JURISPOL

Lima, veinte de noviembre de dos mil trece.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, a cargo de JOSÉ ANTONIO BARRANTES TORRES, y por el encausado contumaz HARRY ESTEBAN RIVERA AZABACHE, contra la sentencia de fojas seis mil sesenta y cinco, del seis de febrero de dos mil trece, que absolvió a Jorge Ortiz Mantas o Jorge Enrique Ortiz Mantas y Gumercindo Zambrano Salazar, de la acusación fiscal formulada contra ellos, por el delito de desaparición forzada de personas (artículo 320° del Código Penal), en agravio de Marco Roberto Barrantes Torres; y ordenó mantener la reserva de la causa respecto del acusado contumaz Harry Esteben Rivera Azabache.
OÍDO el informe oral de la defensa.
Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. *Del itinerario procesal de la causa*

PRIMERO. Que el día cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, José Antonio y Mario Fernando Barrantes Torres denunciaron, ante la Oficina General de Derechos Humanos del Ministerio Público, la desaparición de su hermano, el agraviado Marco Roberto Barrantes Torres, ocurrida el dieciocho de marzo de de mil novecientos ochenta y ocho, cuando salió de su domicilio para hacer trámites ante el Consejo Supremo de Justicia Militar [fojas tres]. Además, precisaron que, posteriormente, se personó a su domicilio una persona que se identificó ante ellos como Jacinto Romo Alca –llamado verdaderamente Julio Hernán Ramos Álvarez, ya condenado–, y luego de exhibir una carta presuntamente del agraviado les pidió que le entreguen fólderes con documentos. Se advirtió que el vehículo utilizado, Volkswagen GQ-cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro, color verde, pertenecía al Ministerio de Guerra, asignado al Servicio de Inteligencia del Ejército (en adelante, SIE).

SEGUNDO. Que en un primer momento se inició la persecución penal contra el llamado Jacinto Romo Alca, por delito contra la libertad personal, a quien se le formuló acusación por dicho ilícito penal y se solicitó la pena de dos años de privación de libertad [fojas ciento noventa y ocho, del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa]; pero luego se

197

declaró la extinción de la acción penal por prescripción, la cual, a continuación, se anuló por el Tribunal Superior –que incluyó la acusación fiscal– y se ordenó se amplíe la instrucción [auto de vista de fojas doscientos cincuenta y dos, del veintidós de julio de dos mil dos].

TERCERO. Que primero se abrió proceso penal por delito de secuestro [auto de apertura de instrucción de fojas quinientos ochenta y cuatro, del doce de agosto de dos mil tres], contra Julio Hernán Ramos Álvarez, Gumercindo Zambrano Salazar, Jorge Ortiz Mantas, Harry Esteban Rivera Azabache y Oswaldo Hanke Velasco; y, segundo, contra los cinco imputados por delito desaparición forzada [auto ampliatorio de apertura de instrucción de fojas ochocientos cincuenta y nueve, del veinticuatro de enero de dos mil cinco].

CUARTO. Que el señor Fiscal Superior formuló acusación [fojas mil setenta y dos, del trece de julio de dos mil cinco] contra los cinco efectivos de inteligencia del Ejército Peruano, por el delito de desaparición forzada, y requirió se les imponga veinticinco años de pena privativa de libertad para cada uno, y fijó en trescientos cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil, que abonarán solidariamente a favor del pariente más cercano. Además, pidió el sobreseimiento respecto del delito de secuestro.

El Tribunal Superior emitió la resolución de fojas mil doscientos cincuenta y cuatro, del treinta de enero de dos mil seis, en virtud de la cual declaró el enjuiciamiento por el delito de desaparición forzada y el sobreseimiento –archivo definitivo– por el delito de secuestro.

QUINTO. Que la primera sentencia emitida [fojas dos mil ochocientos ochenta y cuatro, del catorce de febrero de dos mil siete] absolvió a los cinco acusados. Sin embargo, la Corte Suprema [fojas dos mil novecientos setenta y cuatro, del once de septiembre de dos mil ocho] ratificó la absolución de Oswaldo Hanke Velasco y anuló la absolución de los cuatro restantes, a la vez que dispuso la celebración de un segundo juicio oral para estos últimos.

La segunda sentencia proferida [fojas cuatro mil seiscientos noventa y uno, del nueve de marzo de dos mil diez, absolvió a Gumercindo Zambrano Salazar y Jorge o Jorge Enrique Ortiz Mantas, y condenó a Julio Hernán Ramos Álvarez, como cómplice del delito de desaparición forzada, a ocho años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación; así como fijó en ciento cincuenta mil nuevos soles el monto de la reparación civil. Se reservó el juzgamiento contra el acusado

contumaz Harry Esteban Rivera Azabache. Sin embargo, la Corte Suprema [fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, del veintiocho de marzo de dos mil once], ratificó la condena a Julio Hernán Ramos Álvarez, y anuló la absolución a Gumercindo Zambrano Salazar y Jorge o Jorge Enrique Ortiz Mantas; a la vez que dispuso la celebración de un tercer juicio oral. Siguió como reo contumaz Harry Esteban Rivera Azabache.

SEXTO. Que el Tribunal Superior dictó el decreto de citación a juicio e inició el juicio oral contra los tres imputados restantes; esto es, Gumercindo Zambrano Salazar, Jorge Ortiz Mantas –reos libres– y Harry Esteben Rivera Azabache –reo contumaz–. No obstante, los fundamentos de la Corte Suprema, en su segunda Ejecutoria, el Tribunal Superior volvió a dictar una sentencia absolutoria contra los dos primeros encausados [fojas seis mil sesenta y cinco, del seis de febrero de dos mil trece].
Han recurrido en nulidad la parte civil por las absoluciones y el encausado Rivera Azabache por la reserva de la causa.

§ 2. *De los cargos e impugnaciones*

SÉPTIMO. Que, descontando al acusado absuelto, Coronel EP Oswaldo Hanke Velasco, jefe del SIE, los cargos formulados por el Ministerio Público en su requisitoria de fojas mil novecientos setenta y dos son:

1. El agraviado Barrantes Torres es un exteniente de reserva del Ejército Peruano –en adelante, EP–. Los encausados pertenecían al aparato de inteligencia militar; así: el Comandante EP Rivera Azabache era Jefe de Contrainteligencia del SIE que elaboró el llamado "Plan Lucero"; mientras que los demás acusados eran Agentes de Inteligencia Operativa –en adelante AIO–, adscritos al SIE. Ese plan se formuló al descubrirse, en marzo de mil novecientos ochenta y ocho, una venta de información clasificada por efectivos militares, por lo que se ordenó al Jefe de Contrainteligencia, comandante EP Rivera Azabache, su confección –fue aprobada por el Jefe del SIE–. En su ejecución, para la ubicación y captura de los implicados en ese acto ilícito, intervinieron, entre otros, los tres Agentes de Inteligencia Operativa: Ramos Álvarez –ya condenado–, así como Ortiz Mantas y Zambrano Salazar –absueltos ya en tres oportunidades en primera instancia–.

199

2. Es del caso que el día dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el agraviado Barrantes Torres salió de su domicilio, ubicado en el distrito de San Martín de Porres, sin que haya retornado hasta la fecha ni se sepa su paradero. Se estableció que el indicado agraviado fue intervenido por Agentes de Inteligencia Operativa del SIE y conducido a las instalaciones del Cuartel General del Ejército –concretamente a los calabozos del SIE–, en San Borja. En esa sede, fue visto por el Suboficial EP Raúl Otto Gamonal Yaranga, también detenido por los mismos cargos en esa instalación militar por los AIO Zambrano Salazar y Ramos Álvarez.
3. Con motivo del llamado Plan Lucero no solo fue detenido Gamonal Yaranga, sino también el Teniente de Infantería EP César Augusto Sánchez, el Suboficial de Primera EP Luis Gonzalo Muñoz Tuesta, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Inteligencia Nivardo David Leiva Rojas, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Estado Mayor Hernando Natalio Alvarado Cuadros, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Estado Mayor Gilberto Mercedo Saavedra Tello, el Suboficial EP Gaspar Jorge Neira Linares y el empleado civil oficinista Alejandro Atao Quintero, quienes fueron capturados y retenidos ilegalmente, aproximadamente por cuarenta días, en los calabozos del SIE, sometidos a castigos de rigor, y luego puestos a disposición del Fuero Militar; no así el agraviado Barrantes Torres, pese a su presencia en los calabozos del SIE.
4. A pocos días de producida la detención ilegal del agraviado Barrantes Torres y su traslado a los calabozos del SIE, el día veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el AIO Ramos Álvarez, bajo la falsa identidad de Jacinto Romo Alca, se apersonó al domicilio del primero, con una carta presuntamente escrita por el agraviado y dirigida a sus familiares, para que le entreguen fólderes con documentos –lo que, en efecto, se hizo–. Los familiares advirtieron que utilizó un vehículo Volkswagen verde, de placa de rodaje GQ guión cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro, asignado al SIE, donde prestaban servicio todos los detenidos, quienes fueron investigados por el presunto delito de infidencia.
5. Cabe destacar que, como consecuencia de la denuncia de los familiares del militar agraviado, Barrantes Torres, el Jefe del SIE, Comandante EP Hanke Velasco; el Jefe de Contrainteligencia, Comandante EP Rivera Azabache; el Jefe de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), General EP Juan Campos

Luque; y el Comandante General del Ejército, General EP Artemio Palomino Toledo; así como todos los AIO involucrados en el tema, negaron la privación de libertad del citado agraviado. Hasta ahora no se sabe nada del paradero del indicado militar.

OCTAVO. Que la parte civil, en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos treinta y ocho, insta la anulación de la absolución. Alega que el agraviado fue secuestrado en el contexto del Plan Operativo de Inteligencia Lucero, en el que participaron los encausados, AIO del SIE; que la desaparición del agraviado constituye una violación a los derechos humanos, que no se ha tomado en cuenta, respecto de Zambrano Salazar, que no se valoró la declaración jurada de Sosa Saavedra, ratificada en el acto oral, que le imputa haber capturado al agraviado; que el citado imputado participó en otras tres capturas; que el agraviado Barrantes Torres fue el primero en ser capturado. Por otro lado, Miranda Gutiérrez, Jefe del Operativo Lucero, refirió que Zambrano Salazar y Ortiz Mantas participaron en las investigaciones; que los detenidos en los calabozos del SIE, en los marcos de la citada operación de inteligencia, estaban en ambientes contiguos, cuyo control correspondía a Zambrano Salazar y Ortiz Mantas –versiones de Gamonal Yaranga, Alvarado Cuadros, Leyva Rojas y Sánchez Mendoza, quienes dijeron que los absueltos fueron sus custodios, y lo hacían con todos los detenidos–; que Gamonal Yaranga expuso que se reunió con Barrantes Torres y conversaron por una hora en el baño; que el detenido Sánchez Mendoza refirió que el acusado Zambrano Salazar lo capturó y trasladó hasta los sótanos del SIE.

NOVENO. Que la defensa del encausado contumaz, Rivera Azabache, en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos cincuenta y uno, solicita la nulidad de la sentencia por infracción procesal. Arguye que se violaron tres garantías procesales: defensa, debido proceso –tribunal imparcial– y presunción de inocencia, al no cuestionarse la sentencia y Ejecutoria Suprema anterior, pues se mencionó que no era objeto de revisión, pese a que allí se le reservaba la causa; que lo expuesto se consolida porque se mencionó que la detención y reclusión de Barrantes Torres es un hecho probado en la sentencia anterior, por lo que reduce el objeto de prueba a la vinculación o no que tendría su patrocinado respecto al hecho.

§ 3. *De la sentencia recurrida*

DÉCIMO. Que la sentencia recurrida, en primer lugar, sostiene que la sentencia anterior y su Ejecutoria Suprema, que condenó a Julio Hernán

Ramos Álvarez, tiene como hecho probado la reclusión del agraviado en los calabozos del SIE.

En segundo lugar, afirma que la absolución de los encausados Zambrano Salazar y Ortiz Mantas se sustenta en que: (*i*) Ninguno de los familiares del agraviado reconoció que ambos encausados acompañaron al procesado Ramos Álvarez a la casa del agraviado, llevándoles la carta que se decía era del último de los nombrados. (*ii*) Ningún testigo presenció la forma, lugar ni las circunstancias de la detención del agraviado, ni su conducción a los calabozos del SIE. (*iii*) No se ha probado que dichos encausados tenían la función de custodios del agraviado, por lo que no conocían de su permanencia en el SIE guión dos; consecuentemente, al no ser custodios del agraviado, no han negado la información sobre su paradero o situación legal. (*iv*) La declaración jurada de Sosa Saavedra no tiene más fuerza que su declaración plenarial, en la que no aporta mayor información que vincule a los imputados con la desaparición del agraviado. (*v*) El testigo Ricardo Uceda es de referencia y no ha presenciado hecho alguno relativo al delito.

Por último, respecto del Comandante EP Rivera Azabache, se tiene que fue Jefe de Contrainteligencia del SIE, quien elaboró y controló la ejecución del Plan Lucero, desde cuya materialización se desapareció al agraviado. Como no se ha puesto a derecho para el juicio su situación jurídica, debe esclarecerse una vez que se presente al acto oral.

§ 4. *Del tipo legal de desaparición forzada*

DÉCIMO PRIMERO. Que según el Acuerdo Plenario número cero nueve guión dos mil nueve diagonal CJ guión dieciséis del trece de noviembre de dos mil nueve, el artículo 320° del Código Penal, comprende dos acciones sucesivas: (*i*) privación de libertad del agraviado, cuyo origen puede ser legal o ilegal [en igual sentido, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, SCorteIDH–, caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, del veintiocho de noviembre de dos mil cinco, párrafo ciento cinco]; y, (*ii*) desaparición, debidamente comprobada, del sujeto pasivo, traducida en la no información sobre la suerte o el paradero de la persona privada de su libertad [en igual sentido, SCorteIDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, del veintidós de noviembre de dos mil cinco, párrafos ciento tres y siguientes]. Desde luego, otro elemento –que se vincula al agente activo– es la intervención de agentes gubernamentales, inclusive indirectamente por asentimiento [Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas de mil novecientos noventa y seis].

El delito se consolida cuando se cumple con este último elemento: no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del agraviado. La no información –negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido–, en suma, es un elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer al agraviado de la protección de la ley. El ocultamiento, pues, es un elemento central de este delito [tercer considerando del Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas, artículo 2° de la Convención internacional para la protección de todas las personas víctimas de desapariciones forzadas de las Naciones Unidas y artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la OEA].

DÉCIMO SEGUNDO. Que la privación de la libertad es presupuesto para el delito, pero no el elemento rector que lo configura. Es una exigencia de prueba del único escenario en el cual es posible desaparecer forzosamente a otra persona. El denominado "comportamiento típico" –conducta específica fundamental–, es la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, y que asume por injerencia, al intervenir, de uno u otro modo, en la detención, legal o ilegal del sujeto, o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido; es, pues, un delito de infracción de deber.

Es, por ello, asimismo, un delito de omisión pura de garante [SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "La regulación de la comisión por omisión en el artículo 111°". En *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona: Editorial Bosch, mil novecientos noventa y siete, paginas setenta y uno y setenta y dos], aunque su presupuesto sea una conducta comisiva de privación de la libertad –una mera situación típica–. La conducta específica fundamental está dada, desde el agente, por la omisión de información o desaparición, lo que no permite reconocer un resultado típico separable espacio temporalmente de aquella omisión (ausencia de una acción determinada), y porque está en la posibilidad de informar acerca del paradero del sujeto pasivo (capacidad para realizar la conducta).

Esta infracción solo puede ser realizada por un determinado círculo de sujetos, caracterizados por un deber especial, con relación al bien jurídico protegido: caso de los funcionarios públicos. El deber de informar tiene como base lo dispuesto por el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona, que establece el deber de los agentes de las Fuerzas del Orden, de velar por la seguridad de los ciudadanos; y, sobre tal cometido, acota que: "Toda persona privada de

libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente. Los Estados Parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades".

DÉCIMO TERCERO. Que el sujeto activo del delito de desaparición forzada es un funcionario público, y los militares lo son (artículo 425° numeral 5 del Código Penal). Todo funcionario posee un deber especial sobre la intangibilidad del bien jurídico protegido –que es la personalidad jurídica, y que abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detracción del sujeto del sistema jurídico que ocurre, no en sentido material, sino en sentido normativo con la omisión de informar–, sobre el reconocimiento de la personalidad del individuo que ha sido privado de su libertad.

Además, es un delito permanente [conforme: SCorteIDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, del doce de agosto de dos mil ocho, párrafo treinta y cuatro, y SCorteIDH, caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, del veintisiete de noviembre de dos mil ocho, párrafo veintiocho y siguientes], que se mantiene mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida, y mientras no se aclaren los hechos [según la SCorteIDH, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, del veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho, párrafo ciento ochenta y uno, el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida]; lo que equivale a decir que todos los que participan en el delito serán considerados coautores o cómplices –según el caso–, en razón de que hasta que la misma cese, perdurará la consumación. Se trata de una consumación material, que se prolonga en el tiempo, ello en atención a la naturaleza del bien jurídico y su forma de ataque.

Cabe enfatizar, asumiendo las críticas dogmáticas al citado acuerdo plenario y recogiendo lo que establece la doctrina nacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, que la permanencia del delito se mantiene incluso después de que el sujeto activo deja el cargo público, en cuyo ejercicio asumió el deber, pues es esto último lo trascendente desde la perspectiva típica [MEINI MÉNDEZ, IVÁN. *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: Ara Editores, dos mil nueve, páginas trescientos ochenta y cuatro y trescientos ochenta y cinco].

DÉCIMO CUARTO. Que sobre la interpretación del artículo 320° del Código Penal, es de remitirse no solo a normas jurídicas internas sino también al Derecho Internacional Penal, según lo prescrito en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Así, no es posible desarrollar los elementos del delito de desaparición forzada, si no se tienen cuenta los tratados y las normas de *soft law* emitidos por las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

Respecto a los convenios –normas jurídicas internacionales que, en virtud del artículo 55° de la Constitución, forman parte del Derecho nacional– se debe tener presente la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará – Brasil el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, suscrito en Roma el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho (artículo 76° numeral 2 apartado i); y la Convención internacional para la protección de todas las personas víctimas de desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas del veinte de diciembre de dos mil seis. La prohibición absoluta de la desaparición forzada es una norma de *ius cogens*, que afecta derechos que conforman el "núcleo duro" de los derechos.

El tipo legal nacional, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no exige los elementos configuradores generales: ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Estos elementos están presentes en el delito de desaparición forzada de lesa humanidad. No obstante, si no se presenta el elemento contextual, el hecho individual antes descrito (privación de libertad y posterior desaparición de Marco Barrantes), necesariamente se está ante una grave violación de derechos humanos, cuya criminalización e, incluso, exclusión de amnistías y establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables [SCorteIDH, caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno], se impone en virtud de las normas jurídicas internacionales –tratados y normas de *soft law*– expuestas en los párrafos precedentes [para el caso de este crimen internacional: SCorteIDH, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, del uno de septiembre de dos mil diez, párrafo doscientos siete].

Este delito afecta tanto a las víctimas como a sus familiares [BAZÁN CHACÓN, IVÁN ARTURO. "El crimen internacional de desaparición forzada de personas". En *Revista Advocatus*. Número veintiséis. Lima, dos mil doce guión uno, página sesenta y ocho].

205

§ 5. *De la apreciación de la prueba en orden a los agravios impugnativos*

DÉCIMO QUINTO. Que del Informe número dos mil tres SIE punto dos E, del cuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho, corriente a fojas quinientos tres, se desprende que el SIE –a cargo de Hanke Velasco– elaboró el Plan Operativo Lucero –cuya confección, ejecución y cumplimiento correspondió al encausado Rivera Azabache, Jefe de Contrainteligencia del SIE–, con motivo de haberse detectado una red de colaboradores que entregan información clasificada a un país extranjero. Allí se menciona que el agraviado Barrantes Torres, miembro del Ejército Peruano, era el organizador de esa red, y que había reclutado a efectivos de esa institución. El absuelto Hanke Velasco, tanto en su instructiva de fojas seiscientos setenta y dos, como en sus testificales de fojas noventa y ocho y cuatrocientos treinta y ocho, refirió que como jefe del SIE mandó elaborar el Plan Lucero al Jefe de Contrainteligencia Rivera Azabache; hecho que este último reconoce en su instructiva de fojas seiscientos sesenta y cuatro.
El SIE realizó las capturas del personal militar involucrado –su ejecución en los calabozos de esa institución–, las investigaciones e interrogatorios a los implicados y, luego, recomendó su denuncia ante la jurisdicción militar, lo que en efecto se hizo por su propio mérito [fojas uno a sesenta del incidente "A" del Fuero Militar].

DÉCIMO SEXTO. Que si bien es cierto las altas autoridades de inteligencia del Ejército, incluso el propio Rivera Azabache (también Juan Manuel Campos Luque, en su declaración plenarial de fojas cinco mil cuatrocientos veintisiete, quien reconoce la existencia del Plan Lucero pero no de la detención del agraviado), niegan la detención de Barrantes Torres –el mismo que aparece en el informe antes citado y en el proceso penal militar como no habido–, en autos existen pruebas categóricas de que la privación de libertad se produjo por el SIE, y que sus autoridades negaron la detención y el paradero del agraviado Barrantes Torres. El acusado Contumaz Rivera Azabache adujo que ni siquiera lo conocía y que en la investigación respectiva no pudo ser capturado; que nunca estuvo internado en el SIE e, incluso, que en la fecha de los hechos, ni siquiera existían calabozos en la referida institución militar [instructiva de fojas seiscientos sesenta y cuatro]. Sin embargo, el preso Neira Linares dijo que vio a Rivera Azabache en los sótanos del SIE, mientras que Gumercindo Zambrano le expresó que era potestad del Comando poner al agraviado Barrantes Torres a disposición de la Zona Judicial del Ejército

206

[fojas cuatrocientos cincuenta y seis y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres].

DÉCIMO SÉPTIMO. Que, no obstante ello, se cuenta con la versión directa de Raúl Otto Gamonal Yaranga, prestada en sede jurisdiccional penal ordinaria, involucrado en los hechos investigados por el SIE y la jurisdicción castrense. Dicho encausado, testigo en esta causa, mencionó uniformemente que vio al agraviado detenido en los calabozos del SIE e, incluso, conversó con él. Es decir, el agraviado tenía la calidad de detenido, era custodiado por los efectivos militares, no con el rango de oficiales, involucrados en estos hechos, entre los que se encontraban los absueltos. Gamonal Yaranga, en sede de instrucción a fojas cuatrocientos noventa y cuatro, menciona que vio detenido al agraviado, y que el acusado absuelto Ortiz Mantas manifestó que el agraviado había sufrido represalias por esa conversación. Esa misma versión, en lo esencial, es reiterada en los dos plenarios anteriores [fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y nueve y cuatro mil cuatrocientos uno].

En el ámbito de la jurisdicción castrense, a Gamonal Yaranga, como imputado, en sede del SIE –sin fiscal ni defensor– no se le preguntó si el agraviado se encontraba con él en los calabozos del SIE; en sede sumarial, anotó que vio al agraviado por última vez el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, en que fue a su casa, pero en sede plenarial rechaza la investigación militar, porque fue golpeado y condicionado para que se autoinculpe [fojas treinta, setenta y seis y trescientos diecinueve].

Esa es la línea de las declaraciones de los imputados en sede militar. No se les pregunta nada sobre la permanencia del agraviado en el SIE, declaran en sede de primera instructiva, pero luego denuncian maltratos y condicionamiento para que se autoinculpen. Así: 1. Sánchez Mendoza [fojas catorce, sesenta y uno, doscientos seis y trescientos dieciséis]. 2. Alvarado Cuadros [fojas diecinueve, noventa y dos y trescientos veinte vuelta]. 3. Neira Linares [fojas treinta y siete, ochenta y tres, doscientos veintiuno y trescientos dieciocho]. 4. Saavedra Telles [fojas cuarenta y dos, ochenta y siete, doscientos diez y trescientos diecinueve vuelta]. 5. Leiva Rojas [fojas cincuenta y tres, setenta y trescientos veinte vuelta].

DÉCIMO OCTAVO. Que en este proceso penal, los cinco detenidos, como primer dato, expresaron que por referencias de su codetenido Gamonal Yaranga, se enteraron de que este último también se encontraba preso en los calabozos del SIE [fojas dos mil cuatrocientos ochenta y nueve y cinco mil ciento treinta y ocho, fojas cuatrocientos setenta y tres y tres mil setecientos setenta y siete, fojas cuatrocientos cincuenta y seis, cinco mil

cuatrocientos cincuenta y tres, y fojas cuatrocientos cincuenta y seis, dos mil quinientos treinta, tres mil ochocientos veintitrés y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres]. Relativizan su versión en juicio oral Saavedra Telles y Leiva Rojas, pues el primero dice que ni siquiera vio a Gamonal Yaranga, pese a decir con anterioridad que los otros detenidos le comentaron de la presencia del agraviado Barrantes Torres [fojas quinientos treinta y nueve y cuatro mil cuatrocientos sesenta]; y, el segundo acota que no sabía si el agraviado estaba en el SIE, pese a que en el primer juicio oral expresó que escuchó a Gamonal Yaranga de que Barrantes Torres estaba detenido en los calabozos del SIE [fojas dos mil quinientos treinta y siete y cuatro mil doscientos cuarenta y tres].

En todo caso, como segundo dato, se tiene que todos mencionaron la presencia de los imputados absueltos y del reservado Rivera Azabache en los calabozos del SIE.

DÉCIMO NOVENO. Que es importante dejar establecido que efectivos de inteligencia militar vigilaron y llegaron al domicilio del agraviado, y que cuando el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho salió de su casa ya no volvió a aparecer [en especial declaraciones plenariales de Yeny Mariela Medina Malpartida y Judy Patricia Sánchez Malpartida de fojas cinco mil sesenta y tres y cinco mil ochenta y ocho], pero la investigación del SIE lo comprendió, al punto de que se mintió sobre su paradero, pues se consignó que estaba en Arequipa y se le entregó una carta –que los familiares reconocen es del imputado– para obtener diversos documentos que sirvieron al proceso penal militar. El AIO que realizó ese engaño fue el condenado Julio Hernán Ramos Álvarez. Los hermanos del agraviado, Mario Fernando y José Antonio Barrantes Torres, afirmaron que el reo Gaspar Neira Linares, finalmente, les comunicó que su hermano estaba detenido en los sótanos del SIE [fojas doscientos ochenta y nueve y cinco mil doscientos sesenta y dos, y doscientos ochenta y seis y cinco mil ciento seis].

El AIO Sosa Saavedra, según el libro del periodista Manuel Uceda Pérez, *Muerte en El Pentagonito*, quien declaró a fojas cinco mil doscientos noventa y cuatro, señaló que junto con el espía ecuatoriano también se ejecutó al agraviado, quienes previamente se encontraban detenidos en los calabozos del SIE [capítulo VIII, del libro en cuestión, fojas tres mil ciento ochenta y siete]. No obstante, Sosa Saavedra, quien incluso redactó una declaración jurada y fue grabado [fojas cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve y dos mil setecientos veinte], en el juicio oral a fojas cinco mil trescientos sesenta niega todas esas referencias y expresiones que reconoce mencionó, incluso tal retracción la hace por escrito en una

carta dirigida al propio periodista Uceda Pérez [fojas cinco mil cuatrocientos noventa y dos].

VIGÉSIMO. Que, por otra parte, los encausados absueltos Zambrano Salazar y Ortiz Mantas, niegan toda relación con el agraviado Barrantes Torres. El primero reconoce la investigación realizada, la captura de Gamonal Yaranga y el traslado de otros dos investigados –entre ellos de Neira Linares–, las órdenes del comandante EP Rivera Azabache, y la vigilancia de los detenidos en los calabozos del SIE. El segundo admite conocer a sus coimputados, que los detenidos recibieron los castigos de rigor, que debía vigilarlos y que Sosa Saavedra lo acusa por venganza.
Cabe enfatizar, al respecto, que el contumaz Rivera Azabache, en su instructiva de fojas quinientos sesenta y cinco, señaló que tenía bajo su comando a los absueltos Zambrano Salazar y Ortiz Mantas. Ambos imputados recurridos reconocieron que trabajaron en mil novecientos ochenta y ocho en el SIE, y como tales se dedicaron al cumplimiento de la misión que entrañaba las investigaciones del Plan Lucero. Los detenidos Neira Linares, Alvarado Cuadros y Sánchez Mendoza mencionan a Ortiz Mantas como parte del equipo de investigación y quienes los vigilaron en los calabozos del SIE. Luego, sus labores no fueron solo de búsqueda de información, sino de captura, investigación y vigilancia de los detenidos.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que más allá de la versión contradictoria de Sosa Saavedra y lo que expuso, en lógica referencial, el periodista Uceda Pérez, es a partir de los datos consolidados en la causa: primero, se capturó a Barrantes Torres –sindicado como principal responsable de venta de información al extranjero–; segundo, fue remitido a los calabozos del SIE como detenido; tercero, se omitió toda información sobre su detención y vínculos con sus familiares, quienes insistieron, constantemente, en saber dónde se encontraba [denuncia a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de fojas doscientos treinta y cuatro, carta dirigida al Comandante General del Ejército de fojas mil ocho, escrito de fojas dos mil ochocientos tres dirigido a la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo, carta a la Oficina General de Derechos Humanos del Ministerio Público de fojas dos mil ochocientos doce, y diversos oficios dirigidos por autoridades a instancia de ellos: fojas dos mil ochocientos ocho, dos mil ochocientos diez y dos mil ochocientos once]; cuarto, luego de su arresto, un AIO –el sentenciado Ramos Álvarez– entregó a sus familiares una carta del agraviado para la entrega de información y les dijo que se encontraba en Arequipa; y, quinto, hasta la fecha, tanto los imputados como todos los que participaron en el equipo de investigación, han negado

información sobre el paradero del agraviado. Se trata, pues, de un desaparecido, cuya responsabilidad recae en todos los que, desde el rol que desempeñaron en el Plan Lucero, realizaron las investigaciones, sabían de su paradero y lo ocultaron. Es obvio, por lo demás, tener presente que se desapareció no solo al supuesto cabecilla de la red peruana, sino también al extranjero, que era el contacto para la fuga de información clasificada.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que los datos son claros y no se presentan contraindicios sólidos que permitan dudar razonablemente de que se desapareció al agraviado. Los involucrados en el delito contra la seguridad y el honor de la nación, si bien en sede castrense no mencionaron al agraviado; pero en esa misma sede, posteriormente, cuestionaron con énfasis y uniformidad los maltratos y coacciones sufridas durante su estancia en sede del SIE, así como la exigencia de su autoinculpación. Luego, ya en la jurisdicción penal ordinaria –cuya imparcialidad y objetividad no puede ponerse en tela de juicio–, refirieron lo que ya se estipuló en orden a la presencia del agraviado en los calabozos del SIE; luego, si tal hecho es ocultado sistemáticamente por los imputados, es que ellos participaron en su desaparición. A sus versiones se tiene en cuenta lo expuesto por sus familiares y la propia realidad: el agraviado Barrantes Torres desapareció en plena investigación, bajo la guía del Plan Lucero, y ya producido el cambio de régimen político, no se ha resuelto y sigue en total misterio su paradero. Es, pues, un desaparecido. Esa es la única conclusión razonable.

Por las características del tipo legal de desaparición forzada [ver: fundamentos décimo primero a décimo tercero], como se afirma que los absueltos participaron en las investigaciones de los hechos atribuidos al agraviado y resguardaron a todos los arrestados, es obvio que sabían de su detención y, luego, omitieron dolosamente toda información al respecto.

La sentencia absolutoria en este contexto es infundada. Presentó un análisis probatorio profundamente equivocado y, esencialmente, desde una concepción del tipo legal de desaparición forzada absolutamente insostenible. Es de aplicación el artículo 301°, *in fine*, del Código de Procedimientos Penales.

El recurso acusatorio debe desestimarse y así se declara.

§ 6. *De la situación jurídica del contumaz Rivera Azabache*

VIGÉSIMO TERCERO. Que, a partir de lo expuesto, en los fundamentos jurídicos precedentes, que incluyen la versión del contumaz y el análisis

global del caso, la prueba actuada acreditó que habría participado, a nivel de mando, en la detención, encierro y ulterior desaparición –por lo cual ocultó información del paradero– del agraviado Barrantes Torres.
Como rehuyó el enjuiciamiento, es de aplicación el artículo 321° del Código de Procedimientos Penales. No cabe la absolución por lo ya anotado, pero sí la reserva, pues nadie puede ser juzgado ni condenado sin ser previamente oído, aun cuando tenga la condición de contumaz. Así lo estipula nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia correspondiente.
Estas consideraciones y no otras, de mero carácter formal, son las que determinan la reserva. Sencillamente, de lo actuado no es posible una conclusión absolutoria.

VIGÉSIMO CUARTO. Que es obvio que la declaración de hechos probados de una sentencia goza del valor de la prueba documental pública. Sin embargo, tratándose del mismo caso o hecho punible, su declaración de hechos probados y los fundamentos de derecho no pueden extenderse automáticamente para los ausentes y contumaces; aunque, tampoco, puede restársele todo mérito o estimarse simplemente como un mero dato referencial, con efectos valorativos nulos.
Es posible que concurran o se acrediten situaciones de hecho no contempladas o, luego, probadas o improbadas a la luz de una posible nueva prueba actuada. Por otra parte, pueden presentarse, en el caso del imputado ausente o contumaz, causas de exclusión de responsabilidad propia, ajenas a las de los otros coencausados.

VIGÉSIMO QUINTO. Que es evidente que no se puede estimar la existencia de cosa juzgada porque falta, como límite subjetivo, el imputado –esta comprende el hecho ya juzgado y la misma persona–. Las anteriores sentencias se concretaron, como corresponde, frente a las pruebas de cargo actuadas hasta el momento, al reservar la causa contra Rivera Azabache, pero no condicionan la condena si este se presenta a juicio o fuera capturado. En estos casos, no se da eficacia positiva o prejudicial a las sentencias anteriores.
Dos son las razones de esta opción frente a las sentencias condenatorias –diferente será el caso de las sentencias absolutorias–: primera, porque se prefiere que los tribunales puedan, a veces, incurrir en contradictorios juicios de hecho y de Derecho, a que tengan coactada su libertad, para apreciar libremente las pruebas y aplicar sin cortapisas el Derecho; y, segunda, porque así se garantiza la integridad de la defensa del imputado, argumento de gran importancia y no meramente complementario del

anterior [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros. *Derecho Procesal Penal*. Quinta edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, dos mil dos página quinientos cuarenta y seis].
Por tanto, desde la parte resolutiva debe ratificarse la opción del Tribunal A Quo. Las razones de la reserva son las fijadas en los parágrafos precedentes. El recurso defensivo, en suma, se desestima y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **1.** Declararon **NULA** la sentencia de fojas seis mil sesenta y cinco, del seis de febrero de dos mil trece, en cuanto absolvió a Jorge Ortiz Mantas o Jorge Enrique Ortiz Mantas y Gumercindo Zambrano Salazar de la acusación fiscal formulada contra ellos, por el delito de desaparición forzada de personas (artículo 320° del Código Penal), en agravio de Marco Roberto Barrantes Torres. **MANDARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado. **2.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo que ordenó mantener la reserva de la causa respecto del acusado contumaz Harry Esteben Rivera Azabache. **3. DISPUSIERON** se remitan los autos al Tribunal de origen, para que proceda conforme está ordenado. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/pjam.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yurianieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

21 ENE. 2014