

JUSTIFICACIÓN DEL REMEDIO JUDICIAL A LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS: RESTRICCIÓN DEL AUTOR COMO MECANISMO DE ATENUACIÓN AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DEL ENEMIGO

**César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.
Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal
Penal de la Universidad de Lima.¹**

I.- Planteamiento del problema.

La utilización del derecho penal del enemigo en las persecuciones penales contra militares que participaron en el conflicto interno que sufrió el Perú por el ataque de las organizaciones terroristas Sendero Luminoso y el MRTA, genera la creencia que en el proceso penal se tiene que dar una cacería o el ajusticiamiento de procesados o de intervinientes en delitos contra la humanidad.

Es justo impedir la impunidad de los responsables penales de delitos de lesa humanidad, la cuestión es; ¿a qué costo?, ¿es posible violar el Derecho convirtiéndolo en un “chicle” que se puede estirar hasta donde se quiera?

Casi todos los que hoy pugnan porque el derecho penal del enemigo rija la aplicación del derecho penal y procesal interno, así como la incorporación del derecho internacional penal, estuvieron en la época de la lucha por el derecho que los abogados sostuvimos en las defensas de procesados por terrorismo; lo que no entiendo es por qué lo que ayer fue malo, hoy no lo sería en los casos penales que se siguen a militares por delitos contra la humanidad.

En este contexto se produjo la siguiente situación: la prescripción de la acción penal por delito de secuestro del artículo 223 del Código de 1924 porque la mayoría de los hechos que se dieron en el conflicto armado interno, acontecieron durante los Gobiernos del Presidente Belaunde, el Presidente García y al inicio del Gobierno del Presidente Fujimori, esto es, antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991; máxime si el tipo penal de desaparición forzada de personas del artículo 320 se incorporó recién con la Ley N° 26926 del 21 de Febrero de 1998.

Para impedir la prescripción se construyó la siguiente teoría: los secuestros son delitos permanentes, por tanto, todas las leyes penales que se dicten mientras se mantenga la situación antijurídica por voluntad del autor, son aplicables sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal; en consecuencia el tipo de secuestro se reemplazó por el tipo de desaparición forzada de personas, impidiendo la prescripción y permitiendo la persecución penal de todos los militares que pudieron participar en los hechos, de la forma más amplia posible.

En la línea que en todo proceso penal, con mayor razón en los más trascendentes por la gravedad del delito y la pena, todos los seres humanos, sin excepción, tienen derecho a un debido proceso que les garantice, entre otros aspectos; la máxima técnica o destreza jurídica para tres operaciones: la operación probatoria, la operación de determinación del delito y la operación de determinación de las consecuencias penales; enfrentamos el problema de la arbitraria aplicación de la ley en los casos por delitos de desaparición forzada de personas.

Al iniciar el Estudio Sousa & Nakazaki la defensa de militares en el sub sistema de justicia que conoce delitos contra la humanidad, inmediatamente enfrentamos la aplicación

¹ Estas defensas se planificaron, prepararon y ejecutaron, con la valiosa colaboración de los abogados asociados del Estudio Sousa & Nakazaki, Adolfo Johan Pinedo Rojas y César Enrique Pérez Escobar.

inconstitucional del tipo penal de desaparición forzada de personas por violación del principio de legalidad, no en el “Caso Los Laureles” que tanto ha preocupado a los promotores de la aplicación del derecho penal del enemigo en estos casos penales, sino con el “Caso Barrantes”, Sentencia del 11 de septiembre del 2008 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, identificada como R.N. N° 1809-2007-Lima.

En el “Caso Barrantes” en el que patrocinamos al General EP ® Oswaldo Hanke Velasco, presentamos la siguiente defensa: a) inaplicación del tipo penal de desaparición forzada de personas porque dejó de pertenecer al Ejército antes que entre en vigencia; o b) insuficiencia de la prueba de cargo. La sentencia de primera instancia acogió el segundo argumento, absolvió a nuestro defendido por falta de prueba de cargo; la Primera Sala Penal Transitoria declaró no haber nulidad en la absolución, pero reformuló la parte considerativa al acoger el primer planteamiento de la defensa, la inaplicación del tipo penal de desaparición forzada de personas.

El Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009, dado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, desarrolló doctrina judicial sobre el tipo penal de desaparición forzada de personas del artículo 320 del Código Penal; interpretación y aplicación; destacándose el tema del ámbito temporal de la ley penal, motivado evidentemente por el “Caso Barrantes”.

En el Párrafo 3° de los Antecedentes del Acuerdo Plenario, expresamente se señala como tal a la SCS/ del 11 de septiembre del 2008 (Recurso de Nulidad N° 1809-2007/ Lima), porque es en el “Caso Barrantes” en el que planteamos, por primera vez, que el tipo penal de desaparición forzada de personas no puede aplicarse en los casos de militares que al entrar en vigencia la ley penal, ya no tenían la condición de funcionarios públicos por haber dejado la Administración Pública por pase al retiro.

En el “Caso Los Laureles” planteamos la misma defensa, pero el Poder Judicial absolvió al General ® Oswaldo Hanke Velasco por insuficiencia de pruebas, rechazando el argumento de la inaplicación del tipo penal de desaparición forzada de personas, al no aceptar nuestra posición más radical, que el momento que determina la no aplicación de la ley penal, no es la pérdida de la condición de funcionario público, sino el cese del cargo, pues a partir de esta situación ya no se tienen los deberes de función específicos que permiten la realización del delito de infracción de deber.

Así aparece en la sentencia de la Sala Penal Nacional del 13 de octubre del 2009 y en la sentencia de revisión del 27 de diciembre del 2010, incluso en los considerandos quinto y sexto, implícitamente, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema se “apartaría” de la doctrina del Acuerdo Plenario; sin embargo aquél no se produjo pues el procedimiento de fundamentación y forma que exige la desvinculación no se realizó, se entiende, por el breve análisis y porque no era el objeto del recurso de nulidad, pues la absolución fue, se reitera, por falta de prueba de cargo, no por temas de atipicidad o aplicación de leyes en el tiempo, como si se produjo en el “Caso Barrantes”.

Parten de un objeto de ataque equivocado, el “Caso Los Laureles”, las críticas ideológicas y las pensantes, para examinar la defensa que provocó la doctrina judicial actualmente vigente, que un excelente juez de la Sala Nacional que dejó el Poder Judicial, que por cierto no está para tales lujos, calificó como “estilete” a la ¡trampa de caza! impulsada por los cazadores o verdugos de militares.

El Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 sólo trata en un párrafo (C) del Fundamento Jurídico 15 la teoría que motiva la conclusión de restricción de aplicación de la ley penal de desaparición forzada de personas, por lo que a continuación se presenta íntegramente.

II.- Imposibilidad de aplicar el artículo 320 del Código Penal de 1991 en observancia de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable consagrada en el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución, a las personas que antes de su entrada en vigor, ya no tenían la condición de funcionarios públicos.

El hecho objeto de la acusación en el “Caso Barrantes” fue el siguiente:

Julio Hernán Ramos Álvarez, Gumersindo Zambrano Sandoval, Jorge Ortiz Mantas, Harry Esteban Rivera Azabache y Oswaldo Hanke Velasco, eran miembros del Ejército Peruano.

Como integrantes del Servicio de Inteligencia del Ejército, en el mes de marzo de 1988, realizaban una investigación por el delito de infidencia cometido por integrantes del Ejército, dentro de la cual fueron detenidos: Marco Roberto Barrantes Torres; Raúl Otto Gamonal Yaranga; César Augusto Sánchez Mendoza; Luís Gonzalo Muñoz Tuesta; Nivardo David Leiva Rojas; Hernando Natalio Alvarado Cuadro; Gilberto Mercedo Saavedra Tellez; Jorge Neira Linares; y Alejandro Atao Quintero.

La orden de la detención de Marco Roberto Barrantes Torres fue dada por Oswaldo Hanke Velasco, Jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército, y por Harry Esteban Rivera Azabache, Jefe del Departamento de Contra Inteligencia.

Los detenidos estuvieron en los calabozos del SIE durante 40 días hasta que fueron puestos a disposición del Fuero de Justicia Militar, menos el agraviado Marco Roberto Barrantes Torres al que desaparecieron.

El Ministerio Público acusó a Oswaldo Hanke Velasco como autor del delito de desaparición forzosa en la modalidad de privar la libertad de una persona ordenando acciones que tengan por resultado su desaparición, previsto en el tipo penal del artículo 320 del Código de 1991.

Oswaldo Hanke Velasco fue Jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército hasta el 31 de diciembre de 1989 y perteneció al Ejército Peruano hasta el 31 de diciembre de 1991; tales hechos, como se demuestra a continuación, determinan la imposibilidad de aplicarle el artículo 320 del Código Penal en observancia del principio de legalidad penal en su expresión de ley previa, esto es, la prohibición constitucional de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable.

Para tal demostración **fue necesario** examinar los siguientes temas:

- § La desaparición forzada de personas es un delito de infracción de deber.
- § La desaparición forzada de personas es un delito permanente.
- § El hecho que Oswaldo Hanke Velasco fue Jefe del SIE hasta el 31 de diciembre de 1989 y miembro del Ejército hasta el 31 de diciembre de 1991.

1) La desaparición forzada de personas es un delito de infracción del deber.

Claus ROXÍN, el gran maestro alemán, luego de elaborar el criterio del dominio del hecho para imputar a una persona la condición de autor del delito; de «señor del hecho»; o «figura central del suceso acaecido»; desarrolla el criterio de imputación personal de la infracción del deber para identificar al autor en ciertos delitos en los que no es aplicable el

principio del dominio del hecho, pues la autoría se fundamenta en la infracción de un deber.^{2 3}

Se trata de los delitos de infracción del deber, en los que la autoría se determina por el criterio de la infracción de un deber extrapenal; aquí se encuentran los delitos especiales y los delitos de omisión impropia. El círculo de autores es limitado porque solamente el número reducido de personas que tienen el deber especial de realizar u omitir ciertas conductas para no lesionar al bien jurídico, pueden ser autores de esta clase de delitos.⁴

Autor es la persona que lesiona un deber especial que específicamente la obliga.^{5 6 7}

El fundamento de la autoría es la infracción de *un deber especial diferente al deber general de respetar las normas*, propio de todo delito y que alcanza a todos los intervinientes, incluyendo al instigador y el cómplice; el deber extrapenal no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, solamente alcanza al autor.^{8 9 10 11}

Comenta **ROXIN** que en *el caso de los delitos de funcionarios, el fundamento de la autoría es un deber de función específico, no el quebrantamiento de un deber de función general.*¹²

El tipo penal del artículo 320 del Código de 1991 al establecer que solamente puede ser autor de desaparición forzada de personas el funcionario o servidor público determina que se trata de un «delito de infracción de deber», pues es un delito especial en el cual el círculo de autores se reduce a aquellas personas que cumplan con la cualidad exigida en el supuesto típico, la condición de funcionario o servidor público.

Giovanna **VELEZ FERNANDEZ**, en el trabajo nacional más importante sobre el delito de desaparición forzada **de personas**, afirma que la figura delictiva del artículo 320 corresponde a la categoría de los delitos de infracción de un deber.¹³

Laura **ZUÑIGA RODRIGUEZ**, autora nacional que se desempeña como profesora de la Universidad de Salamanca, reconoce a la desaparición forzada como un delito de infracción del deber por existir una especial vinculación entre el bien jurídico tutelado, los derechos fundamentales, y el sujeto activo funcionario público, destacando que solamente en el ejercicio de la función pública se podría cometer **este** ilícito penal, de allí que señale que la condición de funcionario público del autor es un elemento fundante del injusto penal porque la desaparición forzada se fundamenta en el hecho que el funcionario público incumple un deber especial, el

2 Claus ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, Traducción de la sexta edición alemana, Páginas 383 a 386, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, España, 1998.

3 Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción del Deber y Participación Delictiva*, Páginas 27 a 31, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 2002.

4 Esteban JUAN PÉREZ ALONSO, obra colectiva, *Derecho Penal Parte General*, Páginas 748 y 749, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.

5 Günther JAKOBS, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª edición, Página 831, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, España, 1997.

6 Claus ROXIN, obra citada, página 384.

7 Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Página 30, Marcial Pons, Madrid, España, 2002.

8 Claus ROXIN, obra citada, página 385.

9 Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, obra citada, página 30.

10 Claus ROXIN, obra citada, página 385.

11 Esteban Juan PÉREZ ALONSO, *Derecho Penal Parte General*, bajo la dirección de José M. Zugaldía Espinar, Página 749, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.

12 Claus ROXIN, obra citada, página 389.

13 Giovanna VÉLEZ FERNÁNDEZ, *La Desaparición Forzada de las Personas y su Tipificación en el Código Penal Peruano*, Primera Edición, Página 123, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

sometimiento de sus potestades a la ley.¹⁴

María del Carmen **GARCÍA CANTIZANO**, autora española que se desempeña como profesora en la Universidad de Lima, también reconoce que la desaparición forzada es un delito de infracción del deber porque lo califica como un delito especial; afirma que solamente puede ser autor el funcionario o servidor público, pues el fundamento de la punibilidad es el abuso de la función pública.¹⁵

En la sentencia del “Caso Barrantes”, considerando quinto, la Corte Suprema afirma:

“...el tipo penal tiene como elemento normativo trascendente la cualidad del sujeto activo, pues solamente puede ser autor de desaparición forzada de personas el funcionario o servidor público al tratarse de un delito de infracción de deberes especiales, por ende, el círculo de autores se reduce a aquellas personas que cumplan con la cualidad exigida por el tipo penal, que es la condición de funcionario o servidor público que infringe sus deberes especiales de función...”

En el Acuerdo Plenario al tratar las características del delito, fundamento jurídico 11, la Corte Suprema establece como doctrina judicial:

“El deber de informar es fundamental para la tipificación de la conducta delictiva: es un delito de incumplimiento de deber. El funcionario o servidor público infringe ese deber...”

1.1) ¿Varía la exigencia típica respecto del autor establecida a partir del “Caso Barrantes”, que el delito de desaparición forzada sea considerado como un delito especial propio, en vez de delito de infracción de deber?

Iván **MEINI** critica que en la sentencia del “Caso Los Laureles”, la Sala Nacional haya considerado, **asumiendo la teoría del caso de la defensa**, que el delito de desaparición forzada de personas constituye delito de infracción de deber, conforme aparece en el Apartado 9.3 Respuesta a la tesis de la defensa del acusado Oswaldo Hanke Velasco, Fundamentos de la Sala.¹⁶

La Sala Penal Nacional estableció:

“...la norma penal exige como presupuesto del delito de desaparición forzada la condición de funcionario público del autor, por ende, es un delito especial, de infracción de deber” (Página 370 de la sentencia, Expediente N° 16-2006).

La Sala Penal Nacional no aceptó la tesis de inaplicación del tipo de desaparición forzada por el hecho que al entrar en vigencia la ley penal, el acusado ya no tenía el cargo de Jefe Accidental del Frente Huallaga y por ende, tampoco los deberes de función específicos que se tienen que violar para ser considerado autor del delito de infracción de deber; el Tribunal consideró que por continuar siendo militar mantenía, a pesar de haber dejado el cargo, los **deberes de función genéricos que permitían calificarlo** como autor de desaparición forzada.

14 Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Los Delitos contra los Derechos Humanos en el Nuevo Código Penal Peruano, en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/93/zu93.htm>

15 María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, Los Delitos contra la Humanidad, Segunda Parte: Desaparición Forzada y Tortura, Gaceta Jurídica, Sección de Actualidad Jurídica, 2000, Tomo 80-B, Julio, Página 64, Lima.

16 Iván MEINI, Caso Los Laureles: El concepto de desaparición forzada en el delito de desaparición forzada de personas, en Judicialización de violación de derechos humanos, Páginas 187 a 206, Instituto de Democracia y Derechos Humanos con la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2010.

“...si bien la Sala concuerda que el delito de desaparición forzada es un delito de infracción de deber, sin embargo este deber no se constriñe a la función específica del cargo eventual, sino al deber que tiene el funcionario público de cautelar el derecho de los ciudadanos...” (Página 372 de la sentencia)

Compartimos con **MEINI** que la violación del deber general de no lesionar bienes jurídicos ajenos no basta para que se produzca un delito de infracción de deber¹⁷, **ya que como afirmamos, se** exige la violación de un deber de función específico; sin embargo discrepamos del cuestionamiento que hace al concepto asumido por el Tribunal y la imputación a la defensa de haber provocado el error de los jueces por una invocación “impune” de doctrinas contradictorias.¹⁸

En el “Caso Los Laureles” la acusación atribuía al General EP ® Oswaldo Hanke Velasco, Jefe Accidental del Frente Político Militar Huallaga, ser autor de la desaparición forzada Esaú Cajas Julca producida el 20 de noviembre de 1990 por miembros del Batallón Contrasubversivo 313 “Los Laureles” en la ciudad de Tingo María, el mismo que se encontraba al mando del acusado Comandante EP Miguel Enrique Rojas García. Esaú Cajas Julca fue encerrado en una celda en el B.C.S. “Los Laureles”, interrogado violentamente y posteriormente desaparecido pues su detención ha sido negada hasta la actualidad.

El General EP ® Oswaldo Hanke Velasco fue Jefe Accidental del Frente Político Militar del Huallaga del 6 de noviembre al 31 de Diciembre de 1990; sostuvimos sobre la base de la doctrina establecida en el “Caso Barrantes”, que al entrar en vigencia la ley de desaparición forzada, **si se consideraba** el artículo 323 del texto original del Código Penal, el 8 de abril de 1991¹⁹, ya no tenía deberes de función específicos cuya violación lo convierta en autor de desaparición forzada por ser un delito de infracción de deber; el planteo motivó a la Sala Penal Nacional a apartarse de la necesidad de deberes de función específico, los del cargo, para fundamentar la imputación por este tipo de delito de lesa humanidad; máxime si este argumento de defensa no había sido enfrentado antes en la jurisprudencia y doctrina, y se contaba con el precedente judicial del “Caso Barrantes”; en el considerando quinto de la sentencia se fijan como momentos relevantes para la determinación de la ley penal aplicable; el cambio de

17 Ibidem, Página 195.

18 Ibidem, Página 196.

19 Asumimos como punto de partida para el análisis de la aplicación de la ley penal, el artículo 323 del texto original del Código de 1991, a pesar que no fue el invocado por la acusación, ni en el “Caso Barrantes”, ni en el “Caso Los Laureles, porque así se ha determinado erradamente, por ejemplo, en el Acuerdo Plenario N° 9-2009.

El tipo penal del artículo 323 correspondía a una modalidad de terrorismo que protegía un bien jurídico, la tranquilidad pública, y presentaba una estructura típica que no corresponde a los delitos de lesa humanidad, incluyendo, la desaparición forzada de personas.

Los delitos contra la humanidad tienen la siguiente composición típica: **a)** bien jurídico: la paz, la seguridad y el bienestar mundial de la humanidad o comunidad internacional; el estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana, mediante la sustracción de la persona al sistema de protección legal, afectando así su personalidad jurídica, su condición de sujeto de derecho o de persona humana; **b)** hecho individual de privar de la libertad a un ser humano y de desaparecerlo negando información e impidiendo que pueda ser protegido por el sistema de garantías; **c)** elemento contextual: hecho global; ataque generalizado o sistemático contra la población civil en ejecución de una política estatal o de una organización destinada a su realización; **ch)** dolo: de privar de la libertad a una persona y de su sustracción del sistema de protección legal dentro del hecho global.

Opinan que el artículo 323 no correspondía a la estructura del tipo penal de delito de lesa humanidad examinado, Carlos CARO CORIA y Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ; Ver: La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, Páginas 166 a 169, en la Corte Penal Internacional y las Medidas para su Implementación en el Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial 2001, Instituto de Estudios Internacionales.

colocación y el cese en la carrera militar.

MEINI, como es lógico, no tiene que conocer los términos del debate en el juicio y las exigencias que enfrentó el Tribunal para no amparar esta defensa, sino la de falta de pruebas. Sin embargo no es justa la crítica; en la sentencia del “Caso Los Laureles” no se trabajó, como afirma el autor nacional, con el deber de todo ciudadano de no violar bienes jurídicos ajenos para construir el concepto de delito de infracción de deber; si bien en el Apartado 9.3 de respuesta a la tesis de la defensa, página 370 de la sentencia, se hace tal mención, se advierte claramente que se trata de los deberes de función que en el caso de los militares tienen mayor intensidad que en el caso de los civiles, dada la función de protección de los derechos humanos que les asigna la Constitución; la Sala no habla de competencia por organización, sino de competencia institucional.²⁰

Lo que si carece de toda justificación, es el pretender desacreditar la teoría defendida, pretextado un inexistente empleo contradictorio de la doctrina.²¹

Cuando para definir al autor del delito de infracción del deber como la persona que lesiona un deber especial que específicamente la obliga, se recurrió a los maestros alemanes Claus **ROXIN**²² y Günther **JAKOBS**²³, no se hizo por considerar que sus teorías son idénticas, sino por algo que silencia **MEINI**²⁴ en su crítica; la definición de quién es el autor del delito de infracción del deber en ambos autores termina siendo igual; son otros extremos de las teorías los puntos de discrepancia.²⁵

Partiendo del ejemplo del delito de tortura explica **ROXIN** que en el delito de infracción del deber la autoría no la determina la condición de funcionario público, ni si quiera el cargo, como calificación abstracta, sino el deber específico de los implicados de comportarse adecuadamente; precisa que los delitos de funcionarios públicos y los delitos especiales no se cometen con cualquier violación cometida por el funcionario, el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto del ejercicio del cargo; se tratan de deberes que tienen su origen en otras ramas jurídicas.²⁶

JAKOBS admite que en los casos de competencia institucional, la violación de los deberes de existencia del bien jurídico (no sólo de evitar dañarlos que corresponde a la competencia de organización), constituye un delito de infracción del deber; en los delitos de infracción de deber el autor está obligado, como garante, a la tutela institucional de un bien. Para **JAKOBS** el mayor desarrollo de los delitos de infracción de deber se aprecia en los delitos de omisión impropia.²⁷

Explica el profesor alemán que los deberes de responsabilidad institucional fundamentan al delito de infracción de deber; así los deberes genuinamente estatales, como el cumplimiento de los principios básicos del Estado de Derecho; dada la estructura estatal, la garantía de la observancia de las normas corresponde a las autoridades en cuyo ámbito de competencia corresponde su aplicación (esto es, deberes de función específicos), así por ejemplo el deber general de todo funcionario de contrarrestar las irregularidades y comunicar a sus superiores las infracciones penales relevantes para el servicio, no es un deber de garante, salvo que corresponda a su ámbito de competencia institucional.²⁸

20 Ibidem, Página 196.

21 Ibidem.

22 Claus **ROXIN**, obra citada, Página 384.

23 Günther **JAKOBS**, Obra citada, Página 831.

24 Iván **MEINI**, Obra citada, Página 196.

25 Günther **JAKOBS**, Obra citada, Página 791.

26 Claus **ROXIN**, obra citada, Páginas 386 a 387.

27 Günther **JAKOBS**, Obra citada, Página 792.

28 Günther **JAKOBS**, Obra citada, Página 792.

Quiénes son autores del delito de infracción de deber y cuándo lo son los funcionarios públicos, son conceptos que **ROXIN** y **JAKOBS** definen de forma semejante, por no decir, idéntica; así que levantamos el “cargo” formulado por el apreciado colega Iván **MEINI**.

MEINI acepta que la desaparición forzada de personas **podría ser un delito de infracción del deber**, pero por considerar que este tipo de delito presenta problemas de fundamentación dogmática, **prefiere calificarlo como** un delito especial.²⁹

Comprendemos los problemas que **puedan vislumbrar quienes pretenden** desacreditar la tesis que defendemos porque debilita la “red de caza” que se busca imponer, tal cual se advirtió en la introducción, en los casos penales por delitos contra la humanidad seguidos a militares.

Sin embargo sostenemos con tranquilidad y seguridad la absoluta justificación dogmática de emplear la figura del delito de infracción de deber, pues a la indiscutible autoridad de **ROXIN** y **JAKOBS**, sumamos la posición del responsable del manual de derecho penal parte general más importante de España, Joaquín **CUELLO CONTRERAS**, **quien** califica al delito de infracción de deber como una categoría dogmática fructífera, que lo será aún más en el futuro, dada la mayor complejidad de intervención de personas en el delito³⁰; la de Javier **SANCHEZ – VERA GOMEZ – TRELLES**, cuya monografía sobre el delito de infracción de deber es calificada, incluyendo los maestros alemanes citados, como la más importante que se ha elaborado en España³¹; finalmente en el Perú, Felipe **VILLAVICENCIO TERREROS** y Percy **GARCIA CAVERO** admiten la autoría por delito de infracción de deber.^{32 33}

Finalmente el planteamiento de **MEINI**³⁴ de considerar a la desaparición forzada de personas como un delito especial (propio), y no como delito de infracción del deber, no modifica en modo alguno la posición defendida; solamente pueden ser autores de un delito especial propio, los que tienen la cualidad exigida en el tipo penal, por ende no es aplicable el tipo penal de este delito contra la humanidad, si al entrar en vigencia la ley penal, la persona ya no tenía la condición de funcionario **público militar** por haber pasado al retiro.

JAKOBS afirma que en el delito especial sólo puede ser autor una persona con determinadas características o en determinadas situaciones, por ejemplo los funcionarios públicos; el autor solamente lo puede ser la persona que, independientemente de la comisión del delito, tiene una relación – estatus – con el bien jurídico, este es el delito especial en sentido estricto.³⁵ **ROXIN** afirma que en los delitos especiales (o delitos de infracción de deber) sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad, o cualificación de autor, consistente en una posición de deber extrapenal.³⁶ Hans Heinrich **JESCHECK** y Thomas **WEINGED** sobre

29 Iván **MEINI**, Apuntes sobre la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Perú, Páginas 102 y 103; y Caso Los Laureles: El concepto de desaparición forzada en el delito de desaparición forzada de personas, Páginas 196 y 197, en Judicialización de violación de derechos humanos, Obra ya citada.

30 Joaquín **CUELLO CONTRERAS**, El Derecho Penal Español – Parte General, Volumen II, Teoría del Delito (2), Páginas 191 a 193, Dykinson, Madrid, España, 2009.

31 Javier **SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES**, obra citada.

32 Felipe **VILLAVICENCIO TERREROS**, Derecho Penal Parte General, Páginas 490 a 492, Grijley, Lima, 2006.

33 Percy **GARCÍA CAVERO**, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Páginas 577 a 578, Grijley, Lima, 2008.

34 Iván **MEINI**, Apuntes sobre la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Perú, Páginas 102 y 103; y Caso Los Laureles: El concepto de desaparición forzada en el delito de desaparición forzada de personas, Páginas 196 y 197, en Judicialización de violación de derechos humanos, Obra ya citada.

35 Günther **JAKOBS**, Obra citada, Página 792.

36 Claus **ROXIN**, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito, Traducción de la 2ª edición alemana, Página 338, Civitas, Madrid, España, 2007.

los delitos especiales propios (la desaparición forzada de personas) señalan que el tipo sólo designa como autores a personas que poseen una caracterización especial, por ejemplo los funcionarios o los militares.³⁷ **CUELLO CONTRERAS** señala que sólo aquel que reúne las propiedades de la autoría descritas en el tipo puede ser autor de delito especial.³⁸ María Inmaculada **RAMOS TAPIA** indica que los delitos especiales, también denominados delitos de infracción de deber, tienen restringido el número de posibles autores porque sólo aquéllos que reúnan las características o la cualificación exigida por el delito pueden cometerlo.³⁹

El autor español Víctor **GOMEZ MARTIN**, que ha elaborado una de las obras más importantes sobre los delitos especiales, los define como aquellos en los que solamente pueden **ser autores los que ocupan** un determinado status, señalando que los primeros de esta clase fueron los delitos militares y los delitos de función.⁴⁰

En el Perú; José **HURTADO POZO** señala que hay que considerar a los delitos especiales en los que la autoría se limita a un grupo de personas que pertenecen al círculo reducido de autores previstos en el tipo penal, por ejemplo, militares, funcionarios, que pueden violar la prohibición o desobedecer el mandato del orden jurídico.⁴¹ **VILLAVICENCIO TERREROS** señala que los delitos especiales son una clase de delitos de infracción de deber, en ellos los tipos penales exigen que la conducta prohibida solamente pueda ser cometida por personas que poseen deberes especiales.⁴² **GARCIA CAVERO** también explica que en el delito especial el tipo penal exige que el autor reúna determinada calidad.⁴³

La mejor demostración que la consideración de la desaparición forzada de personas como delito de infracción de deber o delito especial propio, no afecta la posición de no aplicación de la ley penal en el caso de personas que ya no tenían la condición de militares, es el propio Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116, pues ha convertido nuestra tesis en doctrina judicial, partiendo que:

“13° El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio porque sólo puede ser cometido por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado...”

2) La desaparición forzada de personas es un delito permanente.

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas, en el artículo 17 define que todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente «**mientras sus autores** continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos».

La calificación de la desaparición forzada como delito permanente se reproduce en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas conforme aparece en el artículo III.

37 Hans Heinrich JESCHECK y Thomas WEINGED, Tratado de Derecho Penal Parte General, Quinta Edición, Página 286, Editorial COMARES, Granada, España, 2002.

38 Joaquín CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal Español – Parte General, Volumen I, Nociones introductorias y teoría del delito, Tercera edición, Páginas 518 a 519, Dykinson, Madrid, España, 2002.

39 María Inmaculada RAMOS TAPIA, Derecho Penal Parte General, bajo la dirección de José M. Zugaldía Espinar, Página 410, Obra citada.

40 Víctor GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, Páginas 59 y 60, Edifoser S.L., Euros Editores S.R.L. y B. de F Ltda., Madrid, Argentina y Uruguay, 2006.

41 José HURTADO POZO, Manual de Derecho Penal, Parte General I, Tercera Edición, Páginas 417 y 418, Pontificia Universidad Católica, Grijley y Universidad de Friburgo, Lima, Perú, 2005.

42 Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Obra citada, Página 306.

43 Percy GARCÍA CAVERO, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Páginas 577 a 578, Grijley, Lima, 2008.

El Tribunal Constitucional del Perú en el proceso de habeas corpus signado con el número 2488-2002-HC/TC promovido por doña María Emilia Villegas Namuche a favor de su hermano Genaro Villegas Namuche, en la sentencia del 18 de marzo del 2004, fundamento 26 último párrafo, estableció que la desaparición forzada de personas constituye un delito permanente.

En el derecho penal internacional es predominante la posición que califica a la desaparición forzada como un delito permanente; como ejemplos, las opiniones de: Kai **AMBOS** y María Laura **BÔHM** ⁴⁴; Juan Luis **MODELELL GONZALES** ⁴⁵; Jesús Orlando **GÓMEZ COLOMER** ⁴⁶; Marco Gerardo **MONROY CABRA** y Hermes **NAVARRO DEL VALLE**⁴⁷; e Yván **MONTOYA**.⁴⁸

Existe una posición doctrinaria sumamente interesante que considera que la desaparición forzada de personas es un delito instantáneo con efectos permanente o un delito de estado^{49 50}; la que no se analiza en esta oportunidad (con compromiso de hacerlo en otro momento) porque la defensa presentada en los Casos “Barrantes” y “Los Laureles” trabajó con la categoría del delito permanente. En la abogacía, a diferencia de la cátedra, son varios factores los que determinan la oportunidad de entablar la batalla legal por lograr que el Poder Judicial recoja una tesis jurídica, sobre todo en un campo tan complejo como los procesos penales por delitos contra la humanidad; aquí se optó por dar pelea porque termine una indebida aplicación temporal de la ley penal de desaparición forzada, por violar el principio de legalidad en su expresión de ley previa.

En el derecho penal alemán se define como delito permanente aquellas acciones en las que el autor no sólo crea la situación de hecho lesiva del bien jurídico, sino que la mantiene, esto es, prolonga la consumación voluntariamente.

ROXIN enseña que los delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo penal, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo.⁵¹

JESCHECK y **WEINGED** afirman que en los delitos permanentes el mantenimiento de la situación antijurídica creada por la acción punible **depende de la voluntad del autor** de modo que en cierta medida el hecho se renueva permanentemente.⁵²

JAKOBS señala que en los delitos permanentes el estado de hecho tras su creación (consumación) **debe ser mantenido por el autor**.⁵³

44 Kai **AMBOS** y María Laura **BÔHM**, La Desaparición Forzada de Personas como Tipo Penal Autónomo, Análisis comparativo – internacional y Propuesta legislativa, en Desaparición Forzada de Personas Análisis Comparativo e Internacional, Obra colectiva, Páginas 245, 249 y 250, Temis, Bogotá, Colombia, 2009.

45 Juan Luis **MODELELL GONZALES**, La Desaparición Forzada de Personas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en Desaparición Forzada de Personas Análisis Comparativo e Internacional, Obra colectiva citada, Páginas 191 a 193.

46 Jesús Orlando **GÓMEZ COLOMER**, Crímenes de Lesa Humanidad, Página 283, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá, Colombia, 1998.

47 Marco Gerardo **MONROY CABRA** y Hermes **NAVARRO DEL VALLE**, Desaparición Forzada de Personas, Páginas 24 y 25, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2001.

48 Yván **MONTOYA**, Tipos penales de tortura y desaparición forzada: características y concurso de delitos, Páginas 96 y 97; en Judicialización de violación de derechos humanos, Obra ya citada.

49 Giovanna **VÉLEZ FERNÁNDEZ**, Obra citada, Páginas 130 a 137.

50

51 Claus **ROXIN**, Derecho Penal Parte General, Obra citada, Página 329.

52 Hans Heinrich **JESCHECK** y Thomas **WEINGED**, Obra citada, Páginas 281 y 282.

53 Günther **JAKOBS**, Obra citada, Página 207.

La misma línea doctrinal se sigue en el Perú.

HURTADO POZO, el autor nacional más importante en el ámbito del derecho penal parte general, expresa respecto a los delitos permanentes que el agente no sólo crea la situación ilícita «sino que además **ésta se mantiene mientras él prosiga voluntariamente realizando la acción**».⁵⁴

VILLAVICENCIO TERREROS señala que en el delito permanente el resultado se mantiene por cierto tiempo **a voluntad del autor**, sigue ejecutando la acción típica, por lo que la consumación se produce cuando el agente termina o abandona la situación antijurídica.⁵⁵

En el Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 se acordó declarar que solamente debían ser considerados como delitos permanentes los casos en los que producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo por encontrarse bajo la esfera de dominio del agente.⁵⁶

En la Sentencia del 20 de mayo de 1996 emitida en el proceso penal N° 332-95 se señaló que delito permanente es «aquel en el cual el estado de antijuridicidad no cesa y persiste por actos posteriores del agente».⁵⁷

3) La determinación de la ley penal aplicable en el Caso Barrantes al General EP @ Osvaldo Hanke Velasco.

El artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de la ONU establece que la acción típica del delito de desaparición forzada se prolonga en el tiempo mientras que el autor continúe ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.

En el “Caso Barrantes” la acusación sostuvo que la desaparición forzada de Marco Roberto Barrantes Torres se habría iniciado con su detención ilegal el 18 de marzo de 1988 y se mantendría hasta la actualidad porque no se ha esclarecido qué le sucedió **luego de la privación de libertad ilegal**.

De forma similar razonó la Sala Penal Nacional en el «Caso Castillo Páez»; allí se consideró que la desaparición forzada del estudiante Ernesto Rafael Castillo Páez se inició con su detención ilegal el 21 de octubre de 1990 y que se prolonga hasta la actualidad pues no se ha establecido su paradero y por tanto se puede asumir «que aún se mantiene privado de su libertad».⁵⁸

Durante el tiempo transcurrido se han dado sucesivas leyes penales; el proceso penal se inició bajo la vigencia del artículo 223 del Código Penal de 1924 correspondiente al tipo penal de secuestro; posteriormente se dictó el Decreto Ley N° 25475 del 5 de abril de 1992 mediante el cual se incorporó al ordenamiento penal peruano el tipo penal de desaparición forzada de personas (según posición no compartida ⁵⁹); y finalmente la Ley N° 26926 publicada el 21 de

54 José HURTADO POZO, Obra citada, Página 418.

55 Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Obra citada, Página 311.

56 CONSEJO DE COORDINACIÓN JUDICIAL, Compendio de Derecho Judicial-Cuadernos de Debate Judicial, Volumen 1, Páginas 578 a 579, Lima, 2000.

57 Víctor PRADO SALDARRIAGA, Derecho Penal Jueces y Jurisprudencia, Página 445 a 447, Palestra Editores, Lima, 1999.

58 SALA PENAL NACIONAL, Sentencia del 20 de Marzo del 2006 dictada en el proceso penal signado con el número 111-04, Capítulo “Consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos”, Título “Situación o contexto de la desaparición forzada de personas en el Perú”. El Tribunal estuvo conformado por los Vocales Superiores Pablo Talavera Elguera, David Loli Bonilla y Jimena Cayo Rivera-Schreiber.

59 Como ya se explicó en la Nota N° 19 los tipos penales de delitos internacionales; contra la humanidad,

febrero de 1998, por la cual se introdujo al Código Penal de 1991 el tipo penal de desaparición forzada de personas como una modalidad de los delitos contra la humanidad, conforme el artículo 320.

¿Cuál de estas tres leyes penales era la aplicable al caso de Oswaldo Hanke Velasco?

La pregunta adquirió mayor significado porque el General Hanke dejó el cargo de Jefe del SIE el 31 de Diciembre de 1989 y pasó al retiro en el Ejército el 31 de Diciembre de 1991.

El artículo 9 del Código Penal de 1991 establece la regla que permite fijar el tiempo de comisión de un delito:

“Artículo 9º.- El momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el **autor** o partícipe **ha actuado u omitido la obligación de actuar**, independientemente del momento en que el resultado se produzca”.

3.1) Necesidad de determinar el momento hasta el cual Oswaldo Hanke Velasco pudo ser autor de la desaparición forzada de Marco Roberto Barrantes Torres considerando que se trata de un delito de infracción del deber o especial propio.

Al ser un delito de infracción de deber **o especial propio** la desaparición forzosa de personas, el autor solamente es la persona que viola un deber de función específico.

En la acusación se atribuyó a Oswaldo Hanke Velasco la condición de autor de desaparición forzada por un hecho concreto, perfectamente individualizado; el haber ordenado la detención ilegal de Marco Roberto Barrantes Torres.

El General Oswaldo Hanke Velasco, como funcionario público que formaba parte del Ejército, tenía la potestad de dar órdenes al personal bajo su mando, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos, uno de los cuales era **la competencia funcional**.

Para dar una orden es necesario tener competencia funcional, no basta la condición de funcionario o servidor público; así por ejemplo el Presidente de la República no puede ordenar una detención; o el Presidente de la Tercera Sala Penal con Reos Libres no puede disponer la libertad de algún acusado detenido en juicio oral que conozca la Sala Penal Nacional; en los dos ejemplos por la misma razón, se trata de funcionarios públicos que carecen de competencia funcional para ordenar la detención o la libertad.

El autor español Eduardo **CALDERÓN SUSIN** afirma que la orden tiene que cumplir con dos requisitos materiales: debe ser relativa al servicio y dictarse dentro del ámbito de competencia funcional; sobre este último señala que un presupuesto para la existencia de la orden, si se prefiere de su obligatoriedad, es la competencia del superior para ordenar al inferior la ejecución del acto ordenado; precisando que la competencia deriva del cargo que ejerza el superior.⁶⁰

El Reglamento de Servicio Interior y en Guarnición, denominado Reglamento del de guerra y de agresión; tienen como parte de su estructura típica el denominado elemento contextual, que determina, conforme ya se explicó, una estructura típica totalmente diferente a la de los supuestos de hecho típicos que formaban parte del Código Penal de 1924, así como también los que integran el Código Penal de 1991, salvo los delitos contra la humanidad incorporados por la Ley N° 26926 de 1998; todos ellos responden a hechos individuales, no a hechos globales o delitos masa. Por tales razones igualmente sostenemos que el tipo penal objeto del Decreto Ley N° 25475 no contiene la estructura típica de los delitos contra la humanidad.
60 Eduardo CALDERÓN SUSIN, obra colectiva, Comentarios al Código Penal Militar, Página 358, editorial Civitas S. A., Madrid, España, 1988.

Ejército N° 34-5, vigente en la época en que nuestro defendido fue Jefe del SIE, establecía que el mando era el atributo esencial del militar, que le permitía ordenar a sus subordinados en el cumplimiento de los deberes del cargo; en otros términos el mando permitía el ejercicio del cargo.⁶¹

Al militar se le asigna una misión, se le da un cargo, para cumplirla tiene la potestad de ordenar a sus inferiores, el mando, que ostenta mientras ocupe el cargo.

Oswaldo Hanke Velasco tuvo competencia funcional para ordenar a los integrantes del Servicio de Inteligencia del Ejército, por ejemplo, la realización de un operativo de inteligencia, la detención de una persona, el respeto de los derechos fundamentales del detenido, el informar el resultado de la misión, o sobre el detenido y su situación legal.

La competencia funcional de nuestro defendido tenía como fuente, no el grado de general, sino el cargo de Jefe del SIE, pues por ejemplo si como general tenía el cargo de Comandante General de la Región Militar de Lambayeque, carecería de competencia funcional, de mando, para ordenar a los miembros de los negociados del SIE.

Oswaldo Hanke Velasco tenía mando sobre los miembros del SIE mientras tuvo a su cargo la Jefatura de este órgano del Sistema de Inteligencia del Ejército (SIDE).

El General Oswaldo Hanke Velasco fue Jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército hasta el 31 de Diciembre de 1989; solamente hasta esa fecha tuvo competencia funcional sobre los integrantes del SIE, pues con la finalización de la misión perdió el mando.

Al dejar el cargo de Jefe del SIE Oswaldo Hanke Velasco ya no tuvo deberes de función específicos sobre las investigaciones de dicha dependencia y sobre los detenidos que pudieran existir como consecuencia de las mismas.

Nuestro defendido después del 31 de Diciembre de 1989, en que dejó el cargo de la Jefatura del SIE, ya no podría haber continuado violando los deberes de función específicos que motivaron la imputación de autor del delito de desaparición forzada de personas, por ejemplo el de informar, o requerir información, sobre un detenido.

Oswaldo Hanke Velasco solamente pudo ser autor de delito de infracción de deber mientras ejerció el cargo de Jefe del SIE.

Alternativamente planteamos en el “Caso Barrantes” otro momento que se podía considerar como “tope máximo” para atribuir a nuestro defendido la violación de deberes de función que exige el autor de un delito de infracción de deber.

En el supuesto que el autor de desaparición forzada de personas fuese aquel que viola deberes de función genéricos, y no específicos; tal situación solamente se habría podido producir en el caso de Hanke Velasco hasta cuando dejó de pertenecer al Ejército Peruano.

El Ministerio de Defensa, el 20 de Diciembre de 1991, dispuso pasar a la situación de retiro por causal de renovación al General de Brigada Oswaldo Hanke Velasco; en el artículo 1 de la “Resolución N° 0596DE/EP/CP JAPE” se señala que a partir del 1 de Enero de 1992 se produciría el pase al retiro.

El Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra, y Fuerza Aérea, vigente cuando se dispuso el pase al retiro de nuestro defendido, en el artículo 7 segundo párrafo señalaba que *el mando solamente lo tienen los*

61 MINISTERIO DE GUERRA, Reglamento del Servicio Interior y en Guarnición, Páginas 19, 20 y 21, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1984.

oficiales en situación de actividad, esto es la situación de retiro priva a los oficiales en tal situación de mando, **así como del resto de sus funciones militares.**

Un oficial en situación de retiro no tiene mando sobre ningún integrante de los institutos armados, tampoco deberes de función, porque el título o causa de los mismos, la función militar, terminó con su pase al retiro.

Oswaldo Hanke Velasco siendo un oficial en situación de **retiro desde** el 01 de Enero de 1992 ya no tenía mando, ni deberes de función militar respecto de la detención de Marco Roberto Barrantes Torres, **incluyendo el deber de información sobre su situación.**

Trabajando con la figura del delito de infracción de deber, el artículo 9 del Código Penal **permitía** establecer dos posibles momentos de comisión del delito de desaparición forzada por el que se **acusó** a Oswaldo Hanke Velasco:

❶ O habría cometido el delito de desaparición forzada de Marco Barrantes Torres hasta el 31 de Diciembre de 1989 en que finalizó su cargo, pues solamente hasta ese momento pudo violar sus deberes de función específicos como Jefe del SIE.

❷ O habría cometido el delito de desaparición forzada de Marco Barrantes Torres hasta su pase al retiro, el 01 de Enero de 1992, porque hasta esa fecha pudo violar sus deberes de función genéricos como miembro del Ejército Peruano.

En ambos casos, la ley penal aplicable sería el artículo 223 del Código de 1924, nunca el artículo 320 del Código Penal de 1991 como solicitó la fiscalía en el caso.

3.2) Necesidad de determinar el momento hasta el cual Oswaldo Hanke Velasco pudo ser autor de la desaparición forzada de Marco Roberto Barrantes Torres considerando que se trató de un delito permanente.

Al demostrar por qué la desaparición forzada es un delito permanente, se estableció que tal calificación se debe a que el autor prolonga la consumación a su voluntad, hasta que cese la situación de afectación de un bien jurídico.

En la desaparición forzada, según la Declaración de la ONU, la permanencia durará mientras el autor se niegue a informar sobre la situación, paradero de la persona, o mientras no se haya esclarecido qué pasó con el detenido ilegalmente.

Oswaldo Hanke Velasco solamente pudo prolongar la acción típica de ordenar la desaparición forzada de Marco Roberto Barrantes Torres mientras que tuvo mando sobre los integrantes del SIE al desempeñarse como Jefe de tal dependencia militar; y en todo caso, hasta que fue miembro del Ejército.

Más allá de la terminación del cargo de Jefe del SIE o **del** retiro del Ejército, jurídicamente no era posible considerar que nuestro defendido haya prolongado la acción típica de ordenar la desaparición de Marco Roberto Barrantes Torres, por las razones ya expuestas al señalar hasta cuándo pudo ser calificado como autor de un delito de infracción de deber.

Trabajando con la figura del delito permanente, el artículo 9 del Código Penal permite establecer dos posibles momentos de comisión del delito de desaparición forzada por el que se acusa a Oswaldo Hanke Velasco:

❶ O habría cometido el delito de desaparición forzada de Marco Barrantes Torres hasta el 31 de Diciembre de 1989 **en que finalizó su cargo como Jefe del**

SIE, pues solamente hasta ese momento pudo prolongar la desaparición por violación del deber de función específico de informar sobre la situación del detenido.

- ⊕ O habría cometido el delito de desaparición forzada de Marco Barrantes Torres hasta su pase al retiro, el 01 de Enero de 1992, pues solamente hasta ese momento pudo prolongar la desaparición por violación del deber de función genérico de informar sobre la situación del detenido.

3.3) Utilización de las reglas de solución del problema de la sucesión de leyes en el caso de los delitos cuya realización se prolonga en el tiempo.

El artículo 103 segundo párrafo de la Constitución Política de 1993 es una norma constitucional referente a derechos humanos que tiene como fundamento al principio de legalidad con el objeto de proteger los derechos fundamentales de la persona”.⁶²

Del artículo 103 segundo párrafo de la Constitución se puede extraer la directiva interpretativa siguiente: “la irretroactividad de la ley tiene su fundamento en el principio de legalidad, que por ser un límite formal a la función punitiva del Estado, constituye un mandato al Legislador y al Juez, de garantía de los derechos fundamentales de la persona”.⁶³

El Juez cumple su mandato de garantía de los derechos fundamentales de la persona observando las reglas del ámbito temporal de la ley contenidas en el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución.⁶⁴

Para la determinación de la ley penal aplicable al caso de nuestro defendido, los jueces debían respetar los principios constitucionales de irretroactividad de la ley y de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable porque no están reñidos con la persecución y sanción penal a los autores del delito de desaparición forzada de personas; por el contrario, también se encuentran garantizados por las normas internacionales en materia de derechos humanos: artículo 11 segundo párrafo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 15 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la ONU o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no exigen perseguir y sancionar penalmente a los autores de este ilícito penal desconociendo los principios de irretroactividad de la ley y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable.

Así, la Declaración de la ONU en el artículo 16 inciso 4 garantiza a los presuntos autores de delitos de desaparición forzada de personas “un trato equitativo” conforme a las disposiciones pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales vigentes en la materia en todas las etapas de la investigación, así como en el proceso y en la sentencia de que pudieran ser objeto.

A su vez la Convención Interamericana en el artículo III establece que los Estados se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales las medidas legislativas para tipificar el delito de desaparición forzada de personas y a imponer la pena apropiada.

62 César Augusto NAKAZAKI SERVIGON, Problemas en la determinación de la ley aplicable para la concesión de la semilibertad, Actualidad Jurídica, 2004, Tomo 123, Febrero, Página 37, Gaceta Jurídica, Lima.

63 Ibidem, Página 38.

64 Ibidem.

El Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia del “Caso Villegas Namuche” expresamente señala que la persecución y sanción penal por el delito de desaparición forzada no debe violar el principio de legalidad y por ende la aplicación de las leyes penales sobre desaparición forzada de personas no debe significar la inobservancia de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable.⁶⁵

Para no afectar los principios de irretroactividad de la ley o de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, en los casos de delitos cuya realización se prolonga en el tiempo, como los delitos permanentes, la doctrina penal ha desarrollado reglas para la aplicación de la ley posterior que sucede a la ley vigente al momento en que se inicia la realización de la acción típica.

Los maestros españoles Manuel **COBO DEL ROSAL** y Tomas **VIVES ANTON** afirman que la “Ley posterior solamente puede aplicarse si la totalidad de su presupuesto ha sido realizada durante su vigencia”.⁶⁶

Los autores hispanos Juan José **GONZALEZ RUS** y María Isabel **GONZALEZ TAPIA** explican que si en el tiempo de duración del delito permanente se produjera una sucesión de leyes penales, en el caso que la ley posterior incriminara una nueva conducta o estableciera una circunstancia agravante de otra ya incriminada, la aplicación de ésta será procedente solamente respecto a los hechos realizados durante su vigencia.⁶⁷

CUELLO CONTRERAS afirma que en caso de concurrir a un delito permanente una ley anterior y otra posterior, si la última es más desfavorable, solamente será aplicable «a lo actuado con posterioridad en tanto que lo anterior se juzgará conforme a la ley derogada».⁶⁸

Reinhart **MAURACH** y Heinz **ZIPF** sostienen en la misma línea que en el caso de delitos permanentes si la ley posterior funda o agrava la penalidad, solamente puede aplicarse cuando la situación criminal dominada por la voluntad del autor alcanza hasta la vigencia de la nueva ley.⁶⁹

JESCHECK y **WEIGEND** igualmente afirman que en los delitos permanentes la ley posterior deja de lado a la ley anterior cuando la situación antijurídica creada por el autor alcanza el periodo de vigencia de la nueva ley.⁷⁰

JAKOBS explica que en los casos de unidad jurídica de acción, sobre todo en los delitos permanentes, la ley posterior que funda o agrava la penalidad de una conducta en ejecución, no es aplicable a los actos anteriores a su entrada en vigencia, sino exclusivamente al comportamiento que el autor continúe realizando.⁷¹

HURTADO POZO, comentando el problema de la modificación de la ley durante la ejecución del delito en el caso de los delitos permanentes, afirma que, conforme a la doctrina dominante, «el hecho punible debe reputarse cometido bajo el imperio de la ley nueva, si el

65 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia del 18 de Marzo del 2004, expedida en el proceso signado con el número 2488-2002-HC/TC, Fundamento 26.

66 Manuel COBO DEL ROSAL y Tomas VIVES ANTON, Obra Colectiva, Comentarios al Código Penal, Tomo I, Artículo 2, Página 80, EDERSA, Madrid, España, 1999.

67 Juan José GONZALEZ RUS y María Isabel GONZALEZ TAPIA, Obra Colectiva, Comentarios al Código Penal, Tomo I, Artículo 7, Páginas 303, EDERSA, Madrid, España, 1999.

68 Joaquín CUELLO CONTRERAS, Obra citada, Página 258.

69 Reinhart MAURACH y Heinz ZIPF, Derecho Penal Parte General, Tomo 1, Traducción de la 7ª edición alemana, Página 200, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.

70 Hans Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND, Obra citada, Página 148.

71 Günter JAKOBS, Obra citada, Página 116 y 117.

agente obra en todo o en parte en ese momento y, por lo tanto, es reprimido con arreglo a sus disposiciones», a fin de evitar la vulneración de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable. «La responsabilidad y la pena serán, en consecuencia, sólo determinadas respecto a los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley». ⁷²

El Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia del “Caso Villegas Namuche” asume implícitamente la regla de la ley posterior para el caso de los delitos permanentes, pues para respetar la prohibición constitucional de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, establece lo siguiente:

“En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal”. ⁷³

Al determinar el TC que la ley nueva será aplicable a los autores que se encuentren ejecutando el delito permanente en el momento de su entrada en vigencia, está asumiendo la prohibición de retrotraer sus efectos a los actos que se realizaron bajo el imperio de la ley anterior.

La Sala Penal Nacional en el “Caso Castillo Páez”, luego de reconocer que la desaparición del estudiante Ernesto Castillo Páez es un delito permanente, determina la aplicación del artículo 320 del Código Penal sin explicar por qué se podía emplear la ley posterior sin que ello signifique violar la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable. Incluso en dicho caso se invoca la sentencia del TC dada en el “Caso Villegas Namuche”, pero no se tiene en cuenta que el Supremo Tribunal Constitucional observa la regla de la ley posterior, que solamente puede ser aplicada a los hechos que se realicen a partir de su vigencia. ⁷⁴

Es importante considerar el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 en el que los jueces peruanos consideraron y acordaron:

«La ley penal aplicable a los delitos permanentes es la ley vigente al inicio del periodo consumativo, que es la que el agente debió tener en cuenta al momento de decidir su conducta. En consecuencia, son aplicables al hecho todas las modificaciones producidas durante el estado consumativo, en una relación que debe resolverse en atención al principio de favorabilidad al reo». ⁷⁵

Los Jueces del Perú precisan que la ley penal aplicable es la vigente al inicio del periodo consumativo, pues las leyes posteriores solamente serían aplicables en caso de ser favorables al procesado.

La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas no contempla ninguna regla para la elección de la ley penal aplicable en el caso de los delitos permanentes, por lo que las reglas del derecho interno tienen plena vigencia.

72 José HURTADO POZO, Obra citada, Página 310.

73 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Sentencia del 18 de Marzo del 2004 dictada en el proceso de habeas corpus signado con el número 2488-2002-HC/TC, Fundamento 26.

74 SALA PENAL NACIONAL, Sentencia del 20 de Marzo del 2006 dictada en el proceso penal signado con el número 111-04, Capítulo “Consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos”, Título “Situación o contexto de la desaparición forzada de personas en el Perú”.

75 CONSEJO DE COORDINACIÓN JUDICIAL, Compendio de Derecho Judicial-Cuadernos de Debate Judicial, Volumen 1, Páginas 578 a 579, Lima, 2000.

En el “Caso Barrantes”, según la acusación, Oswaldo Hanke Velasco como Jefe del SIE dio la orden de detención ilegal el 18 de Marzo de 1988, el Ministerio Público no le atribuye ningún otro acto comisivo; consecuentemente nuestro defendido, en los propios términos de la requisitoria, no realizó actos ejecutivos después que entró en vigor el Decreto Ley N° 25592 el 02 de Julio de 1992 y menos desde que empezó a regir el artículo 320 del Código Penal de 1991 conforme a la Ley N° 26926 del 19 de Febrero de 1998.

No se podía aplicar al General ® Oswaldo Hanke Velasco las leyes posteriores, porque insistimos no se le atribuyó ninguna conducta delictiva en la acusación durante sus periodos de vigencia; solamente se le podría aplicar la ley anterior que regía al momento de la realización de la acción comisiva que se le imputa, esto es, el artículo 223 del Código Penal de 1924 vigente el 18 de Marzo de 1988.

¿Qué ley era aplicable al acusado Hanke Velasco; el artículo 223 del Código Penal de 1924; el Decreto Ley N° 25592; o el artículo 320 del Código Penal?

El artículo 223 del Código Penal de 1924 que es la ley vigente al momento en que Oswaldo Hanke Velasco habría realizado la acción que le atribuye el Ministerio Público; no son aplicables las leyes posteriores porque no realizó ningún acto de ejecución o prolongación de la consumación, después que entraron en vigencia el Decreto Ley N° 22592 o el artículo 320 del Código Penal de 1991.

En el “Caso Barrantes”, la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema en la sentencia del 11 de septiembre del 2008, acogió la tesis de la defensa; en el considerando sexto **se fijaron como los momentos de determinación de la ley penal aplicable;** cuando se dejó el cargo de Jefe del SIE (31 de diciembre de 1989) y **cuando** se pasó al retiro terminando la carrera militar (1 de enero de 1992); en el considerando séptimo se determinó que el mando, esto es la potestad de ordenar, exige competencia funcional que da el cargo y no el grado, por lo que nuestro defendido solamente pudo violar deberes específicos de función mientras dirigió el Servicio de Inteligencia del Ejército, concluyendo por la imposibilidad de aplicar el artículo 320 del Código Penal, incorporado en 1998.

En el Acuerdo Plenario N° 9 -2009/CJ-2006, Fundamento **Jurídico** 15°, la ley penal y variación del estatuto jurídico del funcionario público, apartado C; la Corte Suprema acogió parcialmente la teoría de defensa del “Caso Barrantes”. Reconociendo que el tipo penal de desaparición forzada de personas es un delito especial propio, que exige la condición de funcionario o servidor público del autor, no se aplica la ley penal al agente que “ya no integra la institución estatal”. Afirma la Corte Suprema que “la injerencia se basa en primer término en el estatus del agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público”.

En el apartado D no se asume el extremo de la teoría de defensa del “Caso Barrantes”, respecto a que el cambio o la transferencia del cargo no impide la aplicación de la ley penal de desaparición forzada de personas que entra en vigencia, pues el funcionario o servidor público continua “obligado a informar sobre lo ocurrido con el afectado en virtud de su injerencia previa”.

3.4) Examen de la aplicación de la regla de la injerencia o el actuar precedente en la teoría de la defensa en el “Caso Barrantes”.

Como se acaba de apuntar la Corte Suprema invoca la regla de la injerencia para sostener que a pesar del cambio de colocación el militar puede ser autor de desaparición forzada por su actuar precedente, por ejemplo ordenar la detención de la persona; **MEINI** agrega que con ella el ex militar igualmente puede cometer el delito porque “una cosa es asumir el deber en tanto funcionario público, pues sólo si se es funcionario público se puede acceder por injerencia

al deber...otra cosa distinta, es la forma en que dicho deber se impregna y acompaña a su portador: se trata de un deber que se puede cumplir después de pasar a la situación de retiro o ser expulsado de las Fuerzas Armadas...”⁷⁶

El primer problema que se aprecia en el argumento utilizado por la Corte Suprema para no aceptar la tesis de la no aplicación de la Ley de la Desaparición Forzada de Personas si entro en vigencia luego de la variación o terminación del cargo, y que igualmente invoca MEINI en su crítica; es haber utilizado el principio de injerencia sin considerar cuándo es aplicable conforme a la dogmática penal.

Günter **STRATENWERTH** define al actuar precedente o injerencia como una fuente de deberes de garante; el principio de que una conducta que genera un peligro puede obligar dentro de ciertos límites a conjurar el peligro creado por el mismo sujeto; sin embargo advierte de los problemas que tiene el fundamentar la fuerza vinculante de la injerencia, pues “sigue siendo dudosa y oscura” la cuestión si el deber de garantía nace con el actuar precedente o con otros criterios que se señalan en la doctrina penal.⁷⁷

CUELLO CONTRERAS igualmente cuestiona si existen deberes de garante por injerencia, pues la doctrina se divide si el actuar precedente debe ser o no antijurídico, en el caso afirmativo se reclama que el fundamento del deber de garante ya no lo sería el actuar precedente sino el propio comportamiento antijurídico, por lo que tendría que tratarse de comportamientos no contrarios a derecho.⁷⁸

No se alcanza a comprender cómo **MEINI** cuestiona el empleo del autor por infracción del deber al considerar que tiene problemas de fundamentación jurídica, y si acepta que se utilice el principio de injerencia cuyos cuestionamientos dogmáticos son mayores, o si se prefiere similares.

JAKOBS, que representa la máxima aplicación del principio de injerencia, a partir de la diferenciación de deberes de garante por responsabilidad de organización y deberes de garante por responsabilidad institucional, ubica dentro de los primeros a los derivados de la injerencia, ésta funciona en los casos de imputación objetiva por defectos de organización que tiene toda persona que con libertad ejerce su rol social.⁷⁹ **JAKOBS** ubica a los deberes “genuinamente estatales”, los que cumplen con los fines del Estado, como fuentes de deberes de garante por responsabilidad institucional.⁸⁰

JAKOBS expresa,memnte señala que la injerencia fundamenta un deber en una relación negativa; es la organización previa en la que se basa; advirtiendo que constituye un error intentar hallar un status especial del sujeto obligado por injerencia, pues no la tiene; no existe un status que genere el deber de garantía, sino el defecto de organización de su rol social a través del actuar previo o la injerencia en la esfera de libertad de otras personas.⁸¹

76 Iván MEINI, Apuntes sobre la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Perú, Páginas 102 y 103; y Caso Los Laureles: El concepto de desaparición forzada en el delito de desaparición forzada de personas, Páginas 201 y 202, en Judicialización de violación de derechos humanos, Obra ya citada.

77 Günter STRATENWERTH, Derecho Penal Parte General I El hecho punible, 4ª edición, Páginas 465 a 467, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2005.

78 Joaquín CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal Español – Parte General, Volumen II, Teoría del Delito (2), Páginas 502 a 504, Obra citada.

79 Günter JAKOBS, Obra citada, Páginas 971, 982 y 983.

80 Ibidem, Páginas 993, 994, 1005 a 1007.

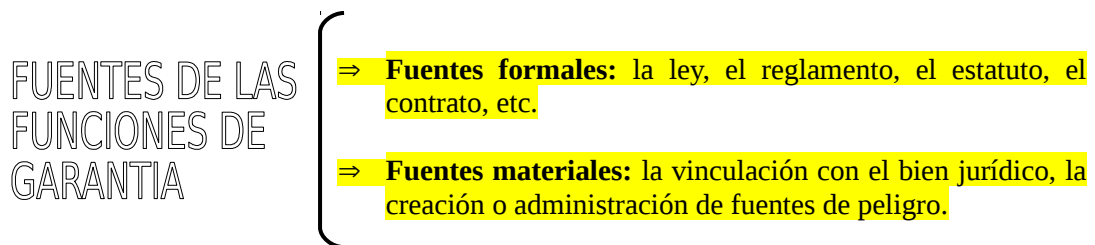
81 Gunter Jakobs, Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica, Teoría y Praxis de la Injerencia, el ocaso del dominio del hecho; Manuel Cancio Meliá, Dogmática y Política Criminal en una Teoría Funcional del Delito, Página 51, Universidad Nacional del Litoral y Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2004.

La injerencia no es aplicable al delito de desaparición forzada de personas; el deber de información de la detención y el estado del detenido; o si la privación de libertad es ilegal; no tiene su origen en un actuar precedente, por ejemplo la privación ilegal de la libertad; los deberes de función y específicamente el deber de información cuyo incumplimiento produce la desaparición forzada de la persona, es consecuencia de la función pública, de la violación de los deberes específicos de función: de no privar arbitrariamente la libertad, de garantizar los derechos humanos de los detenidos, de informar las detenciones.

La injerencia no es aplicable a un delito especial propio por la condición de funcionario o servidor público del autor, pues no cabe responsabilidad por organización, sino institucional.

Para una mejor comprensión del error de aplicación de la injerencia en el delito de desaparición forzada, brevemente estableceremos las fuentes de deberes de garantía:

Las fuentes de garantía que permite utilizar el artículo 13 del Código Penal, a fin de respetar el principio de legalidad respecto a un elemento del tipo, son: ⁸²



Las fuentes formales o materiales pueden generar al sujeto las siguientes funciones:



A) Función protectora del bien jurídico.

Ciertas personas tienen la función de garantizar la integridad del bien jurídico por encontrarse dentro de su esfera de dominio, como consecuencia de una relación familiar, social o por la conducta voluntaria de la persona; tales garantes asumen el compromiso de evitar que el bien jurídico sea puesto en peligro o lesionado. Si estos garantes como consecuencia de una conducta contraria al derecho producen el resultado típico responderán como autores del delito de omisión impropia. ^{83 84 85}

82 James Reátegui Sánchez, El delito de omisión impropia, Página 80, Juristas Editores, Lima, Perú, 2002.

83 Ignacio Berdugo Gómez De La Torre, Luis Arroyo Zapatero, Nicolás García Rivas, Juan Carlos Ferré Olivé y José Ramón Serrano Piedecabras, obra citada, Página 186.

84 Santiago Mir Puig, Obra citada, Página 309.

85 Jorge Fernando Perdomo Torres, la Problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Página 150, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de derecho

Existen tres tipos de fuentes de generación de la función de protección de bienes jurídicos:

π **Deberes de garante generados por relaciones familiares:** se trata de obligaciones que provienen de la convivencia familiar, que abarca también el concubinato. Para el establecimiento del deber de garante como consecuencia de relación familiar es necesario establecer el vínculo de dependencia para la protección de un bien jurídico (se debe establecer una situación real en la que la vida de un pariente dependa de la actuación de un familiar); y la existencia real de la comunidad de vida entre el omitente y el familiar afectado (se debe establecer no una relación familiar formal tan solo, sino que ésta se viva en la realidad).⁸⁶

π **Deberes de garante generados por el ejercicio de una profesión, ocupación, oficio, empresa, etc.:** la aceptación social de actividades riesgosas tiene su correlato en el establecimiento de ciertas exigencias para el ejercicio de las mismas, por ejemplo al médico se le permite trabajar con la vida y la salud de las personas a cambio de llevar a cabo una buena práctica de la medicina.⁸⁷

π **Deberes de garante generados por la aceptación de específicas funciones de protección:** origina posición de garante el aceptar que una persona u objeto quede en la dependencia de otra para su protección; así por ejemplo el depositante de una joya depende del depositario para su cuidado.⁸⁸

B) Función de vigilancia de una fuente de peligro.

La garantía de salvaguarda de los bienes jurídicos puede ser consecuencia de la exigencia de control de determinadas fuentes de peligro que la persona ha creado o respecto a las cuales tiene el rol de administrarlas.⁸⁹

Existen tres supuestos de producción del deber de control de una fuente de peligro:

ψ **El actuar precedente:** quien ha provocado mediante una conducta precedente antijurídica una situación de peligro para un bien jurídico asume el deber de evitar que el peligro se convierta en lesión.^{90 91}

ψ **El deber de control de fuente de peligro que opera en el propio ámbito de dominio:** la persona que dentro de su esfera de dominio tiene una fuente de peligro como instalaciones, maquinarias, etc., es responsable que no se produzca una situación de peligro o daño de bienes jurídicos de las personas que utilizan las mismas.⁹²

Penal y Filosofía del derecho, Bogotá, Colombia, 2001.

86 Ignacio Berdugo Gómez De La Torre, Luis Arroyo Zapatero, Nicolás García Rivas, Juan Carlos Ferré Olivé y José Ramón Serrano Piedecabras, obra citada, Página 186.

87 Santiago Mir Puig, obra citada, Página 310.

88 Felipe Villavicencio Terreros, obra citada, Páginas 280 a 282.

89 Santiago Mir Puig, obra citada, Página 312.

90 Santiago Mir Puig, obra citada, Páginas 312 a 316.

91 Juan Antonio Lascaraín Sanchez, Los Delitos de Omisión: Fundamento de los deberes de Garantía, Páginas 110 a 114, Civitas, Madrid, España, 2002.

92 Santiago Mir Puig, obra citada, Página 316.

ψ **Responsabilidad por la conducta de otras personas:** en determinadas condiciones se convierten en garantes las personas que tienen el deber de vigilar la actuación de otras.^{93 94}

En el caso de los militares corresponde determinar sus deberes de garante utilizando fuentes formales; las leyes y los reglamentos son las fuentes de los deberes de garante que tienen los militares.

Si se decide trabajar con fuentes materiales, la protección de los derechos humanos de los detenidos, no emanaría de una función de control de fuentes de peligro, ámbito en el cual se aplica el actuar por otro o la injerencia, sino la función de protección de bienes jurídicos fundamentales, que al tener su origen en las leyes y reglamentos, no justifica el empleo de fuentes materiales, a las que el principio de legalidad, en su expresión de mandato de máxima taxatividad, recomienda recurrir ante la ausencia de fuentes formales.

No es el deber de todos las personas de garantizar los derechos humanos el fundamento del deber de informar que se viola con la desaparición forzada de personas, sino la condición de militar (funcionario o servidor público) que asume varias funciones estatales para proteger a los ciudadanos; de allí que no es posible aplicar el tipo penal del artículo 320 con un criterio material que permita prescindir de la condición del autor exigida en la ley, sino con un criterio normativo, que justifica la solución defendida.

MEINI afirma sin argumentación que es posible construir en el caso del delito de desaparición forzada un concepto de funcionario público distinto a los delitos contra la administración pública⁹⁵; utilizando un criterio material los ex militares también tendrían deberes de función, lo que jurídicamente es insostenible.

El deber general de informar las violaciones de derechos humanos es distinto al deber de función de informar sobre tales violaciones en la realización de operaciones militares; el primer deber sirve para fundamentar delito de encubrimiento, quizás algún tipo de participación criminal, de admitirlo el caso, pero no la comisión del delito de desaparición forzada de personas.

Estado, función pública, funcionario público, funciones públicas son elaboraciones jurídicas, lo que no sucede con la vida o la libertad, el Derecho no las crea las protege; estas admiten criterios materiales de definición, no los primeros que solamente pueden ser definidos con criterios normativos.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la sentencia del Caso Los Laureles del 27 de diciembre de 2010, si bien, como ya se explicó, no generó una desvinculación del Acuerdo Plenario, en el considerando quinto razona que el deber de informar no depende de si el agente siga o no en la función pública, “pues el deber proviene de la injerencia” (privación de la libertad); con lo cual se incurre nuevamente en el error de aplicar la injerencia desconociendo que no se aplica a los delitos de infracción de deber o delitos especiales propios que supongan la violación de deberes de garante por responsabilidad institucional; en el considerando sexto se señala que el acto precedente que da origen al deber de informar es la injerencia en la esfera de organización de la víctima, es decir, ni siquiera se distingue si la desaparición forzada de personas tiene fundamento en la responsabilidad de organización, como equivocadamente cree

93 Ibidem.

94 Juan Antonio Lascaraín Sanchez, obra citada, Páginas 114 a 132.

95 Iván MEINI, Apuntes sobre la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Perú, Páginas 102 y 103; y Caso Los Laureles: El concepto de desaparición forzada en el delito de desaparición forzada de personas, Páginas 201 y 202, en Judicialización de violación de derechos humanos, Obra ya citada.

la Sala Suprema, o en la responsabilidad institucional, que evidentemente es la aplicable conforme a la argumentación suficientemente desarrollada.

No es pues la injerencia un criterio que permita aplicar el tipo penal de desaparición forzada a quien no tenía la cualidad de funcionario o servidor público antes de entrar en vigencia la ley penal, e incluso, tal cual se defiende, a quien ya no tenía el cargo que origina los deberes de función específicos que la ley exige para el autor de un delito de infracción de deber, un delito especial propio y las reglas de aplicación de la nueva ley al delito permanente.