



Lima, dieciocho de noviembre de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad, interpuesto por la PARTE CIVIL contra la resolución de fojas mil veintisiete, del siete de febrero de dos mil once, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO, por el delito contra la Humanidad -desaparición forzada de personas- en agravio de Paulo Alarcón Vargas, Juan Ccorahua Aspur, Daniel Arroyo Coronado, Victoria Pahuara Pacheco, Gregorio Díaz Pacheco, Máximo Rivas Pahuara, Lorenza Pahuara Pacheco, Pablo Ramírez, Dionicia Castro Ramírez, Basilia Díaz Oscco y Oscar Pahuara Pacheco; en el proceso que se le sigue al citado encausado y otros, por el referido ilícito y por homicidio calificado-; interviniendo como ponente la Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

§ **AGRAVIOS DE LA RECURRENTE.-**

Primero: La PARTE CIVIL, al fundamentar su recurso a fojas mil cuarenta y dos, contra la resolución impugnada, sostiene que:

- a. La posición dada por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la constitucionalidad y guardián de los derechos fundamentales, respecto al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en nuestro país, es contundente al dejar claro que los poderes públicos, entre ellos, los operadores judiciales, tienen la obligación de interpretar y orientar sus decisiones judiciales, de conformidad a los cánones exigidos por los Instrumentos Regionales. En tal sentido, los argumentos del encausado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO deben ser apreciados observando las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones son de obligatorio y estricto cumplimiento por los órganos judiciales internos.
- b. El Colegiado Superior ya se ha pronunciado sólidamente sobre el carácter de imprescriptibilidad de los hechos ocurridos en Lucmahuayco al resolver el Incidente de Excepción de Prescripción promovido por el mismo procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO.
- c. El Tribunal Constitucional, respecto a la inviolabilidad del principio de legalidad, en la sentencia Genaro Villegas Namuche, dejó establecido que el principio de legalidad no se viola, en modo



alguno, en aquellos casos en los que el delito de desaparición forzada de personas no se haya encontrado vigente, de manera previa, a la comisión de los hechos. En consecuencia, la resolución recurrida, a todas luces, es jurídicamente errada.

- d. El procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO, según trasciende de los argumentos de su excepción, pretende desvincularse de su responsabilidad penal en el ilícito imputado, objetando que ya no era funcionario público. Dicha alegación intenta crear una interpretación judicial que no se corresponde con estos casos. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Ejecutoria número doscientos veintinueve -dos mil diez, del veintisiete de diciembre de dos mil diez (Caso denominado "Los Laureles"), remitiéndose al Acuerdo Plenario número nueve -dos mil nueve [FJ once] ha sostenido, claramente, que *"...la desaparición forzada es un delito de incumplimiento del deber de informar, lo que no depende de si el agente siga en la función pública o haya dejado dicha condición, pues el deber proviene de la Injerencia (privación de libertad), el cual se extiende más allá de su situación de funcionario o servidor público. Que, asimismo, este delito es de consumación permanente, pues la afectación al bien jurídico se prolonga en el tiempo en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente, esto es, mientras el deber de informar no sea satisfecho, que el momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima o cuando sean debidamente localizados o identificados sus restos"*.

§ DE LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN.-

Segundo: Conforme lo establece el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales -modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis-, la excepción de naturaleza de acción sólo procede en dos supuestos: El primero, cuando el hecho denunciado no se corresponde con el tipo penal imputado, esto es cuando la conducta incriminada no está prevista -o no estaba prevista- como delito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta) o que los hechos atribuidos a un imputado no se adecuan, estrictamente, a la descripción típica de la norma penal invocada (atipicidad relativa). El segundo supuesto opera cuando la conducta imputada, aún siendo típica, se ve favorecida por alguna eximente de punibilidad, sea una condición objetiva o una excusa absolutoria.

Es evidente que el excepcionante -véase fojas novecientos cincuenta y seis- plantea que, en su caso, opera el primer supuesto de atipicidad.



Señalado lo anterior, como paso obligado del presente examen, es menester remitirnos al sustento fáctico que solventa la imputación fiscal formulada contra el encausado por el referido delito.

§ IMPUTACIÓN EN RELACIÓN AL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA.-

Tercero: Según la acusación de fojas setecientos cincuenta y nueve, el Jefe del Comando Operativo Antiterrorista de la Zona de Emergencia de Andahuaylas, departamento de Apurímac, durante el año mil novecientos ochenta y cuatro –Augusto Salaverry Pereyra-, tuvo a su mando la patrulla militar que los días **veintiséis, veintisiete y veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro**, habría incursionado en el sector de Lucmahuaycco, comprensión de la Comunidad de Incahuasi, distrito de Vilcabamba, provincia de La Convención, cometiendo execrables muertes de pobladores de Vacachacra, Melccar o Miljar. En su primera incursión, del veintiséis de septiembre del precitado año, procedieron a reunir a la población y los trasladaron a la escuela de la zona, para luego ser llevados a la comunidad de Incahuasi, siendo detenidos Miguel Aspur Oscco, Pedro Casa Saca, Fabián Salcedo Coronado, Silvio Delgado Moreyra, Fabián Cruz Pipa, Jesús Díaz Aguilar, Eugenio Díaz y Agustín Tello Pahuara; a los que se sumaron como detenidos, al regreso a Apaylla, en el sector de Sondor, las personas de Alberto Salas Quintanilla y Modesto Moreno Pérez; habiendo sido conducidos todos al caserío de Pomabamba, ubicado a orillas del río Apurímac; llegando luego a Vacachacra, donde aparece una patrulla policial de cuatro efectivos –de los "Sinchis"-, quienes traían a cuatro personas detenidas; resultando muertos los detenidos con excesiva crueldad, pues fueron colgados y golpeados por los "Sinchis", cercenándoles el cuello con un cuchillo, cuerpos que fueron quemados en el interior de la vivienda de Fabián Silva, hechos similares que también se produjeron en Melccar o Miljar con la familia Pahuara Pacheco, retornando la patrulla combinada de militares y policías "Sinchis" hacia Andahuaylas, aproximadamente, los días veintiocho y veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro; produciéndose un **segundo operativo el veintiséis de noviembre del mismo año**, ante la solicitud de intervención policial por parte de los representantes de las comunidades de Incahuasi, debido a que en Lucmahuaycco se había establecido un campamento de dominio subversivo, circunstancias en que el Comando de la Guardia Civil de la Sede de La Convención, dispuso la formación de la *patrulla policial* al mando del Capitán Víctor Alfredo Salas Lozano, dos tenientes, dieciséis efectivos sub oficiales y policiales y un número de aproximadamente doscientos ronderos, interviniéndose un campamento presuntamente



subversivo en el predio denominado Cacaopampa, deteniéndose a Paulo Alarcón Vargas y a Juan Ccorahua Aspur, los cuales habrían sido vendados y amarrados a un árbol de cacao, para luego ser torturados y desaparecidos. Ante dicha incursión, muchas de las personas huyeron por miedo hacia la quebrada del río Lucmahuaycco y, al cruzarlo, pobladores, en número de veinte, habrían sido abatidos por disparos efectuados por policías y ronderos, siendo llevados, los que resultaron detenidos, a local del centro educativo de dicha localidad -véase fojas setecientos setenta y siguientes-.

§ DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.-

Cuarto: A fojas mil veintisiete, corre el auto materia del presente recurso, cuyo razonamiento para amparar la excepción deducida es el siguiente:

"... se desprende que el procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO, laboraba en la Guardia Civil, con sede en la Convención, al momento de los hechos acontecidos en el Caserío de Lucmahuaycco (veintiséis de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro), y fue dado de baja por motivo de renovación el catorce de marzo de mil novecientos ochenta y seis, conforme se advierte mediante el Oficio número quinientos trece -dos mil once- DIRREHUM-PNP [1] por [tanto], el tipo penal no habría estado vigente al momento de la comisión del ilícito (entró en vigencia en abril de mil novecientos noventa y uno), por lo que no se podría sancionar al procesado e imponer una pena, sin violar el principio de legalidad, ya que el tipo penal de Desaparición Forzada no se encontraba vigente al momento de los hechos, y había dejado de ser funcionario público antes de que entrara en vigencia dicha normatividad, es decir, el agente no integraba la institución estatal perdiendo el status de agente público, por ello, cómo se podría atribuir responsabilidad por este delito cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público, conforme se advierte del fundamento trece del Acuerdo Plenario número nueve -dos mil nueve /C/ ciento dieciséis, que establece que el delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Sólo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado. Además, el fundamento quince del [mismo] Acuerdo Plenario establece que si el agente estatal en ese momento no integra la institución estatal y la injerencia se basa en primer término en el estatus de 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 [...] Es así que no es posible que sea procesado por el delito de Desaparición Forzada, previsto en el artículo trescientos veinte del Código Penal, sin perjuicio de las responsabilidades penales o sanciones que surjan por el delito de homicidio por el cual viene siendo procesado, ya que este pronunciamiento es tan solo por la

[1] A fojas 1,023 y siguiente (T.03) obra el Informe N° 210-2011-DIRREHUM-OFITEL-UNINFO con el mismo dato.

legalidad del proceso, mas no se pone en juicio la perpetración de los hechos acaecidos materia de juzgamiento...".

§ ANÁLISIS.-

Quinto:

5.1.- DELIMITACIÓN DEL ANÁLISIS.-

La recurrida ampara la excepción de naturaleza de acción deducida, considerando que no resulta posible imputar al procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO el delito de desaparición forzada por "haber dejado de ser funcionario público" (sic) al momento que entró en vigencia el delito de desaparición forzada, sugiriendo, en ese sentido, que el atribuir dicho tipo penal al citado encausado importa pretenderse una aplicación retroactiva de una norma penal, lo cual se encuentra proscrito por el principio de legalidad.

Contra dicho fundamento, trasciende de los agravios del recurrente -ver Primer Considerando- una remisión al mismo Acuerdo Plenario número nueve -dos mil nueve /CJ ciento dieciséis [FJ once] -ver acápite "d"- advirtiéndose que detrás de dicha invocación normativa subyace la tesis de que al procesado mientras no se conoció el destino o paradero de las víctimas era portador de un "deber de informar" del paradero de los agraviados.

Nótese que la dilucidación materia de la presente Incidencia no estriba en determinar si el encausado efectivamente incumplió o no dicho deber, sino de examinar -en tanto la desaparición forzada es un delito de infracción de deber- si el procesado detentaba o no la calidad o condición de las que hubiera podido dimanar dichos deberes. (aptitud para ser o no sujeto activo del delito de desaparición forzada)

Ciertamente -tal como así lo estatuye el indicado Acuerdo Plenario- la calidad de sujeto activo del referido ilícito está condicionada a que el imputado -durante la consumación del delito- tenga una pertenencia a alguna de las instituciones castrenses del Estado Peruano, no pudiendo ser de otra manera, dado que tal exigencia es coherente con la nota distintiva antes referida -delito de infracción de deber-.

Así, donde es menester centrar el presente examen es en la premisa a que se contrae la recurrida -no resulta posible imputar al procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO el delito de desaparición forzada por "haber dejado de

ser funcionario público" (sic) al momento que entró en vigencia dicha figura- lo cual, a la postre, posibilitará determinar si la conclusión estimativa de la excepción se condice o no con la normativa pertinente.

5.2.- PREMISA JURÍDICA NO CONTROVERTIDA EN EL CASO DE AUTOS: LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO DELITO PERMANENTE Y SU COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A INTERVENCIONES MILITARES /POLICIALES ANTERIORES A LA VIGENCIA DE DICHO ILÍCITO PENAL.-

Acotado el análisis para el caso de autos, pese a no ser premisa conceptual discutida, previamente, no deja de ser pertinente -por la invocación de la recurrida al principio de legalidad- referirnos a la relación entre dicho límite material a la persecución penal y el delito de desaparición forzada.

Al respecto, debe significarse que la desaparición forzada, como figura penal, fue introducida a nuestro ordenamiento punitivo por el Código Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo número seiscientos treinta y cinco, del ocho de abril de mil novecientos noventa y uno, ubicado, primigeniamente, en el artículo trescientos veintitrés, derogado como consecuencia de la reestructuración de los delitos de terrorismo, por el Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y dos -artículo veintidós-; y que mediante el Decreto Ley número veinticinco mil quinientos noventa y dos, del dos de julio de mil novecientos noventa y dos -artículo uno-, se reinstauró con el siguiente texto: "*El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación...*". Ulteriormente, a través de la Ley veintiséis mil novecientos veintiséis, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y ocho, con el mismo tenor, se incorporó al Código Penal -artículo trescientos veinte- en el Título XVI-A "Delitos contra la Humanidad".

En tal sentido, en aquellos casos en que el acontecimiento del que deriva la imputación por dicho ilícito se produce antes de la vigencia del mismo -como ocurre con el caso de autos- es necesario diferenciar entre la desaparición forzada como *supuesto fáctico o fenoménico* y la desaparición forzada como *delito*. Luego, conforme se desprende de los alcances del Acuerdo Plenario número nueve -dos mil nueve /CJ- ciento dieciséis, a tales casos sí les alcanza el ilícito penal en referencia por dos motivos: i). por la estructura fáctica compleja del citado ilícito



(delito de dos actos: uno preparatorio: privación de la libertad y uno nuclear o esencial: omisión de información sobre el paradero de la víctima); y ii). por el carácter permanente de su ejecución, en tanto y en cuanto, el delito se sigue consumando mientras no se tenga noticias del paradero de la víctima.

Y es que, conforme lo resalta el mencionado Acuerdo Plenario [FJ catorce], *"este delito se consuma cuando el individuo, privado de su libertad, desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero y, de ese modo, "... sustrae a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impide que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección..."*. De ahí que su fase consumativa se extiende, esto es, *"...la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente -dependiendo en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente- esto es (...) hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima -ésta "aparece" - o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos..."*.

Por tanto, la forma cómo se expresa la desaparición forzada -antes y con contemporaneidad a la norma en referencia-, hace que, en estos casos, su consumación recién se connote -con sujeción al principio de legalidad- desde que entra en rigor dicha figura penal y que sus efectos se irradian, válidamente, sobre el tramo de la desaparición fenoménica contemporánea a dicha vigencia.


Por lo demás, tal compatibilidad entre el principio de legalidad y dichos supuestos no resulta en modo alguno arbitrario, si se tiene en cuenta que, según puntualiza la Doctrina, en materia de aplicación del principio del *tempus regis actum* -tiempo de comisión del delito- en los delitos de omisión importa no tanto la producción de un resultado sino más bien el momento en el que se omite, a pesar de tener la obligación de actuar, siendo lo decisivo el momento en el que ha surgido el deber de actuar y existe la capacidad de acción, durante todo el periodo de tiempo que sea posible hasta el último momento en que todavía sea posible la misma [?].

Consecuencia natural de lo anterior es que esta realidad de consumación de tipo permanente, que posibilita la cobertura penal de los supuestos de desaparición forzada iniciados con anterioridad al año


[?] CASTILLO ALVA, José Luis: "Principios de Derecho Penal -Parte General".- Gaceta Jurídica. Edición Febrero 2002.. p. 134.

mil novecientos noventa y uno, y que se prolongan con posterioridad a esa fecha; al mismo tiempo, hace surgir una posibilidad de imputación coetánea y contemporánea a esa misma permanencia para aquellos agentes con aptitud para ser sujetos activos del mismo.

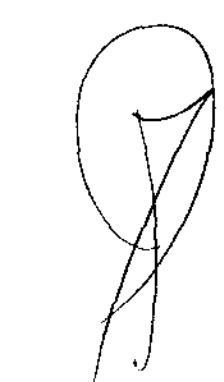
5.3. DE LOS DEBERES ESPECIALES COMO PRESUPUESTO TÍPICO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA. MARCO TEMPORAL DE SU EXIGENCIA-



Esbozada así la legitimidad del delito de desaparición forzada para los supuestos antes descritos y delimitado antes el núcleo de dilucidación para el caso de autos -determinar si el procesado "era o no funcionario" al entrar en vigencia la figura penal en referencia-; toca en este punto incidir en lo relativo al *objeto de protección* de dicho ilícito penal y, ulteriormente, la correlación de aquél con los deberes que esa tutela exige observar a los agentes destinatarios de dicha norma penal.




Al respecto -acorde con lo desarrollado en el Acuerdo Plenario tantas veces indicado-, la Doctrina ha puntualizado que el comportamiento típico del delito de desaparición forzada es la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, que asume por injerencia, al intervenir en la detención, legal o ilegal del sujeto, o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido. Desde otra perspectiva (parte agraviada), con el citado delito opera una *sustracción jurídica de la víctima* de la protección que merece como persona. Esa sustracción se manifiesta con la negativa a informar el paradero o el estado del sujeto, situación que no requiere que en el caso se logre entorpecer, dificultar o impedir la imposición de recursos legales o de garantías procesales a favor del sujeto, sino, la posibilidad de que ello suceda. En ese sentido, se precisa que es posible conceptualizar el *bien jurídico* protegido como la *personalidad jurídica*, la que abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, centrándose en la total detracción del sujeto del sistema jurídico [3].



Más aún, en clave constitucional, conforme al Supremo Intérprete (Caso Genaro Villegas Namuche), a través de la represión penal de la desaparición forzada, se protege, fundamentalmente, el derecho a la verdad. Así, el Tribunal Constitucional ha destacado que el derecho a la verdad es un bien jurídico colectivo inalienable, que se traduce en el derecho de la Nación a conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal; precisando que al lado, se tiene una

[3] MEINI, Ivan. En: "Desaparición Forzada de Personas -Análisis Comparado e Internacional (Coordinador KAI AMBOS)".- Profis, Editorial Temis, Bogotá 2009, p. 121 y ss.



dimensión individual de dicho derecho, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados, dado que las personas, directa o indirectamente, afectadas por un crimen tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo, desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, etcétera [4].

Descrito el contenido de tales deberes, la desaparición forzada importa un delito especial propio -sólo puede ser cometido por funcionarios o empleados públicos que tienen el deber de informar el paradero o la situación jurídica del sujeto- Luego, en lo atinente a determinar en qué momento y cómo se funda la asunción del deber de parte del funcionario público y hasta qué momento es exigible su cumplimiento, cabe significar lo siguiente: Sobre lo primero, según se ha indicado, el deber surge del comportamiento que expresa un compromiso de actuar como garante de la personalidad jurídica del detenido (injerencia) que se da en el contexto en que interviene el agente en razón de su cargo o función [5].

Respecto a lo segundo, es menester remitirnos a las pautas delineadas en el propio Acuerdo Plenario en referencia [FJ quince], conforme al cual son cuatro las posibilidades de cara a la aplicación o no de dicha figura penal a un miembro de las fuerzas de orden:

- “...
A). Si la permanencia cesó con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que introdujo la figura penal analizada, desde luego no será posible imputar a los funcionarios o servidores públicos la comisión del delito de desaparición forzada. En este supuesto, sólo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro.
B). Si entra en vigor la ley que consagró el delito de desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva -de riesgo prohibido para el bien jurídico- por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración siconormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal...”
C). No obstante que subsista el estado de desaparición de la víctima al momento de entrar en vigor la ley que tipificó el delito de desaparición de personas, como se está ante un delito especial propio -sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos- es indispensable que tal condición funcional esté presente cuando entra en vigor la ley penal. en consecuencia, si el agente en ese momento ya no integra la

[4] STC N° 2488-2002-HC/TC del 18.03.2004 FJ. 8 y 9.

[5] MEINI, Ivan: Ob. cit. p. 122



Institución estatal y la Injerencia se basa en primer término en el estatus de 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.

D). Si una vez que entró en vigor, la ley que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, el agente es transferido de puesto u ocupa un cargo público distinto al que se desempeñaba cuando se incumplió el mandato de información, no es posible sostener que para él cesó el estado de permanencia del delito -ésta tiene otras formas de consolidarse, como se ha señalado en el párrafo anterior- Siendo funcionario o servidor público y estando obligado a informar sobre lo ocurrido con el afectado en virtud de su injerencia previa, es obvio que su cambio de destino o de actividad no es relevante..."


5.4. CONDICIÓN DE MIEMBRO POLICIAL Y CALIDAD DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO.-

Delimitados los deberes afectados en el delito de desaparición forzada, y el marco temporal de su exigencia, corresponde incidir en la cabal identificación de los potenciales autores de dicha infracción. Para tal efecto, cabe remitirnos a los dispositivos normativos que regularon y regulan los atributos y deberes del Cuerpo Policial. En orden cronológico, éstos son: i). Decreto Legislativo número trescientos setenta y uno -emitido el cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y seis-; ii). Decreto Legislativo número setecientos cuarenta y cinco -publicado el trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno- y iii). Ley número veintisiete mil doscientos treinta y ocho -del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve- de vigencia actual.

Los tres dispositivos normativos en referencia; el primero, en su artículo cuarenta y uno; el segundo, en su artículo veintiséis; y el tercero, en su artículo veintinueve, establecen que el personal policial abarca tres condiciones: actividad, disponibilidad y retiro, infiriéndose que se es **miembro policial** en cualquiera de dichos estados, no existiendo motivo legal alguno para entender como tal, únicamente, al que se encuentra en servicio activo.

Por lo demás, merece enfatizarse que también estas tres condiciones -en sus artículos cuarenta y cinco, sesenta y cinco y treinta y siete, respectivamente- establecen como obligaciones de todo el personal policial -no solamente del personal activo-, entre otros, los siguientes:

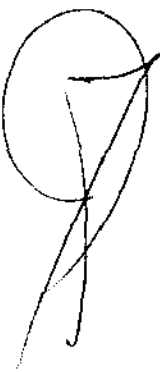
Cumplir con la Constitución Política del Perú, Leyes, Reglamentos, Directivas y Órdenes Superiores.



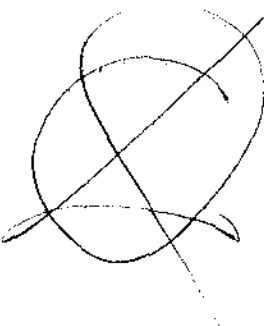
Así entonces, demostrado que el personal de la institución policial no se circunscribe sólo a los miembros en servicio activo, es del caso concluir que cuando el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, establece que "se consideran funcionarios o servidores públicos: (...) 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional" (sic), debe observarse el imperativo interpretativo de que no cabe introducir distinciones donde la norma no lo hace. Luego, la proposición de la resolución recurrida, según la cual, el excepcionante al cesar "había dejado de ser funcionario o servidor público", a la luz de la norma sectorial analizada no constituye una premisa respaldada en la citada normativa; sin perjuicio de lo cual corresponde efectuar un análisis adicional de cara a la dilucidación que es materia de pronunciamiento.



5.5. LEGITIMIDAD MATERIAL DE LA EXIGIBILIDAD DE DICHS DEBERES A LOS MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL EN SERVICIO ACTIVO Y NO ACTIVO.-



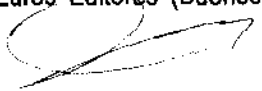
Señalado lo anterior, en lo relativo a las obligaciones de todo el personal policial, no puede obviarse el consabido sinalagma entre los deberes y los atributos, resultando que, en principio, la imposición de determinados deberes especiales sólo a los efectivos del orden en servicio activo, obedece a que el cumplimiento de los mismos sólo es posible a través del ejercicio material de dichos atributos. Son éstos los deberes policiales -militares en *stricto sensu*.



Como precisa la Doctrina, en materia de delitos especiales, es útil diferenciar entre los conceptos de *status* y *función*. De ahí que en la mayoría de dichos ilícitos, el autor tiene el dominio del riesgo típico no por el *dato formal* de que el sujeto tenga un *status* determinado, sino por el *dato material* relativo a la *función* que desarrolla. En efecto, en los delitos especiales, el fundamento material del dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del *status*, sino que se basa en la *función* realizada por el mismo. Y es que lo que al sujeto le confiere dominio, capacidad de disposición sobre la vulnerabilidad del bien jurídico no será, por tanto, el *status*, sino el ejercicio de la *función* en que se encuentra implicado el bien jurídico [6].

Así por ejemplo, la privación de la libertad de una persona, es facultad sólo de los efectivos del orden en actividad, esto es, en cumplimiento de su servicio activo. De ahí que tanto las obligaciones relativas a los

[6] GÓMEZ MARTÍN, Víctor: "Los Delitos Especiales".- Edisofer SL (Madrid), Euros Editores (Buenos Aires), B de F Ltda (Montevideo) 2006.. p. 251 y ss.





requisitos, como a la forma y al modo como se lleva a cabo, derivan de aquel atributo legal. De lo contrario lo que se reprimiría, en puridad, con carácter exclusivo y excluyente sería, por ejemplo, un secuestro.

Empero, existen otros deberes exigibles a *todo el personal* de las Fuerzas Policiales, cuyo cumplimiento no está condicionado a que el miembro de dicha institución se encuentre en actividad. Son aquellos deberes cuya exigencia no excluye a sus demás miembros que se encuentran en disponibilidad o en retiro.


En efecto, tanto por la naturaleza de los derechos afectados como por la gravedad de los deberes de ese círculo limitado de agentes que tienen la posibilidad de hacer cesar dicha afectación, un miembro policial, porque deja de ser miembro activo no deja de permanecer obligado -por su vínculo que mantiene con la Institución y por ser inherente a las bases de su formación misma como profesional el velar por la protección de los ciudadanos- a respetar los bienes constitucionales en los que asumió una posición de garante, no dejando de seguir comprometido con el derecho a la vida, a la libertad, **a la verdad**, a la personalidad jurídica del desaparecido en cuya detención intervino.

Y es que, citándose a SILVA SÁNCHEZ, qué duda cabe que "es posible hablar de la existencia de una omisión penal desde el momento mismo en que el sujeto lleva a cabo una conducta distinta a la típicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de [un] bien" [?], puntualizando el Acuerdo Pleno en referencia [FJ quince] sobre el delito en cometo precisa que "**su punto de inicio no es la privación de libertad sino el momento en que empieza a incumplirse el mandato de información**".


Consiguientemente, el deber de informar de un miembro policial sobre el paradero de una persona pese a saberlo -por haber incorporado ese dato en el ejercicio del cargo como miembro policial-, no es una obligación que dependa de su condición de seguir o no en actividad, puesto que el fundamento de su punición no está vinculado a los atributos ejercidos durante su servicio activo, sino a su voluntad -inclusive como miembro en disponibilidad o en retiro-, de negarse a dar noticia sobre la situación de la víctima, de continuar vulnerando los derechos del desaparecido y de sus familiares, aún cuando está motivado por la norma ya vigente en el momento que sigue desconociéndose el paradero del agraviado, -en cuya detención intervino-, detentando,

[?] MONTOYA VIVANCO Ivan: "La Desaparición de Personas como Delito Permanente. Consecuencias Dogmáticas Penales".- Cuaderno de Trabajo N° 11 Departamento Académico de la PUCP. -Julio 2009. p. 23.

inequívocamente, una capacidad de disposición sobre la vulnerabilidad del bien jurídico protegido en el citado delito.

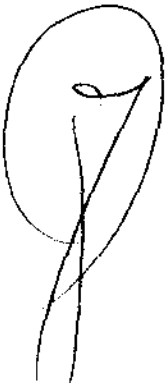


Es así como, por lo demás, lo tiene meridianamente establecido la Doctrina –IVAN MEINI-, cuando se señala que “[es] la naturaleza del deber [la que] indica que si bien la obligación de informar sobre la situación jurídica y el paradero del sujeto se deriva y surge del cargo de funcionario público, no termina con el cese del cargo. [Y es que] Expresado en otras palabras, también el funcionario público a quien se le dio de baja, se retiró, renunció y, en general, dejó de prestar servicios al Estado en su calidad de funcionario público, puede ser autor del delito de desaparición forzada...” [8].



Y, en similar sentido IVAN MONTOYA, quien refiriéndose al cese de ese deber de informar del agente estatal involucrado en la detención, precisa que “el deber de informar no cesa con la pérdida de la condición de funcionario público (por ejemplo cuando el agente es pasado a la situación de retiro) dado que su deber de informar no nace de su condición general de funcionario público sino de injerencia privada (privación de libertad)” [9].

5.6. CONCLUSIÓN.-



Fijado lo anterior, teniendo en cuenta, de un lado, los supuestos del FJ quince del Acuerdo Plenario (reseñados en el acápite “5.3” de la presente Ejecutoria) que limitan y habilitan la aplicación del citado ilícito penal según cada caso (supuesto “C” de dicho Fundamento); y de otro: i). la presunta intervención material del excepcionante en el contexto que habría provocado la desaparición de los agraviados; ii). la ulterior vigencia –posterior a dicho evento- de la figura penal en referencia; iii). la contemporaneidad de dicha vigencia con la condición del procesado de miembro de la Policía Nacional del Perú; el dato enfatizado por la recurrida, esto es, que el procesado SERAFIN DANIEL BENDEZU POMASUCO pasó a la condición de policía en retiro en el año mil novecientos ochenta y seis (condición que no se indica haberla perdido con posterioridad a la vigencia de la norma penal sub exámine) no impide -como hipótesis delictiva- una imputación por el delito de desaparición forzada, debiendo ser en el decurso del proceso donde corresponderá determinar probatoriamente si existe o no responsabilidad del acusado por los hechos materia de imputación

[8] MEINI, Ivan: “Imputación y Responsabilidad Penal”.- Ara Editores 2009.. p. 384.

[9] MONTOYA VIVANCO, Ivan: Ob cit.. p. 25.



subsumidos en el ilícito en referencia; con todas las garantías inherentes a un debido proceso que la ley le franquea.

Por estos fundamentos, declararon: POR MAYORÍA, **HABER NULIDAD** en la resolución de fojas mil veintisiete, del siete de febrero de dos mil once, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO, en el proceso que se le sigue por el delito contra la Humanidad –desaparición forzada de personas- en agravio de Paulo Alarcón Vargas y otros; y reformándola, **DECLARARON: INFUNDADA** la excepción antes aludida, debiendo continuar el proceso conforme a su estado; y los devolvieron.-

S.S.

PRADO SALDARRIAGA

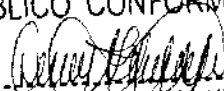
BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

IVB/dlm

SE PUBLICO CONFORME A LEY


DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMEND
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

11 JUN. 2012



EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR LECAROS CORNEJO ES COMO SIGUE:

Lima, dieciocho de noviembre de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad, interpuesto por la PARTE CIVIL contra la resolución de fojas mil veintisiete, del siete de febrero de dos mil once, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO, por el delito contra la Humanidad -desaparición forzada de personas- en agravio de Paulo Alarcón Vargas y otros; y **CONSIDERANDO, Primero:** Que 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 funcionarios o servidor público que infringe sus deberes especiales de función; **Segundo:** Que, en ese sentido, sin perjuicio del carácter permanente del delito de desaparición forzada, cierto es que para que la conducta de un miembro policial, tenga persistencia en el tiempo, no puede obviarse que, en un orden natural de cosas, las circunstancias no permanecen estáticas e inmutables, siendo necesario que en cada caso se verifique el cumplimiento o no de las exigencias normativas y subjetivas del tipo penal de desaparición forzada de personas, puesto que para imputar comportamientos en delito de infracción de deber es necesario que el sujeto activo cuente con competencia funcional específica para el cumplimiento de los deberes cuya omisión se le reprocha; **Tercero:** Que, en el caso de autos, el excepcionante SERAFÍN



DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO, fue miembro policial hasta el **caforce de marzo de mil novecientos ochenta y seis**, conforme se desprende del Informe número doscientos diez –dos mil once –DIRREHUM –OFITEL-UNINFO, de fojas mil veinticuatro; consecuentemente, sólo, hasta dicha fecha, el precitado podía tener competencia funcional para asumir funciones y cumplir deberes como efectivo perteneciente a la ex Guardia Civil. Consiguientemente, a partir de dicha fecha, siendo policía **en retiro**, no cumplía con la cualificación requerida por el tipo penal imputado; y no habría podido cometer el ilícito materia de la acusación fiscal, por lo que corresponde en esta Instancia confirmar la resolución venida en grado; Por estos fundamentos, **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fojas mil veintisiete, del siete de febrero de dos mil once, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el procesado SERAFÍN DANIEL BENDEZÚ POMASUNCO, por el delito contra la Humanidad – desaparición forzada de personas- en agravio de Paulo Alarcón Vargas y otros; disponiéndose en su caso el archivamiento de la causa penal seguida en su contra en lo que a dicho ilícito penal concierne.

S.S.

LECAROS CORNEJO