado el carácter excepcional de la situación y las medidas represivas adoptadas por el gobierno, es posible que éstas perturben algunos derechos fundamentales expresamente señalados en la norma constitucional, de allí que se permite la restricción o suspensión de su ejercicio.

El estado de sitio que es ejecutado cuando la nación se encuentra en una situación de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de la realización de cualquiera de ellas; a diferencia del estado de excepción, en éste se precisa los derechos fundamentales que se encuentran en vigor.

Sobre los estados de excepción, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que éstos se caracterizan por: a) Concentración de poder, con permiso constitucional, principalmente, en el jefe del Ejecutivo; b) Existencia o peligro inminente de grave circunstancia de anormalidad en la vida del Estado; c) Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios; d) Transitoriedad del régimen de excepción y su determinación espacial; e) Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales; f) Aplicación, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de las medidas que permitirán restablecer la normalidad constitucional; g) Defensa de la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización jurídico-política; y h) Control jurisdiccional expresado en la verificación de tales principios en el acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona (44). Asimismo, con relación a esta última característica, ha establecido que de ninguna manera nuestra Constitución Política podría consagrar un período de indefensión ciudadana y anulación de toda actuación regular del Estado, según las reglas, principios y valores que justifican su existencia; expresamente señala: “si bien las normas que consagran los derechos fundamentales de la persona son previstos para su goce pleno en situaciones de normalidad, en cambio durante los «tiempos de desconcierto» pueden convertirse en instrumentos para la destrucción del propio orden constitucional que los reconoce y asegura. Por ende, en vía de excepción, legislativamente es admisible la suspensión o limitación de algunos de ellos, sin que ello signifique llegar al extremo de consagrar un estado de indefensión ciudadana y proscripción de la actuación del Estado con sujeción a reglas, principios y valores que justifican su existencia y finalidad” (45).

Por ende, siguiendo el mismo parecer del máximo interprete de la Constitución es necesario puntualizar que un Estado Democrático de Derecho se sustenta en el principio democrático en el que no sólo se reconoce la soberanía popular y la supremacía constitucional, sino además se proyecta como una realidad constante, de tal manera que la democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (46) (...)

El Tribunal Constitucional peruano ha sustentado: “La determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona” (47).

La Constitución Política de 1979, señalaba en su artículo 231, inciso 1, que con la declaratoria del estado de emergencia se suspendían las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio; asimismo, facultaba al Presidente de la República a disponer que las Fuerzas Armadas asumieran el control del orden interno en las localidades en que se decretara (48).

El Tribunal Constitucional precisa que en los estados de emergencia es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, como el de tránsito o locomoción; sin embargo, aclara que lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del

derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, teniendo como referentes la razonabilidad y proporcionalidad de los actos (49).

En la doctrina constitucional también se sigue el mismo parecer, así Donayre Montesinos, siguiendo a Espinoza-Saldaña Barrera y Eguiguren Praeli, hace referencia que, en sentido estricto, lo que sucede es que aquellos derechos fundamentales se ven restringidos o limitados en su ejercicio mientras dure el estado de emergencia, consecuentemente, las restricciones o limitaciones que pueden interponerse durante dicho estado se impondrán siempre que resulten necesarias para hacer frente a la grave situación que enfrenta el país (principio de razonabilidad), y en la medida suficiente para tal efecto, ni más ni menos (principio de proporcionalidad) (50).

La libertad personal, en sus distintas modalidades, dado su carácter de derecho fundamental de la persona –así también lo prescribía expresamente la Constitución de 1979 y los tratados sobre derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, no puede ser objeto de suspensión total de todos sus efectos pues ello sería dejar en total indefensión a los ciudadanos: solamente puede limitarse su ejercicio, durante un estado de excepción, siempre y cuando dicha restricción guarde relación con las medidas extraordinarias adoptadas y en la medida que dicha restricción sea indispensable para la consecución del control de la situación extraordinaria que motivó la declaratoria del estado de excepción.

### 3.7. Presunción de inocencia y prueba indiciaria

Es doctrina consolidada que la presunción de inocencia es una de las garantías más importantes que orienta el desarrollo del proceso penal. La virtualidad procesal que posee la presunción de inocencia se manifiesta, de forma relevante, en el ámbito de la valoración de la prueba, pues la certeza de culpabilidad a la que arriba el juzgador –plasmada en una sentencia condenatoria–, debe sustentarse en prueba idónea y suficiente para destruirla. Todo ello pone de manifiesto a la presunción de inocencia como regla probatoria referida al juicio oral, como lo ha dejado establecido el Tribunal Constitucional español, que sobre este aspecto remarca en la sentencia STC 137/2002, de fecha 137/2002, de 3 de junio de 2002, que señala: “el derecho a la presunción de inocencia, concebida como regla de juicio, en esta vertiente en sede constitucional, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. Por lo tanto toda sentencia condenatoria: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento debe venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la ley y a la constitución; c) practicados normalmente en el acto de juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; d) valorada y debidamente motivada, por los tribunales con el sometimiento a las reglas de la lógica y de la experiencia” (51).

Un instrumento utilizado por el Tribunal en el presente caso para la destrucción de la presunción de inocencia es la prueba indiciaria (52), que se centra, no directamente en el objeto del proceso, sino dirigida a demostrar la certeza de otros hechos (indicios), que permiten inferir válidamente –a través de las reglas de la lógica y las máximas de experiencia– las hipótesis que sustentan la acusación. La prueba indiciaria se encuentra constituida por diversos elementos: i) El indicio; respecto a este elemento la Corte Suprema de Justicia de la República, en el recurso de nulidad 1912 – 2005-Piura, precedente vinculante en razón al acuerdo plenario 1–2006/ESV–22, ha señalado: “(a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley– pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento alguno, (b) deben ser plurales [...], (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato a probar– [...], (d) y deben estar relacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia [...]”. ii) La inducción o inferencia, por la cual se afirma un hecho directo a partir de otro mediato, esta inducción debe responder plenamente a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, de suerte que, de los indicios, surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

### 3.8. El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional

El hecho que no haya existido en la ley penal interna la figura que, internacionalmente, reconozca alguna de las graves violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, no ha sido ni es obstáculo para que se dejen de perseguir tales conductas, ya prohibidas por el Derecho Internacional. En tal medida, la amplitud de fuentes del Derecho Internacional no entra en contradicción con el principio de legalidad del Derecho Penal interno puesto que no se exige del operador jurídico que “invente” un tipo penal, sino que aplique el que más se aproxime a la conducta prohibida internacionalmente (53).

La realidad histórica ha puesto en evidencia que la garantía del principio de legalidad se garantiza con la interacción de las mencionadas fuentes del Derecho Internacional. Al respecto, se sostiene en la doctrina que no se le puede exigir al Derecho Internacional Penal que trate el mencionado principio tan igual como lo hace el derecho interno, pues se ha repetido hasta el cansancio, las diferencias estructurales que existe entre uno y otro: el grado de organización y desarrollo del derecho interno no le es aplicable al Derecho Internacional Penal, de formación reciente y características sumamente diferentes. Los derechos internos son sistematizados y sus presupuestos están dados por la existencia de una organización estatal unificada y una autoridad legislativa indiscutible, los cuales no existen en el Derecho Internacional. Todo ello fue considerado con acierto por el Tribunal de Nüremberg al momento de desechar algunas de las críticas de las que fue objeto, sobre las cuales sostuvo, entre otras cosas, que el Derecho Internacional no puede ser producto de una ley y su aceptación general como tal por las Naciones Unidas, puede tener fuentes diversas como los tratados internacionales, las convenciones, los textos doctrinarios de autoridad, practicas internacionales y las decisiones judiciales. Por consiguiente, el Derecho Internacional no es un derecho interno y no tiene, por tanto, la necesidad de verse sometido a las mismas reglas o a los mismos principios: nadie discute si en el ámbito internacional las normas debe ser dictadas por una o por dos cámaras legislativas, sería absurdo y ridículo (54).

Las diferencias estructurales anotadas conllevan a afirmar que el cumplimiento de la formula que contiene el principio de legalidad: *nullum crimen nulla poena sine previa lege penale* en el Derecho Internacional Penal empieza y se centra por no entender la palabra *lex* (ley) en sentido formal, pues es obvio que no existe un órgano legislativo internacional; por ende, el mencionado principio de legalidad, en el Derecho Penal Internacional, debe entenderse en su sentido amplio o mejor dicho como principio de juridicidad (55), definiéndose así como un *nullum crimen sine "iure"*, en tanto es plenamente compatible con sus fuentes, e igualmente –con este contenido y flexibilidad– encuentra sustento en normas internacionales como el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie será condenado por actos u omisión que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; igualmente, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será condenado por actos y omisión que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional [...]”.

Esta misma concepción del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Internacional Penal se plasmó en el IV Informe, de 11 de marzo de 1986, del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doudou Tima. En este se señaló, entre otros aspectos –como por ejemplo, el relacionado a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad–, que la palabra “ley”, en el principio del *nullum crimen sine lege*, debe ser entendida en su sentido amplio, de forma que incluya no solo a la ley, sino también a la costumbre y a los principios generales del derecho.

### 3.9. La calificación de crimen de lesa humanidad

(...) se puede afirmar que existiendo un tipo penal en el derecho interno que califique la conducta como delito, adicionalmente, se le puede caracterizar como crimen internacional (56).

Conforme a esta postura, nos remitimos –como fuentes del Derecho Internacional Penal– al artículo 6, literal c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 1945, que calificó como crímenes contra la humanidad al “asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”.

Del mismo modo, al Principio VI, que instituyó la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y lo aprobó en la resolución 177, de 21 de noviembre de 1947, luego del estudio del proceso de Nüremberg: “Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales: [...] (c) Crímenes contra la humanidad: Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra”.

También al artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, establecido el 8 de noviembre de 1994, en virtud de la resolución 955, del Consejo de Seguridad de la ONU, que textualmente señala: “Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

Acorde con estas normas, recogida además en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (57) y en la doctrina de Derecho Internacional, se define al delito contra la humanidad como aquel atentado contra los bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático, realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto (58), en tiempo de paz o de guerra, y dirigido contra la población civil. El ataque sistemático significa que responde a un plan o patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados, lo que evidencia no solo una política de Estado o de una organización para promoverla, sino además que dicha política se logre implementar de manera organizada de conformidad con el patrón o plan. La generalidad del ataque, por su parte, denota la existencia de una multiplicidad de víctimas: masivo, de acción o gran escala. En cuanto a estas características – sistemático o generalizado – no es necesaria la concurrencia acumulativa de ambas (59).

### 3.10. Libro como medio de prueba

Un libro, al igual que una noticia o un recorte periodístico, constituye una fuente de prueba, es decir, un objeto que puede proporcionar conocimientos para apreciar o acreditar el hecho, materia del proceso, por lo que, resulta siendo de trascendencia para fines del mismo. Por ende, un libro puede ser introducido al proceso, toda vez que, por un lado, contiene la declaración de un testigo, y por otro, no todo conocimiento proveniente de este órgano de prueba, debe reducirse a la testimonial –y ser el único medio de prueba–. En este sentido, la actuación de esta fuente de prueba no se rige por las reglas de la testimonial: no se exige su producción ante el juez o en el juicio oral; antes bien, en tanto se trata de informaciones públicas y voluntarias, pueden y deben ser valoradas cuando contengan aspectos extraprocesales útiles para los fines del proceso.

Bajo esta apreciación no puede exigirse la identificación de las fuentes, como lo pretende la defensa del sentenciado, pues su naturaleza, según se anotó, no se asemeja a la testimonial, además su eficacia probatoria empieza desde la publicación misma del documento y su valoración dependerá de su contenido, sea para confirmar datos conocidos por otros medios de prueba, sea para conocer otros que luego pueden ser confirmados. Asimismo, conviene señalar que el libro al ser un soporte escrito o una representación que expresa una realidad concreta y es preexistente al proceso, su actuación será su lectura, no siendo falta su ratificación por parte de su autor, o que éste último sea interrogado, lo que no impide que éste sea llamado a testificar, en cuyo supuesto concurrirán la instrumental y la testimonial.

### 3.11. Valoración probatoria de testimonios sumariales

En principio toda prueba testimonial debe ser actuada en el juicio oral, a efecto de salvaguardar el principio de contradicción; sin embargo, se admite que en caso de causa fundada y razonable de inasistencia o ausencia del testigo, puede incorporarse al proceso sus declaraciones sumarias y preliminares, mediante la lectura en el juicio. Del mismo modo, es posible que, a pesar de la concurrencia del testigo, se de lectura y se valore las declaraciones sumariales o preliminares, cuando permita medir el nivel de credibilidad de su testimonio y confrontarlo cuando existan contradicciones. Bajo estos supuestos sería absurdo pretender establecer, como regla general, que todo testimonio que no se actúe en el juicio deba ser excluido o que el único valorable sea el prestado en dicha etapa procesal, pues simplemente haría impracticable, en muchos casos, el examen de credibilidad al que debe someterse la declaración testimonial, desconociéndose aquella realidad que siempre es posible: la retractación o el cambio de versión de los testigos. En estos últimos supuestos, no solamente será necesario confrontar las declaraciones prestadas en otras etapas de proceso, sino que, incluso, podrá otorgarse mayor valor a aquellas que no fueron vertidas en el juicio oral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que si bien los elementos de prueba deben ser normalmente presentados ante el acusado para que pueda contradiccionario, sin embargo, es posible la utilización de las declaraciones prestadas en la fase de instrucción preparatoria, sin perjuicio de que se respete el derecho de defensa (60). Y es que, no es indispensable que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración, sino que solamente se requiere, como mínimo, una posibilidad de contradicción, la posterior posibilidad de contradecir una declaración puede efectuarse de manera efectiva en el juicio oral. Esto no significa suplir la actuación testimonial del juicio oral, por las prestadas en la etapa sumarial, sino establecer que por excepción o para una mayor eficacia de la credibilidad es posible introducir estas últimas en el debate contradictorio y otorgarle mayor valor que la efectivamente producida en el juicio oral.

### 3.12. Prueba indiciaria e indicio

A juicio de Mixan Mass, la prueba indiciaria es aquella actividad probatoria de naturaleza necesaria discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta (61). La prueba indiciaria relaciona los conceptos de hecho indicio, como dato real, cierto, objetivo; y el hecho consecuencia, es decir, lo que permite descubrir o comprobar. Existe pues, como lo expresa Martínez Arrieta, “un hecho indicio acreditado por prueba directa, al que se asocia una regla de la ciencia, o una máxima de la experiencia o, incluso, una regla de sentido común. Esa asociación va a permitir la acreditación de un segundo hecho, hecho consecuencia, a través de un engarce que debe ser racional y lógico” (62).

Resulta necesario distinguir entre prueba indiciaria e indicio. La prueba indiciaria es una institución jurídico-procesal de naturaleza compleja, que comprende toda aquella actividad cognoscitiva e incluye entre sus componentes al indicio. El indicio es un concepto restringido de la prueba indiciaria, que se manifiesta a través de un dato cierto, real, conocido de carácter objetivo y que, como se ha dicho, forma parte del todo que, precisamente, es la prueba indiciaria. Entonces, no se pueden identificar, y menos superponerse, el indicio a la prueba indiciaria.

El indicio –que proviene de la voz *indicium*–, es aquel dato real, cierto, concreto, indubitablemente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato, aún por descubrir y vinculado con el tema probandum (63). Parte de la existencia de un hecho o fuente de prueba y la relación lógica entre ese hecho y el que se quiere demostrar. Se trata pues de todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y en general todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencias, al conocimiento de los otros hechos desconocidos. El elemento fundamental en la prueba indiciaria es el razonamiento lógico que consiste en deducir o inferir de un hecho probado otro que no lo está.

La doctrina reconoce determinadas clases de indicios, que se pueden clasificar en atención a ciertos elementos comunes. Así tenemos: indicios generales y particulares, dependiendo si se refiere a todo delito o alguno en particular; indicio manifiesto, próximo y remoto, si el indicio se encuentra en la escena del crimen, o expresa una relación no necesaria con el hecho indicado o cuando expresa alguna relación concomitante con el hecho o la persona del imputado o agraviado; indicio concomitante, subsiguiente y antecedente, cuando se acompaña un dato cierto, real al delito mismo, o cuando se manifiesta en la realización de un hecho posterior de un delito (planes de fuga, desaparición de huellas) o cuando los hechos evidencian hechos anteriores al delito (amenazas, adquisición de armas, etc.); indicio por móvil, por capacidad, por predisposición, por la oportunidad para delinquir, por su capacidad intelectual en los llamados delitos informáticos; o por la circunstancia propia de soledad entre el agresor sexual y la víctima; por las huellas materiales u objetivas que deja el agente del delito, o “tarjeta de presentación” del autor; también los indicios por las manifestaciones anteriores y posteriores al delito, referidas a la conducta del agente antes y después del delito.

Conviene indicar además que el conraindicio no es sino el hecho también indicador que ataca a los indicios y genera el cuestionamiento de los datos existentes. Con ellos se busca anular al indicio inicial, y puede ser ocasional o también preparado –llamado coartada–. En los casos de los conraindicios, existen dos datos indiciarios que se contraponen, por ejemplo, respecto del lugar o tiempo del delito y su relación con el imputado, puede existir un dato que indique que éste estuvo en un lugar y tiempo distinto al que se le atribuye. Ante la presencia de conraindicios, la labor del juez adquiere singular importancia en la contrastación de los indicios con los demás elementos de prueba.

Los indicios presentan las siguientes características:

- i. El indicio debe quedar plenamente acreditado. Si bien la prueba del indicio necesariamente debe ser con prueba directa; no obstante, si partimos de la afirmación que la prueba por indicios es tan válida como la prueba directa –incluso se postula que en ciertos casos puede generar mayor credibilidad, pues ésta supone una actividad intelectual del juzgador la cual no está presente en la prueba directa– no habría obstáculo razonable para afirmar que el indicio, a su vez, puede ser plenamente acreditado por prueba indirecta.
- ii. Los indicios deben ser sometidos a constante verificación para su acreditación y su capacidad deductiva; se busca evitar, en lo posible, la incidencia del azar y la posibilidad de su falsificación.
- iii. Los indicios deben ser independientes, a fin de evitar la utilización de un único indicio.
- iv. La pluralidad de indicios es importante para afirmar la certeza y evitar error en la apreciación de la prueba. En este sentido, se puede considerar determinados criterios relacionados con las circunstancias propias del delito, la actitud de los imputados y de sus propias declaraciones como: el móvil, la participación comisiva, de actitud sospechosa, de mala justificación, de capacidad comisiva; o de indicio de actitud oportuna.
- v. Los indicios deben ser concordantes entre sí de manera tal que permitan alcanzar una conclusión; si uno de ellos fuera distinto o divergente, la prueba indiciaria perderá su eficacia y posibilita la duda razonable.

La prueba indiciaria tiene los siguientes elementos: a) Un hecho indicador, es aquel hecho o circunstancia que nos “indica” y que se convierte en el elemento predominante de la actividad probatoria, es la fuente de prueba. Es el indicio, que debe ser auténtico y debidamente probado; puede ser un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc.; asimismo, debe ser un dato cierto inequívoco e indivisible, contrario sensu, si el dato es de carácter dubitativo, incierto o el medio probatorio es incompleto o disminuido, no se le podrá considerar como dato indiciario y por lo tanto, la inferencia que se haga de la misma desnaturaliza la prueba indiciaria (64); b) La relación o inferencia lógica, constituye el razonamiento que se hace sobre el hecho indicador siguiendo las reglas de la lógica. Se analizan, se interpretan los indicios a efecto de llegar a conclusiones basadas en las reglas de la ciencia y de la experiencia. La inferencia que se realiza debe apoyarse en una ley general y constante, y permite, según la lógica de su razonamiento, pasar desde el estado de ignorancia, sobre la existencia de un hecho, hasta la certeza, superando los intermedios de duda y probabilidad; y c) El hecho indiciado, se trata del otro hecho, es decir, aquel hecho que se pretende probar, que se quiere descubrir y al que se llega mediante el empleo de la inferencia.

### 3.13. Principio de correlación de la sentencia con la acusación

El artículo 285-A del C. de P.P. ha sido objeto de desarrollo por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República, plasmado en el acuerdo plenario 4-2007/CJ-116, de 16 de diciembre de 2007 (Acuerdo Plenario) (65). (...)

El principio de correlación de la sentencia con la acusación se encuentra recogido en el inciso 1 del referido artículo (66). Por éste se exige que el juez se pronuncie exclusivamente por el hecho punible propuesto en la acusación, en otros términos, la sentencia deberá guardar congruencia con el objeto procesal (67); así pues, es este objeto, la pauta o el instrumento que permitirá determinar el cumplimiento o la vulneración del mencionado principio.

El objeto del proceso es fijado o delimitado por el órgano acusador y tiene dos elementos, un elemento objetivo cuyo contenido es el hecho criminal imputado, y un elemento subjetivo, constituido por la persona imputada. En mérito a estos elementos se sostiene que una de las características del objeto procesal es su inmutabilidad, es decir, no puede ser cambiado, modificado ni alterado sustancialmente; empero, esta inmutabilidad debe armonizarse con otra característica, su delimitación progresiva (68), que significa que el objeto del proceso penal se irá perfilando paulatinamente conforme éste avance, desde la denuncia penal hasta llegar a la calificación definitiva en la fase de la audiencia pública. Otra de sus características que se verifica, es su indisponibilidad para las partes, pues éstas no pueden decidir del objeto, ya que existe un interés público no solamente de aplicar el *ius puniendi*, sino de reestablecer la paz alterada por el delito; esto último se relaciona con la integridad, por la cual está vedada la posible división o fragmentación de los hechos, por tanto, ni el juez instructor al dar lugar a la imputación, ni el órgano acusador al sostener la acusación, podrán prescindir de parte de los hechos de naturaleza punitiva (69).

Asimismo, se sostiene en la doctrina que la vulneración del principio de correlación puede ocurrir en dos casos en los cuales, además, se vulnera el principio acusatorio y el principio de contradicción: En primer lugar, por defecto, cuando la sentencia no es exhaustiva, es decir cuando no se resuelve todo lo que se debe resolver. En segundo lugar, por exceso, cuando no se resuelve sobre lo que no debía haber sido objeto de resolución (70); éste a su vez, puede ocurrir cuando el juez resuelve desconociendo los hechos imputados y la persona del acusado, supuesto en el cual se vulnera el principio acusatorio; y cuando resuelve dentro de los límites del objeto del proceso, pero se pronuncia sobre aspectos o cuestiones que no han sido objeto del debate, en este supuesto existe una vulneración al principio de contradicción (71).

### 3.14. Desvinculación procesal

La otra institución contenida en el artículo 285-A es la referida a modificación de la calificación penal (72) –llamada también desvinculación procesal o tesis de la desvinculación–. Conforme a ésta, se le permite al juzgador proponer una nueva calificación jurídica al hecho objeto del proceso. Propiamente se trata de la manifestación del llamado principio iura novit curia, con las limitaciones propias del principio acusatorio y del principio de contradicción, pues el órgano jurisdiccional no está vinculado a las calificaciones normativas que hagan las partes, teniendo libertad para proponer la suya, pero respetando los hechos propuestos por ellas y, asimismo, la calificación jurídica que finalmente adopte no debe causar indefensión a las partes (73). Si bien la calificación jurídica del hecho, objeto del proceso, viene propuesta por el órgano acusador, sin embargo, ello no impide que ante el error de la misma, el juez pueda formular una nueva calificación, la misma que deberá ser sometida a debate para salvaguardar el principio de contradicción. Similarmente, la parte acusada, puede igualmente, intentar el debate de una nueva calificación, pues al estar en igualdad de armas con la parte acusadora, tiene la facultad de proponer una distinta al acusador. De esta manera, la calificación que adopte el juzgador, sea la propuesta por la acusadora, sea la propuesta parte la acusada, o una tercera opinión propuesta por él, debe haber sido objeto de audiencia, es decir, objeto de contradicción, para salvaguardar el derecho de defensa.

A este respecto, en el Acuerdo Plenario se señala: “[...] Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario–, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa”. Se agrega además: “Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria –la Fiscalía en este caso– y de la prohibición de la indefensión –que es la vertiente negativa de dicha garantía–, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial –aducidos por las partes o que puedan proceder de la aplicación del principio iura novit curia– han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos” (74).

Queda a criterio y libertad del juez formular o no nueva calificación jurídica del hecho, conforme a las particulares del caso, la misma que deberá ser objeto de contradicción; empero, la defensa también puede proponer la suya, como contenido de sus propios argumentos. Por esta razón, resulta absurdo obligar al juzgador –como, equívocamente, lo entiende la defensa del sentenciado– que proponga una nueva calificación –o se desvincule de la ya formulada– cuando éste, en su propio juicio, entiende que es correcta la calificación propuesta y no contiene o manifiesta error alguno; mas aún, si la parte acusada percibe que la calificación no es la adecuada, ella está facultada para proponer la que a su criterio tipifica correctamente el hecho propuesto por la parte acusadora y ser sometida al debate contradictorio; así, en cualquier caso, no solamente se ratifica el principio acusatorio, sino además se salvaguarda el derecho la defensa.

## Notas al pie

- (1) Así, siguiendo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo postulan MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 197. También, TAMARIT SUMALLA, Joseph. En: AAVV. Comentarios a la parte especial del derecho penal, Director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi – A. Thomson Company, Navarra, 200, p. 284. Igualmente, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. En: AAVV. Compendio de derecho penal español. Director Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 160.
- (2) Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, emitida en el expediente N° 1429-2002-HC/TC, de 19 de noviembre de 2002 (ver fundamentos jurídicos 5 y 7).
- (3) CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLES CUSSAC, J.L. En: AAVV. Derecho penal. Parte especial. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 204.
- (4) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Op. cit., p. 163. El autor cita la STEDH de 18 de enero de 1978, Irlanda versus Reino Unido.
- (5) MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 198.
- (6) Cfr. CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLES CUSSAC, J.L. Op. cit., p. 207
- (7) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 197
- (8) Ver parágrafo 694° 2 de la sentencia.
- (9) Ver parágrafo 691° 1 de la sentencia.
- (10) Ver parte final del parágrafo 691° 1 y parágrafo 694° 2, de la sentencia. La cursiva es agregado nuestro.
- (11) Para la Real Academia de la Lengua Española, crueldad significa inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad; acción cruel e inhumana. Mientras que cruel significa aquel que se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos.
- (12) En el código penal chileno, la crueldad se considera como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal aplicable a cualquier delito; así ha sido prevista en la parte general, en el artículo 12, inciso 4: "Aumentar deliberadamente el mal del delito causando males innecesarios para su ejecución". A juicio de Bustos Ramírez, esta circunstancia requiere de un elemento objetivo, es decir causar males más de los necesarios para la comisión del hecho, y de un elemento subjetivo, que es la motivación específica de aumentar el dolor del ofendido, el placer deliberado en aumentar el injusto; véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal. Parte general, tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, p. 1208
- (13) Ambos son, igualmente, reconocidos por el Tribunal como elementos del trato cruel, cuando analiza en concreto su concurrencia como agravante del secuestro. Ver parágrafo 694° de la sentencia.
- (14) Estos elementos mínimos, incluso, están presente en el trato degradante, el trato inhumano y la tortura –cuya diferencia radica únicamente en la intensidad o gravedad–. Debe señalarse, no obstante, que la tortura, por constituir un delito autónomo, los elementos se matizan con dicha autonomía, así se destaca que los que la definen y precisan, entre otros, son: la intencionalidad del acto, es decir, dirigido a causar dolores, penas o sufrimientos físicos o mentales, y la ilegitimidad del acto, esto es, que los dolores y sufrimientos no sean inherentes o incidentales a las sanciones legales o legítimas. Véase: DEFENSORIA DEL PRUEBLO. Afectaciones a la vida y presuntas torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes atribuidas a efectivos de la Policía Nacional, informe N° 91, Lima, abril 2005, p. 28-29.
- (15) Cfr. CASTILLO ALVA, op. cit., p. 433; ROY FREYRE, op. cit., pp. 152-153; MORALES PRAT, Fermín, op. cit., p. 59; GONZALES RUS, Juan José, en: AAVV. Compendio de derecho penal español. Director Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 51.
- (16) GONZALES RUS, Juan José, señala que la agravante de crueldad es un plus al injusto penal propio del homicidio. Op. cit., p. 47.
- (17) HURTADO POZO, José. Manual de derecho penal. Parte especial, Ediciones Juris, Lima 1993, p. 46. Examinando la agravante crueldad, señala que en el aspecto subjetivo, el agente revela un alto grado de insensibilidad que acentúa un alto grado de culpabilidad, lo que constituye el fundamento de esta agravante.
- (18) Para CASTILLO ALVA, la agravante crueldad en el delito de asesinato, se fundamenta tanto en un mayor injusto como en una mayor culpabilidad. Op. cit., p. 431
- (19) Creus señala al respecto que se exige un padecimiento extraordinario –no ordinario– e innecesario en el caso concreto. CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte especial, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 26.
- (20) En relación con nuestra postura, CASTILLO ALVA analizando la agravante crueldad en el delito de asesinato, sostiene que ella exige comprobar primero si la víctima padeció innecesariamente, para luego averiguar el ánimo del autor. Op. cit., p. 444.
- (21) CREUS sostiene que el padecimiento infligido a la víctima debe ser un acto de crueldad, de tal forma que por más padecimiento que hubiera sufrido aquella, no se configurará la crueldad si esta no fue preordenada por el agente. Op. cit., p. 27.
- (22) CASTILLO ALVA, José. Op. cit., p. 450.
- (23) CASTILLO ALVA indica que se debe apelar al conocimiento de los posibles motivos que impulsaron al agente a cometer un asesinato con crueldad, para lo cual es necesario comprobar si se obró por venganza, odio, ira, entre otros sentimientos y datos subjetivos. *Ibidem*, p. 442.
- (24) ROY FREYRE, Luis. Causas de extinción de la acción penal y de la pena, Grijley, Lima, 1997, p. 83. Asimismo, cfr. VILLA STEIN, Javier. Derecho penal. Parte general. San Marcos, Lima, 1998, p. 494.
- (25) Cfr. ROY FREYRE, Luis. Causas de extinción de la acción penal y de la pena, obra citada, pp. 83-84.
- (26) SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit., volumen I, p. 257.
- (27) CATAORA GONZALES, Manuel. Manual de derecho procesal penal, Rhodas, Lima, 1996, pp. 210-212.
- (28) Villavicencio Terreros señala que "el efecto de la inmunidad no es permanente, ya que ésta sólo se mantiene en un determinado tiempo, señalado por la Constitución". VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2007, p. 217.
- (29) El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 0026-2006- PI/TC, de 8 de marzo de 2007, ha expresado no es conveniente prescribir una protección vasta y dilatada para estos funcionarios; antes bien, ésta debe ser coherente con la igualdad que tienen con el resto de los peruanos, tal como lo reconoce el artículo 2, inciso 2°, de la Constitución Política. Solo en la medida que la inmunidad protege a la persona por la función que cumple en la sociedad, podrá ser aceptado algún tipo de protección especial desde el punto de vista constitucional (fundamento jurídico 5).
- (30) CAIRO ROLDÁN, Omar. En: AAVV. La constitución comentada, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 117.
- (31) En este sentido: HURTADO POZO, José. Manual de derecho penal. Parte general I, Grijley, Lima, 2005, p. 342. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit., 216.
- (32) En el ámbito doctrinario existe uniformidad en sostener que el antejuicio es un requisito de procedibilidad y, por consiguiente, una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal. Véase: ROY FREYRE, Luis, op. cit., pp. 88-89; CATAORA GONZALES, Manuel, op. cit., p. 213-214; SAN MARTÍN CASTRO, César, op. cit., volumen I, p. 259. Del mismo modo, en la jurisprudencia constitucional, el máximo intérprete de la Constitución ha establecido expresamente que el antejuicio político es una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal. Véase la sentencia emitida en el expediente N° 5068-2006-PHC/TC, de 15 de noviembre de 2006 (fundamento jurídico 12).
- (33) Esta es la definición del Tribunal Constitucional peruano. Véase la sentencia emitida en el expediente N° 04747-2007-PHC/TC, de 1 de octubre de 2007 (fundamento jurídico 3) y la emitida en el expediente N° 0006-2003-AI/TC, de 1 de diciembre de 2003 (fundamento jurídico 3).
- (34) Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 07451-2002-HC/TC, de 17 de octubre de 2005 (fundamento jurídico 12).
- (35) Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, acuerdo plenario N° 5-2006/CJ-116, de fecha 13 de octubre de 2006 (fundamentos jurídicos 8 y 10).
- (36) SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial, Idemsa, Lima, 2004, p. 415.
- (37) Véase los fundamentos 52 al 55 del presente dictamen.
- (38) Ver parágrafo 385° 3 de la sentencia.
- (39) Ver fundamento 44, tercer párrafo y fundamento 49, tercer párrafo, del presente dictamen
- (40) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 180-181
- (41) ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, Grijley, Lima, 2000, pp. 112- 113.
- (42) Cfr. GARCIA NAVARRO, Edward. El delito de abuso de autoridad, Grijley, Lima, 2007, p. 34.
- (43) García Navarro señala que por política preventiva del legislador, luego de plasmar supuestos especiales de abuso funcional en diferentes grupos delictivos, admite la posibilidad de que concurren otras formas de abuso y, por ello, encabezando el capítulo de delitos cometidos por funcionarios públicos, agrupa diferentes formas delictivas que contiene el abuso de autoridad, comenzando por el genérico que se aplica subsidiariamente en la imputación típica en sus formas particulares, guardando una reserva genérica a efectos de evitar la impunidad. En: GARCÍA NAVARRO, Edward, op. cit., pp.34-35. La cursiva es agregado nuestro. En el mismo sentido, Ferreira Delgado cita el parecer de la corte suprema de Colombia: "El delito de abuso de autoridad, como bien se sabe, es un tipo subsidiario pues el título del Código penal en el cual está incluido, tipifica una serie de conductas que constituyen abusos de autoridad en esta forma y con nombres específicos diversos, habiéndose reservado la designación genérica de abuso de autoridad para otros actos arbitrarios e injustos, que por no adecuarse a los restantes delitos previstos en el citado título, se ubican en aquel específico y subsidiario [...]". En: FERREIRA DELGADO, Francisco José. Delitos contra la administración pública, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 148.
- (44) Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 0017-2003-AI/TC, de 16 de marzo de 2004 (fundamento jurídico 18).
- (45) Citada sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 0017-2003-AI/TC (fundamento jurídico 19).
- (46) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 4677-2002-AA/TC, de 24 de diciembre de 2005 (fundamento jurídico 12).
- (47) Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01417-2005-PA/TC, de 11 de julio de 2005 (fundamento jurídico 21).
- (48) Por su parte, la Constitución de 1993, con mayor precisión legislativa y constitucional, señala en su artículo 137, inciso 1, que durante dicho estado de excepción pueden restringirse o suspenderse el ejercicio de los mismos derechos constitucionales considerados en su predecesora.
- (49) Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3482-2005-HC, de 27 de junio de 2005 (fundamento jurídico 11).
- (50) DONAYRE MONTESINOS, Christian. En: AAVV. La Constitución Comentada, obra citada, tomo II, pp. 463-464.
- (51) Sentencia del Tribunal Constitucional español 137/2002, de fecha 3 de junio de 2002.
- (52) Ver parágrafo 51° y párrafos 568° al 664° de la sentencia.

(53) En este sentido se pronuncia BAZÁN CHACÓN, Iván. Op. Cit., p. 31.

(54) ABREGÚ, Martín / DULITZKI, Ariel. Las leyes «ex post facto» y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en derecho interno. En: AAVV. Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2005, pp. 167-168.

(55) GIL GIL, Alicia. Op., cit., p. 86.

(56) Así lo vislumbra Bazán Chacón cuando refiriéndose al delito de tortura señala que si bien no existía el tipo penal de tortura, si existía el de lesiones y abuso de autoridad, los cuales a la luz de la definición internacional de tortura, pueden ser complementados y caracterizados de manera lícita sin que signifique dejar en impunidad tan grave comportamiento. En suma – concluye el autor–, cuando se trata de conductas que cuenten con una entidad tal que resulten intolerables para la conciencia de las naciones, resultan también ser crímenes internacionales (BAZÁN CHACÓN, Iván. Op. cit., p. 31).

(57) En la sentencia se citan como fuentes del Derecho Internacional Penal –a las cuales nos remitimos–: la decisión de 2 de septiembre de 1998, de la Cámara I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), recaída en el caso *Prosecutor versus Jean Paul Akayesu*, número ICTR-96-4-T; la sentencia emitida por la Cámara I del Tribunal Militar para la Ex- Yugoslavia (TPIY), de 29 de noviembre de 1996, en el caso *Prosecutor versus Erdemovic*, número IT-96-22-A; la emitida por la Cámara de Apelaciones del TPIY, de 7 de octubre de 1997, en el caso precedente *Prosecutor versus Drazen Erdemovic*; la sentencia emitida el 7 de mayo de 1997, por la Cámara II del TPIY, en el caso *Prosecutor versus Dusko Tadic*, número IT-94-1-T; la emitida por la Cámara II del TPIY, de 14 de junio de 2000, en el caso *Prosecutor versus Zoran Kupreskic y otros*, número IT-95-16-I; la sentencia emitida por la Cámara II del TPIY, de 22 de febrero de 2001, en el caso *Prosecutor versus Kunarac*, número IT-96-23-T & IT-96-23/1/T; la sentencia emitida por la Cámara de Apelaciones del TPIY, de 12 de junio de 2002, recaída en el mismo caso anterior *Prosecutor versus Kunarac*; la sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY, de 2 de octubre de 1995, recaída en el caso anterior *Prosecutor versus Dusko Tadic*, número IT-94-1-AR 72; y la sentencia emitida por la Cámara I del TPIY, de 3 de marzo de 2000, en el caso *Prosecutor versus Tihomir Blaskic*, número IT-95-14-T.

(58) GIL GIL, Alicia. Op., cit., p. 151.

(59) MEINI, Iván. Op. cit., p. 113.

(60) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de febrero de 1991, caso *Isgró versus Italia* (párrafo 31).

(61) MIXAN MASS, Florencia. Prueba indiciaria, BLG, Trujillo, 1992, p. 18.

(62) MARTINEZ ARRIETA, Andrés. La prueba indiciaria. En: AAVV. La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales - Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1993, p. 53.

(63) MIXAN MASS, Florencia. Op. cit., p. 21.

(64) MIXAN MASS, Florencia. Op. cit. pp. 21-22.

(65) El acuerdo plenario acordó lo siguiente: “Establecer como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de la desvinculación. Ésta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante el manifiesto error en la tipificación, fácilmente contrastable por la defensa”. (Numeral 14 del acuerdo plenario).

(66) El inciso 1º del artículo 285-A del C. de P. P. señala: “La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283º”

(67) Cfr. CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 29.

(68) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. Tratado de Derecho Procesal Penal (con ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara / HINOJOSA SEGOVIA, Rafael / MUERZA ESPARZA, Julio / TOMÉ GARCÍA, José Antonio), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002 197-199

(69) Cfr. YAIPEN ZAPATA, Víctor. Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285º-A del Código de Procedimientos Penales. En: AAVV. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema, Director José Luis Castillo Alva, Grijley, Lima, p. 1119-1121

(70) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Derecho jurisdiccional (con MONTERO AROCA, Juan / MONTÓN REDONDO, Alberto / BARONA VILAR, Silvia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 346.

(71) CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. Op. cit., p. 34.

(72) Se encuentra recogido regulado en los incisos 2º y 3º del artículo 285-A del C. de P. P.; así se transcribe: “Inciso 2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso -si resultara pertinente y necesario- a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267” “Inciso 3. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad”.

(73) YAIPEN ZAPATA, Víctor. Op. cit., p. 1128

(74) Fundamento 12 del Acuerdo Plenario.