RECURSO DE NULIDAD No 2221-18

EL VOTO DE LOS SEÑORES LECAROS CORNEJO Y CAVERO NALVARTE ES COMO SIGUE:

Lima, diez de marzo de dos mil veintiuno

AUTOS Y VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el agraviado contra el auto de sobreseimiento del seis de junio de dos mil dieciocho expedida por la Sala Penal Nacional, *en el extremo* que **SOBRESEE** el proceso seguido contra los procesados **OSCAR ALBERTO GUERRA PARRA, DARÍO EDGARDO URRUCHI HORNA, JAIME EDUARDO NAVACH GAMIO, JUAN DIEGO ZARAUZ VIDAL, MILAGROS LIZBETH ALIAGA VIDAL, CLAUDIO ESTEBAN BLAS BASURTO BAMBAREN y ALESSANDRO CARLO VARGAS SÁNCHEZ**, por el delito contra la humanidad -**tortura simple**- en agravio de Rolf Gerd Aliaga Radenovich; asimismo contra **FERNANDO PAVEL GUSTAVO CARRILLO MINAYA y JORGE JAVIER ENRIQUE ALFARO GOICOCHEA** por el delito contra la humanidad -**tortura agravada**- en agravio de Rolf Gerd Aliaga Radenovich; quedando así delimitado el marco de pronunciamiento de esta Suprema instancia.

CONSIDERANDO

PRIMERO. - Durante **la primera semana del mes de marzo de 2010**, en horas de la noche el agraviado Rolf Gerd Aliaga Radenovich fue objeto de golpes por los cadetes de tercer año **MILAGROS LIZBETH ALIAGA VIDAL**

y por **JUAN DIEGO DE ZARAUZ VIDAL**, cuando se encontraba en el Coliseo "El Pardón", los que tenían como finalidad intimidarlo y demostrar su poder dentro de la jerarquía de la Escuela Naval. Asimismo, **entre la primera o segunda semana de marzo de 2010** el agraviado fue sometido a dos descargas eléctricas ocasionadas por **ROY JULIO PINO HUAMÁN** Teniente Primero y **OSCAR ALBERTO GUERRA PARRA**, Cadete de Cuarto Año; siendo testigos según indica el agraviado, sus compañeros Flores. Alfaro, Castillo, Aliaga Paucar. **En la tercera semana de marzo del 2010,** ordenaron limpiar la zona llamada planicie Salamantes. en el interior de la Escuela Naval, donde el piso se encontraba sucio por los excrementos de aves y cuando acabaron de limpiar, el procesado **CLAUDIO ESTEBAN BLAS BASURTO BAMBAREN,** cadete de tercer año, cogió el cepillo con el que estaba limpiando el agraviado y le hizo comer las heces de aves. **En abril de 2010,** los procesados **JORGE JAVIER ENRIQUE ALFARO GOICOCHEA y FERNANDO PAVEL GUSTAVO CARRILLO MINAYA**, cadetes de cuarto año, lo condujeron a un ambiente llamado “Cuarto de Tubos” lo golpearon en el estómago y en la pierna causándole fuertes dolores; asimismo, el ultimo de los mencionados **el 6 de abril de 2010** cuando el agraviado llevaba sus clases de natación, haciendo abdominales en el piso, en presencia de 7 a 9 personas, se paró al costado del agraviado, lo golpeo con su talón a la altura del estómago ocasionándole un fuerte dolor y dificultades para respirar. Después de la **primera semana de abril** el procesado **DARIO EDGARDO URRUCHI HORNA,** cadete de cuarto año, ingreso al camarote D-233 y propino un golpe en el estómago al agraviado, tres codazos en la espalda y en el piso le dio una patada en la nuca, ante una supuesta demostración de judo, se encontraban presentes otros cadetes; fue dado de baja posteriormente el procesado Urruchi. **En los meses de junio y julio de 2010,** el procesado **ALESSANDRO CARLO VARGAS SANCHEZ**, cadete de 4 año, ordenaba al agraviado hacer ejercicios de castigo injustificados; además lo ofendía sobre su virilidad y maltrataba psicológicamente. Todo ello, ocasionó denuncias en la Escuela

Naval, lo que generó el inicio de procedimientos disciplinarios y fueron dados de baja los procesados **DARIO EDGARDO URRUCHI HORNA y FERNANDO PAVEL GUSTAVO CARRILLO MINAYA**. Se imputa al procesado **JAIME EDUARDO NAVACH GAMIO**, director de la Escuela Naval, que en agosto de 2010 luego de convocar a los cadetes, mencionó que entre ellos se encontraba un traidor y que por ello les iban a quitar los permisos de salida para pernoctar en sus casas pues no aceptaba traidores y le daba aquella persona tres días para que se vaya de baja, de lo contrario, todos se encontraban en el deber de castigarlo. Asimismo, se le imputa por no denunciar a las autoridades los actos de tortura.

SEGUNDO. - La Sala Penal Superior al expedir la resolución objeto del grado consideró principalmente que:

a) Respecto a las Imputaciones contra **MILAGROS LIZBETH ALIAGA VIDAL y JUAN DIEGO ZARAUZ VIDAL**, de conformidad con lo señalado por el representante del Ministerio Público en su dictamen, no se advierte en autos testigo presencial o testigo de cargo que corrobore la acusación; tampoco se tiene testigo referencial que brinde información sobre lo acontecido. Aunado a ello, no concurren las garantías de certeza a que hace referencia el Acuerdo Plenario No 2-2005/ CJ-116.

b) En cuanto se refiere a los procesados **ROY JULIO PINO HUAMAN y OSCAR ALBERTO GUERRA PARRA,** se tiene que el agraviado no informó el 12 de abril de 2010, sobre estos hechos, señalando solo actos de violencia física en su agravio, pero no el sometimiento a descarga eléctrica y tampoco ha señalado agresión alguna por los mencionados procesados; dando a conocer estos hechos con su denuncia ante el Ministerio Público en abril de 2011, tampoco concurren las garantías de certeza a la que hace referencia el acuerdo plenario antes mencionado. Por lo que, no se encuentra acreditada la responsabilidad de los procesados

c) Respecto a la imputación contra el procesado **CLAUDIO ESTEBAN BLAS BASURTO BAMBAREN,** se debe tener en cuenta que los testigos que ofreció el agraviado no han corroborado las imputaciones pues indicaron que no escucharon o presenciaron los hechos; por lo que, no se encuentra acreditada la responsabilidad penal de los encausados.

d) En cuanto se refiere a los procesados **JORGE JAVIER ENRIQUE ALFARO GOICOCHEA, FERNANDO PAVEL GUSTAVO CARRILLO MINAYA y DARÍO EDGARDO URRUCHI HORNA,** se tiene que los hechos imputados acontecieron en abril de 2010, pero no fueron sustentados por el agraviado porque los maltratos a que hizo referencia no configuran tortura pues los certificados médicos legales concluyen que presentó fractura por estrés en el fémur izquierdo, pero de fecha posterior al mes de abril de 2010. Tampoco hay testigos que corroboren los hechos imputados.

e) Respecto al procesado **ALES5ANDRO CARLO VARGAS SÁNCHEZ**, se tiene un Informe y declaraciones testimoniales en los que manifestaron que tampoco tuvieron conocimiento de los hechos; además los ejercicios que le mandaban hacer fueron entre junio y julio de 2010, fecha posterior a los resultados del informe médico legal que tuvo como diagnostico periostitis (Inflamación del periostio) y el documento de consulta ambulatoria del Centro Médico Naval. Cabe señalar que los certificados médicos legales diagnostican que la lesión se debió a una fractura por estrés relacionada por la intensa actividad física que realizaba; hecho que fue corroborado con la declaración testimonial de Julio Negri Moquillaza que también indicó haber sufrido una fractura por estrés ocasionada por las carreras que practicaba y que también estuvo en la enfermería por una semana.

f) En cuanto se refiere a la imputación contra el procesado **JAIME EDUARDO NAVACH GAMIO** se tiene las declaraciones de cinco testigos en el extremo de la imputación sobre la reunión con todo el

batallón de cadetes Angamos, con la finalidad de intimidar al agraviado a fin de presionarlo que presentara su solicitud de baja de la Escuela Naval, siendo estas la declaración de Justo Eduardo Correa Vega , que asevera que el imputado Navach Gamio en la reunión de agosto de 2010 manifestó que no tuvieran contacto alguno con el agraviado y se tiene las declaraciones contrarias de Juan Francisco Junior Medina Salazar, Jonhathan Capcha Zarate, Pierre Gianmarco Pérez Palacios y Gerson Gino Velazco Vera Tudela, quienes señalan no haber escuchado que en dicha reunión se haya señalado sobre la existencia de un aspirante traidor; así también el testigo Velazco refiere que el Director encausado dijo que los aspirantes debían comunicar cualquier abuso que se produjera en la escuela. Cabe precisar que los dos primeros de los nombrados fueron testigos señalados, sin embargo, el testigo Capcha Zarate, refirió que no estuvo presente en dicha reunión debido a que estaba internado en la enfermería desde julio a setiembre.

TERCERO. – El agraviado al interponer su recurso de nulidad a fojas trece mil sesenta y ocho, sostiene que:

a) Los actos de tortura se llevaron a cabo por los procesados, cadetes, se efectúo con la aquiescencia de **JAIME EDUARDO NAVACH GAMIO,** director de la Escuela Naval para intimidar al agraviado; no se trata de simples agresiones con la finalidad de molestarlo en su vida diaria, como aspirante a cadete, sino que los actos de tortura hicieron que finalmente desista de continuar con su formación.
b) Los distintos certificados médicos emitidos por peritos especialistas demuestran las lesiones físicas y psíquicas que tuvo en su momento cuando fue agredido gravemente (actos de tortura), por lo que, incluso ha merecido hospitalización. No es posible señalar como afirma la Sala Penal Nacional - en su

resolución que declara el sobreseimiento de la causa - que solo "existieron actos de violencia" sin tipificar la conducta dentro del tipo penal de tortura, un delito contra la humanidad regulado en nuestro Código Penal.

c) Sobre el pilar de jerarquía y obediencia que existe en las instituciones castrenses se construye, negativamente, un espíritu de cuerpo para encubrir hechos execrables cometidos por los propios miembros de las fuerzas armadas, de acuerdo a lo establecido en la jurisprudencia de casos y graves violaciones de derechos humanos; dicha práctica fue acontecida en el pasado y aún se mantiene en nuestros días.

d) Fue sometido a diversos ataques, como insultos, golpes en distintas partes del cuerpo, actos de electrocutamiento, que incluso hicieron que acuda a la Enfermería. Esta serie de hechos prolongados en el tiempo originaron que el agraviado abandone la Escuela Naval y por lo tanto sus sueños de ser miembro de la Marina de Guerra. Lo cual fue debido a las circunstancias y momentos que tuvo que padecer dentro de lo Escuela Naval.

CUARTO. - La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptadas por las Naciones Unidas en 1984, al definir la tortura en la Parte I, Artículo 1.1 prescribe:

"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos ***por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas,*** *a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que*

sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas". (Los resaltados son propios).

Mientras que la **Declaración Universal de Derechos Humanos** en su artículo 5 regula:

"*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".*

QUINTO. - El artículo 321 del Código Penal, al hacer referencia a la tortura considera lo siguiente:

"**El funcionario o servidor público**, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años".

SEXTO.- Este Supremo Tribunal en el Recurso de Nulidad No 1123-2015- Lima, en su Noveno Considerando al hacer referencia a la tortura señala: "En ese sentido, el delito de tortura descrito en nuestro ordenamiento penal, exige básicamente la concurrencia de tres elementos: a} un elemento material consistente en las propias acciones que constituyen el delito de tortura; esto es, aplicación de condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otros factores infrinjan al sujeto pasivo sufrimientos físicos o mentales, la supresión de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o cualquier otro acto que atente contra su integridad moral. b) **La calidad del sujeto activo de representante del Estado, es decir, el ser autoridad encargada de instituciones destinadas a custodiar por algún tiempo a personas sujetas a una denuncia, proceso o cualquier asunto de similar índole.** c} Finalmente, un elemento teleológico que exige finalidad alternativa de procurar obtener una información o confesión por parte de la víctima o un tercero; de intimidarla o coaccionarla; o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido. (Los resaltados son propios).

SETIMO. - Por otro lado, en cuanto se refiere a la delimitación de funcionario público el artículo 425 del Código Penal, acoge un listado numerus apertus a quienes considera funcionarios servidores y funcionarios públicos, *para efectos penales* y en su inciso 5, hace referencia a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Este elemento normativo debe ser interpretado de *manera sistemátic*a con otras disposiciones que van desde el rango constitucional y otras normas incluso extrapenales.

OCTAVO. - Es importante traer a colación que este Supremo Tribunal en la **Casación No 634-2015- Lima** al hacer referencia al artículo antes mencionado en su **Segundo Fundamento Jurídico** señaló:

"Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado —no sin marchas y contramarchas**—, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva —es un concepto funcional—**, **cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal —el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública**—. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad [ORTS BERENGUER, ENRIQUE. Derecho Penal Parte Especial. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant Io Blanch, 1999, p. 7361. **Lo que aquí importa es proteger, de modo eficaz, la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar** (STSE sesenta y ocho oblicua cero tres, de veintisiete de enero). La autonomía propia de ese concepto, en sede penal, y su carácter funcional, determinó que el artículo 425 del Código Penal contemple una forma abierta. El último numeral, en todas las normas legales, establece: "Los demás indicados por la Constitución Política y la ley" (incisos seis o siete, según el caso)." (Los resaltados son propios). Y en su **Sexto Considerando** señala en cuanto a la aplicación de funcionario público en nuestro ordenamiento jurídico interno en la línea de la Convención Interamericana contra la Corrupción: "Que, según el artículo 55

de la Constitución, "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (…) Por lo demás, la mención a la aludida Convención, en tanto norma que integra el derecho nacional, **es compatible con el principio de reserva de ley**, **pues el concepto de funcionario público es un elemento normativo en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública**. **No se trata de una aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional,** sino de la invocación de un elemento técnico normativo conforme con las fuentes internacionales de obligatoria observancia (CARIO CORIA, DINO CARLOS. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 168)…". (Los resaltados son propios).

NOVENO.- Por su parte debe tenerse en cuenta la delimitación normativa conceptual por parte de la **Convención Interamericana contra la Corrupción** que en su artículo I define al funcionario público de la siguiente manera:

> "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos **los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado,** en todos sus niveles jerárquicos. (Los resaltados son propios).

DECIMO.- Mientras que la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** en su artículo 2 prescribe: "Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, **ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario**, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No

obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte…". (Los resaltados son propios).

DECIMO PRIMERO. - Como se puede apreciar hasta este momento aquella persona que ostenta el título de funcionario o servidor público respectivamente; deberá haber ingresado a aquella función por designación, nombramiento o concurso público, pero **previo cumplimiento de los requisitos que se establecen** para cada ámbito del aparato estatal. Sin embargo, cuando el inciso 5 del artículo 425 del Código Penal, hace referencia a que son considerados funcionarios o servidores público los miembros de las fuerzas armadas y policiales, según sea el caso, se encontraran dentro de la calidad de sujetos cualificados siempre y cuando hayan cumplido con egresar de la correspondiente escuela de formación; por cuanto, los cadetes de las fuerzas armadas y *policiales se encuentran en una etapa de instrucción y formación*; situación que es distinta en el caso de aquellos oficiales que se encuentran en una etapa de especialización, perfeccionamiento y capacitación

Ahora bien, teniendo en cuenta el presente caso es importante efectuar una *interpretación sistemática* con las ley de la materia donde se evidencia una importante distinción a fin de tomar en cuenta:

a. La Ley de la Marina de Guerra del Perú Decreto Legislativo 1138 en sus artículos 23 y 24[1] hace referencia a la composición del personal y a las

[1] **Artículo 23.- Composición de Personal**

1) El personal de la Marina de Guerra del Perú está compuesto por Personal Militar y Personal Civil. Sólo los peruanos de nacimiento o los nacidos en el extranjero de padre o madre peruanos, siempre que hayan sido inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad pueden pertenecer a la Marina de Guerra del Perú.

reservas navales respectivamente; dentro de los que no están incluidos los cadetes de la Escuela Naval.

b. Aunado a ello, el **artículo 38** del Reglamento del mencionado Decreto Legislativo – Decreto Supremo No 009-2014-DE, hace referencia que la Escuela Superior de Guerra Naval, se encarga de especializar, perfeccionar y capacitar al **personal superior competente a nivel de postgrado; oficiales que ya egresaron de su proceso de instrucción y formación**; y el mismo reglamento delimita aquellos casos de estudiantes que ingresaron, previo examen de esfuerzo físico y de conocimientos a la Escuela Naval del Perú; asimismo, el **articulo 39** hace referencia que es un órgano encargado de la formación profesional a nivel universitario de los cadetes navales a fin de **graduarlos** como oficiales de marina para que se encuentren **habilitados para (elemento suspensivo condicional y diferido) desempeñarse en las unidades y dependencias de la Marina de Guerra del Perú. También se encarga de la formación complementaria de aquellos profesionales que han sido asimilados.**

c. Por todo ello, consideramos que en el presente caso no concurre el elemento normativo del tipo “funcionario público”; asimismo, tampoco

---

2) El Personal Militar de la Marina de Guerra del Perú está conformado por Personal Superior, Personal Subalterno y Personal de Marinería.

3) El Personal Civil está constituido por ciudadanos, que de preferencia hayan realizado el servicio militar; y que por razón de su profesión, especialidad u oficio, prestan servicio en la Marina de Guerra del Perú. Se rigen por las normas del sector público, sectoriales y de la institución que le son aplicables.

Artículo 24.- Reservas Navales

1) El Personal de la Reserva está constituido por aquel que requiere la Marina de Guerra del Perú, al cual organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia.

2) Conforman el material de la reserva naval, las embarcaciones de bandera peruana, las instalaciones marítimas, fluviales, lacustres y portuarias, a flote o en tierra con sus respectivos sistemas y equipos, y por aquellos bienes y servicios que requiera la Marina de Guerra del Perú, para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia

han actuado por orden de un superior ni con autorización ni aquiescencia del mismo, puesto que la intervención del Director de la Escuela Naval, se produjo con posterioridad a la denuncia periodística sobre los maltratos al agraviado; lo que, implica que los cadetes procesados actuaron por iniciativa propia sin intervención de ningún oficial; razones por las que **NUESTRO VOTO** es:

Con lo expuesto por el Fiscal Supremo se declare **NO HABER NULIDAD** *en el extremo* que **SOBRESEE** el proceso seguido contra los procesados **OSCAR ALBERTO GUERRA PARRA, DARÍO EDGARDO URRUCHI HORNA, JAIME EDUARDO NAVACH GAMIO, JUAN DIEGO ZARAUZ VIDAL, MILAGROS LIZBETH ALIAGA VIDAL, CLAUDIO ESTEBAN BLAS BASURTO BAMBAREN y ALESSANDRO CARLO VARGAS SÁNCHEZ**, por el delito contra la humanidad -**tortura simple**- en agravio de Rolf Gerd Aliaga Radenovich; asimismo contra **FERNANDO PAVEL GUSTAVO CARRILLO MINAYA y JORGE JAVIER ENRIQUE ALFARO GOICOCHEA** por el delito contra la humanidad -**tortura agravada**- en agravio de Rolf Gerd Aliaga Radenovich; con lo demás que contiene en este extremo.

SS

LECAROS CORNEJO

CAVERO NALVARTE

JLLC/jccr