

# **AUTO SUPREMO N:247/2010**

## **FECHA AUTO:2010-08-16**

SALA PENAL SEGUNDA

Auto Supremo N° 247 Sucre, 16 de agosto de 2010

Expediente: Santa Cruz 23/2010

Partes: Ministerio Público c/ Justo Sarmiento Alanes, Oscar Menacho Vaca, Juan Antonio Elio Rivero, Pedro Percy Gonzáles Monasterio, Elías Moreno Caballero, Ernesto Morant Lijerón y Rafael Loayza Villegas.

Delitos: Privación de libertad, vejaciones y torturas, asociación delictuosa, organización criminal, asesinato y encubrimiento.

Ministro relator: Ramiro José Guerrero Peñaranda.

VISTOS: los recursos de casación interpuestos por Antonia Gladys Oroza viuda de Solón Romero mediante apoderada (fojas 5586 a 5591); por Rebeca Ibsen Castro (fojas 5593 a 5595 vuelta) y por representantes del Ministerio Público (fojas 5598 a 5601), más la adhesión del Presidente de la Asamblea de Derechos Humanos de Santa Cruz de 22 de febrero de 2010 (fojas 5618 a 5620), impugnando todos ellos el Auto de Vista emitido el 28 de septiembre de 2009 (fojas 5575 a 5582) por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, en el proceso penal seguido por el Ministerio Público a querrela de las recurrentes contra Justo Sarmiento Alanes, Oscar Menacho Vaca, Juan Antonio Elio Rivero, Pedro Percy Gonzáles Monasterio, Elías Moreno Caballero, Ernesto Morant Lijerón y Rafael Loayza Villegas, con imputación por comisión de los delitos de privación de libertad, vejaciones y torturas, asociación delictuosa, organización criminal, asesinato y encubrimiento, cometidos por ellos en su condición de miembros de órganos de represión al servicio del Gobierno Militar durante el periodo comprendido entre los años 1971 a 1978, en las personas de José Carlos Trujillo Oroza, José Luis Ibsen Peña y Rainer Ibsen Cárdenas, no habiéndose analizado el recurso de casación interpuesto el 6 de noviembre de 2009 (fojas 5599 a 5601) por los representantes del Ministerio Público debido a que tal recurso fue rechazado por Auto de 17 de febrero del presente año 2010 por presentación extemporánea.

CONSIDERANDO: que el proceso de referencia se inició en mérito a Auto de Procesamiento de 7 de junio de 2004 (fojas 2271 a 2278), el cual fundó el enjuiciamiento de los mencionados imputados, no sólo por los indicados delitos sino también por el comportamiento calificado como de "desaparición forzada" por la Convención Interamericana de 9 de junio de 1994, ratificada por nuestro país el 5 de mayo de 1999.

Que tramitada la indicada causa con sujeción a las reglas del Código de Procedimiento Penal de 1972, el Juez de Partido Séptimo en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, dictó al término del Plenario la Sentencia de 13 de diciembre de 2008 (fojas 5330 a 5360) con decisiones que corresponden al siguiente detalle: a) Declaró a Oscar Menacho Vaca y a Justo Sarmiento Alanes, autores del delito de privación de

libertad agravada tipificado por el artículo 292 del Código Penal y condenó por tal circunstancia a cada uno de ellos a la pena de dos años y ocho meses de reclusión; b) Declaró a Juan Antonio Elio Rivero autor del delito de privación de libertad en grado de complicidad para la comisión de ese delito y, por ello, lo condenó a la pena de dos años y ocho meses de reclusión; c) Absolvió de culpa y pena a Pedro Percy Gonzáles Monasterio con referencia al mencionado delito de privación de libertad; d) Absolvió de culpa y pena a todos los imputados respecto a la comisión de los delitos de vejaciones y torturas, asociación delictuosa, organización criminal, asesinato y encubrimiento; e) No se pronunció resolución en contra de los imputados Rafael Loayza Villegas, Ernesto Morant Lijerón y Elías Moreno Caballero por haberse acreditado sus fallecimientos durante las distintas fases del procesamiento; f) Se excluyó de la sentencia el caso concerniente a Rainer Ibsen Cárdenas por tratarse de un hecho acaecido en la Paz y no en Santa Cruz de la Sierra.

Que ante apelación planteada contra esa sentencia por las querellantes, se emitió el Auto de Vista de 28 de septiembre de 2009, dando origen a los mencionados recursos de casación por haber tal Auto confirmado la sentencia con sólo la modificación de la sanción respecto a Juan Antonio Elio Rivero, quien fue condenado a la pena de un año y cuatro meses de reclusión por haber actuado en calidad de cómplice para la comisión del delito de privación de libertad.

CONSIDERANDO: que las recurrentes interponen recursos de nulidad o casación fundamentando lo siguiente: Antonia Gladys Oroza viuda de Solón Romero mediante apoderada invocó los siguientes argumentos: 1. Infracción directa por interpretación incorrecta de las disposiciones contenidas en los artículos 30 del Código de Procedimiento Penal de 1972 y 292 bis del Código Penal, incurriendo en la causal de casación prevista por el artículo 298 numeral 1) del Código de Procedimiento Penal. 2. Infracción de ley sustantiva respecto a la calificación de los hechos y la imposición de la sanción en lo que hace a la participación de Pedro Percy Gonzáles Monasterio y la imposición de sanciones mínimas, constituyendo causal de casación previstas en el artículo 298 numeral 4) del Código de Procedimiento Penal de 1972.

Que de su parte, Rebeca Ibsen Castro expuso los siguientes motivos: 1. Infracción directa de la ley por no haber aplicado correctamente sus preceptos relativos al delito de asesinato conforme a la adhesión de querrela y Auto de Procesamiento. 2. No se aplicaron las prescripciones de la Ley respecto al delito de asesinato y a concurso de delitos al no sancionar el delito más grave como el asesinato y haberse ignorado las disposiciones contenidas en los tratados, convenios y leyes internacionales referentes a delitos de tortura y lesa humanidad valorando el contexto completo de los hechos y de los actores. 3. Interpretación errónea de sus preceptos, al haberse probado el asesinato previas torturas de Rainer Ibsen Cardenas y confusión de delitos comunes con delitos especiales como los de lesa humanidad. 4. Infracción de la ley sustantiva al atenuar los tipos penales y las sanciones mínimas que no responden a un acto de justicia.

CONSIDERANDO: que efectuado el análisis respectivo para los fines de la resolución pertinente, se pudo apreciar que, de conformidad a lo establecido por el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal de 1972, ha prescrito la acción penal por los delitos de asociación delictuosa, organización criminal y encubrimiento en relación al trato otorgado a los detenidos José Luis Ibsen Peña y José Carlos Trujillo Oroza, porque, habiéndose producido esos hechos entre los años 1971 y 1973, el Auto Inicial de la Instrucción concerniente a ese tipo de delitos fue emitido el 27 de marzo del año 2000 (fojas 241), razón por la cual se aprecia que, al respecto, el Tribunal de Alzada aplicó adecuadamente la normativa vigente.

Que en cuanto a la privación y desaparición, vejaciones y torturas de José Carlos Trujillo Oroza, José Luis Ibsen Peña y asesinato de Rainer Ibsen Cárdenas, hechos que fueron calificados en el Auto de Procesamiento de 7 de junio de 2004 como privación de libertad agravada, vejaciones y torturas, asociación delictuosa, organización criminal, asesinato y encubrimiento, estableciendo al mismo tiempo que dicho Auto se fundó también en la desaparición forzada de personas, previsto en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 9 de junio de 1994 y ratificada por Bolivia el 5 de mayo de 1999, además de otros instrumentos internacionales, constituyendo dicha resolución, acusación formal sobre cuya base se sustanció la fase del juicio oral.

Que en función a la calificación realizada en el Auto de Procesamiento, en relación a los tipos penales de vejaciones y torturas, asociación delictuosa, organización criminal, asesinato y encubrimiento, se tiene del desfile probatorio en el juicio oral evidencia de la muerte de Rainer Ibsen Cárdenas, cuyo deceso de acuerdo a la prueba se produjo en la ciudad de La Paz el día 19 de junio de 1972, motivo por el cual se excluyó de la sentencia su consideración al no haber acaecido en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. Que con relación al delito de asesinato de Rainer Ibsen Cárdenas, por la forma violenta en que se produjo el deceso y las circunstancias en las cuales fue privado de su libertad, así como las imputaciones por vejaciones y torturas en las personas de José Luis Ibsen Peña y José Carlos Trujillo Oroza, no es viable el tratamiento de prescripción debido a que tales hechos se encuentran calificados como de lesa humanidad por el artículo 7 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, por la forma y las circunstancias en las que ocurrieron tales hechos, los sujetos activos de los ilícitos penales y el período de gobierno imperante en ese entonces caracterizado en lo jurídico de irrespeto a los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política del Estado, sin embargo de lo cual cabe señalar que, por la expresa determinación contenida en el artículo 11 del mencionado Estatuto de Roma, no es posible la aplicación de tal precepto porque la competencia para el respectivo enjuiciamiento está establecida en razón de tiempo solamente para delitos cometidos después del 17 de julio de 1998, más aún si tomamos en cuenta que nuestro país ratificó este instrumento legal recién el 27 de junio de 2002, en dicho mérito se debe tomar en cuenta que por expresa determinación del artículo 24 de dicho Estatuto, nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a la entrada en vigor de tal Estatuto,

razón por la cual tomando en cuenta que ha sido probado que Rainer Ibsen Cárdenas fue asesinado el 19 de junio de 1972, no pueden ser aplicadas las disposiciones del Estatuto de Roma a ese caso ni a los hechos de vejaciones y torturas de que fueron víctimas José Luis Ibsen Peña y José Carlos Trujillo Oroza entre 1971 y 1973.

Que existe otra disposición aplicable a los mencionados casos, establecida por la Ley N° 3226 de 18 de enero de 2006, que introdujo el artículo 292 bis en el Código Penal, bajo el nombre jurídico de "desaparición forzada de personas", respondiendo a una necesidad real de una sociedad que clama justicia por hechos similares a los que se juzga en autos, derivando además del compromiso asumido por el Estado Boliviano al ratificar en fecha 5 de mayo de 1999 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ilícito penal que señala:

"El que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de algún órgano del Estado, privare de libertad a una o más personas y deliberadamente oculte, niegue información sobre el reconocimiento de la privación de libertad o sobre el paradero de la persona, impidiendo así el ejercicio de recursos y de garantías procesales, será sancionado con pena de presidio, de cinco a quince años. Si como consecuencia del hecho resultaren graves daños físicos o psicológicos de la víctima, la pena será de quince a veinte años de presidio. Si el autor del hecho fuera funcionario público, el máximo de la pena, será agravada en un tercio. Si a consecuencia del hecho, se produjere la muerte de la víctima, se impondrá la pena de treinta años de presidio."

Que corresponde aclarar que tal disposición hace referencia a un tipo penal aplicado en relación al delito de privación de libertad tipificado por el artículo 292 del Código Penal, cuya incorporación tuvo origen en que nuestro país, al haber ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas adquirió la obligación de introducir al tipo penal en su legislación, el cual tiene el carácter de tipo continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, es decir, en tanto no se pueda determinar el paradero de la víctima o las circunstancias de su fallecimiento, debe considerársele como un detenido - desaparecido, conforme sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe 93/08 caso Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña.

Que del Auto de Procesamiento se tiene expresamente delimitado los hechos a ser juzgados que no son otros que: "privación y desaparición, flagelación y muerte" de los señores José Carlos Trujillo Oroza, José Luis Ibsen Peña y Rainer Ibsen Cárdenas, hechos que a través del proceso de subsunción a los tipos penales del Código Penal, fueron calificados como privación de libertad, vejaciones y torturas, asociación delictuosa, organización criminal y asesinato; sin embargo debe quedar claramente establecido que la subsunción de los hechos en los tipos penales calificados en el Auto de Procesamiento es provisional, en cuyo mérito es posible su variación en sentencia basado en los hechos que puedan probarse en la fase del juicio oral emergente de la prueba producida por las partes.

Que durante la sustanciación del proceso en la fase del juicio oral, del desfile probatorio, se acreditó incuestionablemente que las tres víctimas fueron privadas de su libertad y sometidas a tratos crueles e inhumanos mediante torturas y vejaciones siendo victimado en tales circunstancias Rainer Ibsen Cárdenas, hecho último que se habría producido en la ciudad de La Paz; sin embargo, respecto a José Carlos Trujillo Oroza y José Luis Ibsen Peña, se tienen plenamente demostradas sus desapariciones, toda vez que hasta el presente no se han establecido los destinos o paraderos de los mismos, estando acreditado por la prueba producida en autos, la existencia de tales hechos y la participación de los procesados en el mismo quienes actuaron respecto a los hechos en su condición de funcionarios públicos con la autorización y apoyo del gobierno de ese entonces, en lo que hace a la privación de libertad de José Carlos Trujillo Oroza y José Luis Ibsen Peña, pero además de manera deliberada los procesados han ocultado y negado información hasta el presente sobre el paradero de las víctimas, impidiendo de esta manera el ejercicio de recursos y garantías procesales.

Que efectuado el análisis correspondiente, debido a que en el Auto de Procesamiento se hizo mención a la desaparición forzada de personas, y en atención a que lo que debe juzgarse son los hechos, cabía apreciar que ese tipo delictivo estaba incorporado a nuestra legislación con anterioridad al 13 de diciembre de 2008 en que se dictó la sentencia.

Que la modificación de la calificación inicial no es contraria al principio de congruencia entre acusación y resolución, pues la desaparición forzada de personas es consecuencia directa de un acto de privación de libertad, existiendo por ello plena congruencia entre los hechos denunciados como delictivos y la posición asumida para fines de la decisión final, porque, propiamente, para aplicación del principio de coherencia no es obligatorio el acomodo a la calificación provisional, como quedó claramente expresado en el Auto Supremo número 62 de 27 de enero de 2007 que expuso el siguiente criterio: "Considerando que ninguna persona puede ser condenada por un hecho distinto al atribuido en la acusación conforme al principio de congruencia, empero se debe tomar en cuenta el principio "iura novit curia" por el cual la congruencia debe existir entre el hecho (base fáctica) y la sentencia y no respecto a la calificación jurídica que provisionalmente establece el Ministerio Público o la acusación particular de manera indistinta teniendo el Juez o el Tribunal de Sentencia, luego del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio, realizar la "subsunción" del hecho al tipo penal que corresponda pudiendo ser diferente al de la calificación jurídica provisional realizada por la acusación, en aplicación precisamente del principio procesal indicado (siempre que se trate de la misma familia de delitos) como en el presente caso que los tipos penales protegen el mismo "bien jurídico" que es el patrimonio del estado y la correcta administración pública. Por lo que en ese antecedente corresponde al Tribunal de Alzada, realizando un correcto análisis de los elementos de prueba contenidos en la sentencia de mérito conforme a la previsión del artículo 413 del Código de Procedimiento. Penal, dictar directamente una nueva sentencia".

Que por otro lado tampoco atenta al derecho a la defensa toda vez que los procesados se han defendido de hechos y no de calificaciones jurídicas, en el caso particular la base fáctica constituyó la privación y desaparición de personas, flagelación y muerte, tal cual establece el Auto de Procesamiento (acusación) y conforme se tiene ya señalado se hizo una calificación inicial que no deja de ser provisional, posibilitando su modificación en sentencia y/o Auto de Vista, en base a las probanzas de las partes.

Que finalmente con relación a la prohibición de aplicación retroactiva del artículo 292 bis del Código Penal, se tiene señalado que el tipo penal previsto y sancionado por este artículo esta descrito como delito continuado o permanente, lo cual implica que mientras sigan desaparecidas las personas que fueron detenidas por los procesados, el indicado delito continúa perpetrándose, consecuentemente en el caso de autos no se trata de la aplicación retroactiva de la ley, sino que, al estar vigente el tipo penal 292 bis del Código Penal a tiempo de pronunciar sentencia, correspondía subsumir el hecho en el tipo penal descrito por este artículo, por corresponder su aplicación al estar vigente como se tiene señalado y no como efecto retroactivo de aplicación de esta nueva disposición legal, por lo cual tampoco se estaría quebrantando el principio de irretroactividad de la ley sustantiva penal.

POR TANTO: la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la participación del Ministro Presidente de Sala Penal Primera doctor Jorge Monasterio Franco, en ejercicio de sus atribuciones, CASA PARCIALMENTE el Auto de Vista emitido el 28 de septiembre de 2009 por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, de conformidad a las reglas establecidas por los artículos 37, 38 y 40 del Código Penal, y aplicando al caso de autos la disposición contenida en el artículo 292 bis del Código Penal, tomando como punto de referencia la pena media de diez años resultante de la suma del mínimo y máximo dividido entre dos, y agregando el monto de cinco años respecto a la pena media más un tercio del máximo fijado al efecto, declara a los procesados Oscar Menacho Vaca y Justo Sarmiento Alanes autores del delito de desaparición forzada de las personas identificadas como José Carlos Trujillo Oroza y José Luis Ibsen Peña, condenando en consecuencia a cada uno de ellos a la pena de veinte años de presidio en el Centro de Rehabilitación Santa Cruz de Santa Cruz de la Sierra; declarando a Juan Antonio Elio Rivero autor del acto de complicidad para comisión del indicado delito de desaparición forzada de personas, con sujeción a las disposiciones contenidas en los artículos 39 y 292 bis del Código Penal, lo condena a la pena de quince años de presidio a cumplir en el mismo Centro de Rehabilitación Santa Cruz, y, acerca de la causa iniciada contra Pedro Percy Gonzáles Monasterio, declara INFUNDADO el recurso de casación que contra la decisión respectiva interpuso Antonia Gladys Oroza viuda de Solón Romero, en atención al hecho de haberse apreciado que fue correcta la decisión asumida en relación a ese caso por no existir sobre ese punto prueba plena más allá de toda duda razonable.  
Regístrese, hágase saber y devuélvase.

Firmado:

Ministro Ramiro José Guerrero Peñaranda

Ministro José Luis Baptista Morales

Ministro Jorge Monasterio Franco

Ante mí: Abog. Sandra Mendivil Bejarano.

SECRETARIA DE CÁMARA DE LA SALA PENAL SEGUNDA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA