

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN GENERAL

§ 1

CONTEXTO HISTÓRICO-BIBLIOGRÁFICO

- 1860 Constitución moderada redactada por el Congreso, convertido en constituyente, elegido en las elecciones convocadas por el Gobierno de Ramón Castilla en 1859. Debate extenso sobre la pena de muerte, que fue restablecida para el homicidio calificado, reglamentado de manera extensa. A favor de su abolición se pronunció José Silva Santisteban, en contra Bartolomé Herrera.
- 1862 Iniciada su construcción en 1856, la Penitenciaría de Lima comenzó a funcionar. Mariano Felipe Paz Soldán vigiló los trabajos por encargo de Ramón Castilla. Paz Soldán elaboró un informe sobre el sistema penitenciario, publicado en 1854.
- 1863 Promulgación del primer Código Penal de la República y el Código de Enjuiciamientos en materia penal.
- 1871 Casa Correccional del Buen Pastor (Sociedad San Vicente de Paul y Congregación del Buen Pastor).
- 1874 Se fundó la *Gaceta Judicial*, pionera del periodismo jurídico nacional.
- 1891 Cárcel de mujeres de Santo Tomás, en los locales del Convento del mismo nombre (Madres de la Orden Terciaria de San Francisco).
- 1900 José Viterbo Arias publica su *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú* (de 1863), 2 tomos.
- 1902 Escuela Correccional de menores de Lima.
- 1918 Granja Escuela de Surco, denominada luego Reformatorio de Menores de Surco.
- 1919 Finales de la segunda presidencia del civilista José Pardo y Barreda. Leguía lanzó su candidatura y apoyado por el Partido Constitucional (cace-

- rista) y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue proclamado “Maestro de la Juventud”, a pesar de no poseer ningún título académico.
- 1924 Exilado en México, Haya de la Torre funda el APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana).
- 1924 Reelección de Leguía, prometiendo, entre otras medidas “rehabilitar al indio a la vida del derecho y la cultura porque ya es tiempo de acabar con su esclavitud que es una afrenta para la República y un crimen intolerable para la justicia”.
- 1924 Dación del nuevo Código Penal, influenciado por los trabajos legislativos suizos y llamado “Código Maúrtua” (en homenaje a su principal redactor), en substitución del primer Código Penal republicano de 1873.
- 1926 Ángel Gustavo Cornejo edita su *Código penal: ley n. 4868 anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania, 1909, Suiza, 1915, Suecia, 1916 e Italia, 1921 y con el Código Penal de la argentina, 1921*.
- 1928 José Carlos Mariátegui funda el Partido Socialista Peruano y publica sus *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*.
- 1933 Dación de una nueva Constitución del Estado, en la que se reconoce garantiza la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades indígenas y sus propiedades.
- 1936 Luis Ángel Hurtado Navas y Luisa Mercedes Pozo Vigil contraen matrimonio, el 4 de marzo de 1936, en Pacaipampa, distrito de la provincia de Ayabaca (fronteriza con el Ecuador), provincia del departamento de Piura.
- 1937 Manuel G. Abastos publica “El delincuente en el Código Maúrtua”, en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, N.º 9, Lima, pp. 13 y ss.
- 1941 Conflicto de límites armado con el Ecuador, conocido como Guerra del 41. Se inició el 5 de julio de 1941 y terminó con la firma, el 29 de enero de 1942, del Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro.
- 1942 Nace José Hurtado Pozo (el segundo de cuatro hermanos), el 7 de marzo, en la ciudad de Ayabaca. La familia se traslada a Chulucanas, capital de la provincia del mismo nombre del departamento de Piura.
- 1942 Entra en vigencia el Código Penal federal suizo, aprobado por la Asamblea Federal de la Confederación suiza el 21 de diciembre de 1937 y elaborado en base a los proyectos de 1916 y 1918 que sirvieron para la elaboración del Código Penal peruano de 1924.

- 1945 Derogación de la Ley de Seguridad Interior.
- 1946 Frecuenta el Jardín de Infancia de Chulucanas, dirigido por su madre y donde aprende a leer y estudia el primer año de primaria en el Centro Escolar de la misma ciudad.
- 1947 Promulgación de la denominada Ley de Yanaconaje, destinada a eliminar la servidumbre.
- 1948 Golpe de Estado del general Manuel A. Odría contra el Presidente Bustamante y Rivero y asume la presidencia del país.
- 1948 Cursa los tres primeros años de educación primaria en el Centro Escolar de Caraz, en el departamento de Áncash.
- 1949 Promulgación de nueva Ley de Seguridad Interior de la República
- 1950 Concluye el quinto año de primaria en la Escuela de Segundo Grado Javier Prado N.º 441 de Lima.
- 1950 Luis Bramont Arias publica *La Ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima.
- 1950 Manuel A. Odría es elegido presidente de la República, y termina su periodo en 1956.
- 1952 Ingresa a la Gran Unidad Escolar Pedro A. Labarthe, donde realiza sus estudios de educación secundaria y que culmina en 1957.
- 1955 Otorgamiento del derecho al voto a las mujeres durante el gobierno de Odría.
- 1956 Gobierno del presidente Manuel Prado Ugarteche, hasta 1962.
- 1956 Inicio de la Revolución cubana, encabezada por Fidel Castro, y que culmina en 1959, con la caída de Fulgencio Batista y la instauración del Gobierno Revolucionario.
- 1958 Santiago Benites Sánchez publica *Derecho Penal Peruano. Comentarios a la parte general del Código Penal*, Lima.
- 1959 Ingresa a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Letras, y dos años después inicia estudios en la Facultad de Derecho de la misma universidad.
- 1959 Invasiones de campesinos a haciendas en diversas regiones, las mismas que duran algunos años. Fundación del MIR (Movimiento de Izquierda Revolucionario) por disidentes del APRA
- 1960 Inicia estudios de lengua francesa en la Alianza Francesa de Lima.
- 1961 Se familiariza con algunas obras de derecho penal latinoamericanas, como el *Tratado de derecho penal* y *La ley y el delito* de Luis Jiménez de

Asúa, el *Derecho penal argentino* de Sebastián Soler, el *Curso de derecho penal chileno* de Eduardo Novoa Monreal o el *Derecho penal* de Ricardo Núñez. Entre los libros alemanes traducidos, estudia los de Binding, Belling, Maurach, Welzel y Maurach. Así como los de Francesco Carrara.

- 1961 Es elegido delegado, como miembro del Frente Estudiantil Revolucionario, y se desempeña como secretario de Cultura del Centro Federado de Derecho. Organiza dos importantes certámenes dedicados a la defensa del petróleo nacional y a la organización de los gobiernos municipales.
- 1962 Frecuenta el curso de ejercicios prácticos de Derecho penal, dictado por Luis Jiménez de Asúa, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 1962 Junta Militar de 1962 a 1963, generales Ricardo Pérez Godoy y Nicolás Lindley y teniente general Pedro Vargas Prada.
- 1962 Julio Espino Pérez publica su *Código Penal. Concordancias*, primera edición, Lima.
- 1963 Gobierno del presidente Fernando Belaunde, hasta 1968.
- 1964 Deviene, mediante concurso, ayudante de cátedra *ad honorem* en Derecho penal, encargado de las clases de ejercicios de casos prácticos, las que realizaba informalmente desde 1960. Establece relaciones estrechas con el profesor Manuel G. Abastos (docente de la sección doctoral y director de la Biblioteca de Derecho, por quien se entera, por primera vez, que el Código Penal de 1924 es una copia de los proyectos suizos de 1916 y 1918).
- 1964 Luis de la Puente Uceda, fundador del APRA Rebelde y del Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR), inicia en Mesa Pelada (Cusco) la rebelión armada, inspirada por la Revolución Cubana, llamada guerrilla Pachacútec.
- 1964 Publicación del libro *Derecho penal. Parte especial*, de Raúl Peña Cabrera, Lima, en cuya elaboración contribuyó ampliamente.
- 1965 Se gradúa de Bachiller en Derecho, sustentando una tesis sobre *La culpabilidad en el Código Penal peruano*.
- 1965 Se intensifican los movimientos armados subversivos: el MIR en la zona del Cusco y Junín, y el ELN en Ayacucho.
- 1966 Obtiene el título de abogado y se registra en el Colegio de Abogados de Lima.
- 1966 Marc Ancel publica *La défense sociale nouvelle*, París.

Primera parte: Introducción general

- 1967 La Confederación Suiza le otorga una beca para realizar estudios en la Universidad de Neuchâtel, en donde se inscribe para realizar una tesis de doctorado bajo la dirección del profesor François Clerc.
- 1967 Contrae matrimonio con doña Luzmila Emperatriz Rivas.
- 1967 Revisión y estudio de las obras de los juristas suizos Clerc, Germann, Logoz, Thormann, von Overbeck, Noll, Jean Graven, Hafter, Schwander, Schultz; así como de los alemanes Roxin, Tiedemann, Jescheck, Larenz, Kaufmann, Stratenwerth; italianos como Bettiol, Antolisei, Bricola; y franceses como Ancel, Bouzat, Pinatel, Pradel.
- 1968 3 de octubre. Golpe de Estado del general Juan Velasco Alvarado: “Revolución de las Fuerzas Armadas”.
- 1968 Aprueba el examen preliminar al doctorado sobre las instituciones jurídicas suizas, impuesto a todo candidato habiendo realizado estudios de derecho fuera de Suiza.
- 1968 Abril. De visita en París, vive los inicios del profundo movimiento social de mayo de 1968.
- 1969 Primera visita al Instituto Max-Planck de Friburgo en Brisgovia, con la finalidad de obtener información bibliográfica y en donde se entrevista con el director, profesor Hans-Heinrich Jescheck, y el responsable de la sección hispano latinoamericana, Dr. H. Z. Mattez.
- 1969 Se decreta el 24 de junio como Día del Campesino, en lugar del Día del Indio y se promulga la Ley de Reforma Agraria.
- 1971 16 de setiembre. Nace Myrtha Mercedes Hurtado Rivas en Neuchâtel.
- 1972 Se gradúa de doctor en derecho en la Universidad de Neuchâtel con la tesis *L'influence du droit pénal suisse sur le Code Pénal péruvien (Partie Générale)*. Publicada el mismo año en Biena (Suiza).
- 1972 Octubre. Regreso a Lima, donde encuentra dificultades para reintegrarse a la docencia en la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos.
- 1972 Es contratado como profesor asociado en dicha universidad y enseña el curso de Derecho Penal III (Delitos contra la seguridad pública, la administración de justicia, etc.).
- 1972 Profesor ordinario asociado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 1972 Establecimiento de relaciones con Carlos Santiago Nino gracias a la intermediación de Roque Carrión Wam, desarrollando relaciones con algunos miembros de la corriente filosófica analítica y la lectura de obras como las de Carrión, Alchourrón, Gioja, Hart, Bulygin, Ross, Rabossi.

- 1973 Publicación de “La teoría del delito (Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal peruano)”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 37, pp. 69-142 (en el cincuentenario del Código Penal de 1924).
- 1973 Publicación de “La condena condicional”, en *Derecho*, revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú N.º 31, pp. 60-80.
- 1974 Inicia estudios de alemán en el Instituto Goethe y de italiano en el Instituto Italiano de Cultura, ambos en Lima (jirón Ica).
- 1974 Profesor auxiliar del Departamento de Derecho Público, Sección Derecho Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 1974 Publicación de “La interpretación de la ley en el derecho penal”, en *Derecho*, revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N.º 32, pp. 162-177.
- 1975 Publicación de *Delitos contra la seguridad pública*, Lima.
- 1975 Becado como docente de la Fundación Alexander von Humboldt para realizar investigaciones en el Instituto Max Planck de Derecho penal y comparado, Friburgo en Brisgovia. Renovada para el año 1976. Establece relaciones con jóvenes penalistas latinoamericanos: Francisco Castillo Gonzales, Edgardo Rotman o suizos como Dick Marty. Así como con algunos profesores alemanes como Klaus Tiedemann.
- 1975 Publicación de “La recepción del derecho penal extranjero y la cultura de la dominación”, dedicado a Jorge Basadre, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 39, pp. 76-97.
- 1975 Lectura de *Surveiller et punir* de Michel Foucault y otros libros suyos, además de algunas obras de Le Goff, Paul Ricoeur, Ferrajoli.
- 1977 Nacimiento de Claudia Sabinne Hurtado Rivas, en Lima
- 1977 Publicación de “Aperçu de la politique criminelle de Pérou”, en *Archives de politique criminelle*, vol. 2, pp. 193-201.
- 1977 Vocal titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, miembro de Tribunales Correccionales.
- 1977 Visitante Distinguido de la ciudad de Huaraz por el honorable Concejo Provincial de Huaraz.
- 1978 Publicación de *Manual de Derecho Penal*, 1.ª edición, Lima (última edición 2011).

Primera parte: Introducción general

- 1978 Asamblea Constituyente, instituida a fines de la dictadura militar de las Fuerzas Armadas (general Francisco Morales Bermúdez), con la finalidad de volver a un régimen democrático.
- 1979 Nueva Constitución Política del Perú, puesta en vigencia desde julio de 1980.
- 1979 Profesor principal ordinario, Sección Derecho Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 1979 Publicación de *La ley "importada": la recepción del derecho penal en el Perú*, CEDYS, Lima.
- 1979 Conformación, con la colaboración del profesor Domingo García Rada, del Grupo Peruano de la Asociación Internacional de Derecho Penal.
- 1980 Inicio de la subversión armada dirigida por Sendero Luminoso (Partido Comunista del Perú-PCP-SL).
- 1980 Publicación de *La nueva Constitución y el derecho penal* (editor), Lima.
- 1981 Vicepresidente de la Asociación Nacional de Magistrados del Perú, fundada el mismo año (primer presidente Carlos Montoya Anguerry) y director de su órgano: la *Revista Judicial*.
- 1981 Junio. Designado por Resolución Ministerial miembro de las comisiones encargadas de elaborar proyectos destinados a derogar o modificar la legislación expedida por el Gobierno Militar.
- 1982 Publicación de *El Ministerio Público: introducción, ley orgánica, concordancias, comentarios, reglamento, índice analítico* (segunda edición, Lima, 1984).
- 1982 Marzo. No ratificación como vocal de la Corte Superior de Lima por la Sala Plena de la Corte Suprema de la República.
- 1983 Profesor invitado en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Friburgo, Suiza.
- 1985 Primer gobierno del presidente Alan García Pérez, hasta 1990.
- 1985 Profesor ordinario en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Friburgo (Suiza).
- 1985 Abril. Lección inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, Suiza, sobre: "Le principe de la légalité, le rapport de causalité et la culpabilité: reflexions sur la dogmatique pénale", en *Revue Pénale Suisse*, 104 (1987), pp. 25 ss.
- 1986 Presidente de la Comisión de Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, Suiza.

- 1986 Publicación de *L'homme cet inconnu* (con Adrian Holderegger, Marcel Piérart, Wolfram Schultz), Friburgo (Suiza).
- 1987 Mediante Fernando Velásquez Velásquez, conocido en 1993 en el Instituto Max Planck de Friburgo en Brisgovia, se relaciona con diversos penalistas colombianos: Nodier Agudelo, Fernando Tocora, Carlos Gálvez Argote, Hernando Londoño Berrío. Además, se vincula con los penalistas españoles José Luis de la Cuesta, Luis Gómez Colomer y José Luis Díez Ripollés.
- 1988 Declarado Visitante Ilustre de la Ciudad del Cusco, por la Municipalidad de la misma ciudad.
- 1988 Publicación de *Droit pénal. Partie spéciale 1. Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle*, Friburgo (Suiza).
- 1988 Fundador y director de la revista *Anuario de Derecho Penal*, Lima. Difundida también en el siguiente portal: <<http://perso.unifr.ch/derecho-penal>>.
- 1989 Miembro del Consejo del Instituto de Federalismo de Friburgo, hasta 2012.
- 1989 Caída del Muro de Berlín.
- 1990 Honrado como Profesor Honorario de la Universidad Nacional del Altiplano, Puno.
- 1990 Primer gobierno del presidente Alberto Fujimori, hasta 1995.
- 1990 Forma parte de la Comisión de Expertos en Derecho penal por convocatoria del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, a invitación del Gobierno de las Islas Baleares y con la cooperación de la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena, elaborando el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal el 16 de febrero de 1992.
- 1991 Entra en vigencia el nuevo Código Penal de 1991.
- 1991 Distinguido como Profesor Principal Honorario de la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa.
- 1991 Distinguido como Profesor Honorario de la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez”.
- 1992 5 de abril. Autogolpe del presidente Alberto Fujimori. Disolución del Congreso.

Primera parte: Introducción general

- 1992 12 de setiembre. Captura de Abimael Guzmán Reynoso, dirigente principal de Sendero Luminoso, con lo que comienza la derrota de la subversión.
- 1993 Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo (Suiza), hasta 1996.
- 1993 Publicación del *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio*, Lima.
- 1993 Constitución Política elaborada por el Congreso Constituyente Democrático convocado por el gobierno de Alberto Fujimori, después del autogolpe de 1992. Fue aprobada por referéndum en 1993.
- 1994 Publicación de *Manual de derecho penal. Parte especial 2: Aborto*, Lima.
- 1995 Segundo gobierno de Alberto Fujimori, hasta 2000.
- 1995 Egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Huamanga, Ayacucho, dan el nombre de “José Hurtado Pozo” a su promoción.
- 1995 Egresados de la Sección de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, atribuyen a su promoción el nombre de “José Hurtado Pozo”.
- 1996 Fallecimiento de don Luis Ángel Hurtado Navas, en Lima.
- 1996 Traducción de la obra de Thomas Fleiner, *Was sind Menschenrechte* (Pendo, Zúrich, 1996): *Derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- 1996 Publicación de *Derechos culturales*, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo (Suiza), Lima.
- 1996 Junio. Visita a México y participación en el Seminario Internacional Justicia y Sociedad en México, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- 1996 Relaciones con el Centro de Política Criminal y Criminología de México, dirigido por Moisés Moreno, deviniendo uno de sus miembros, lo que le permite frecuentar penalistas como Antonio Beristain Ipiña, José Cerezo Mir, Carlos María Romeo Casabona, Enrique Gimbernat Ordeig, Santiago Mir Puig, Manuel Jaén Vallejo, Carlos E. Muñoz Pope, Wolfgang Schöne, Eugenio R. Zaffaroni y John A. Vervaele.
- 1997 Fallecimiento de doña Luisa Mercedes Pozo Vigil, en Lima.
- 1997 Experto del Equipo de Justicia de la Misión de Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA) (abril-julio).
- 1998 Miembro Especial del Colegio Nacional de Abogados de Panamá y Miembro Honorario del Movimiento de Abogadas Gremialistas (MAG) de Panamá.

- 1998 Publicación de *Droit pénal. Partie spéciale, 2. Infractions contre l'honneur, le domaine secret ou le domaine privé et la famille*, Zúrich.
- 1999 Publicación de *Nociones básicas de derecho penal. Parte general*, Guatemala.
- 2000 Fuga del presidente Alberto Fujimori al Japón. El Congreso designa al presidente del Congreso, Valentín Paniagua, como presidente provisional (Gobierno de Transición).
- 2000 Miembro activo de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano, cuyos trabajos se desarrollaron durante tres años.
- 2000 Distinción como Profesor Honorario de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa.
- 2000 Distinción como Profesor Honorario de la Universidad Privada de Moquegua.
- 2001 Gobierno del presidente Alejandro Toledo, hasta 2006.
- 2001 Publicación de *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada* (coeditor con Bernardo del Rosal Blasco, Rafael Simons Vallejo), Valencia (España).
- 2002 Profesor Huésped del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), México D. F.
- 2002 Publicación de “La répression pénale des comportements conformes aux traditions culturelles”, en *La pierre angulaire. Le “flou crucial” des droits culturels*, Friburgo (Suiza), pp. 145-178.
- 2003 Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Trujillo.
- 2003 La Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo de Trujillo oficializa como “José Hurtado Pozo” el nombre de la XI Promoción.
- 2004 Miembro de la Comisión de la Biblioteca Cantonal y Universitaria de Friburgo, hasta 2007.
- 2005 Jefe del Departamento de Derecho Penal en la Universidad de Friburgo (Suiza), hasta 2012.
- 2006 Segundo gobierno del presidente Alan García, hasta 2011.
- 2006 Naturalización como ciudadano suizo.
- 2006 Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Cajamarca.
- 2007 Puesta en vigencia de la reforma sustancial de la parte general del Código Penal suizo, con la que culmina prácticamente la larga reforma que comenzó con la modificación de la parte especial y efectuada de manera gradual.

Primera parte: Introducción general

- 2007 Distinción como Visitante Distinguido por el Ayuntamiento Constitucional de Tuxla Gutiérrez, Chiapas, México.
- 2007 Publicación de *La citoyenneté et le système de contrôle pénal, Conférences Aquinas – Fribourg/Suisse 2006* (director: José Hurtado Pozo), Universitäts Friburgensis / Centre International de Criminologie Comparée, Friburgo / Montreal.
- 2007 Publicación de *Festschrift für Franz Riklin. Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag* (editores: José Hurtado Pozo, Marcel Niggli y Nicolas Queloz), Zürich.
- 2008 Profesor Honorario de la Academia de la Magistratura del Perú.
- 2008 Publicación de *Droit pénal économique* (coeditor con Olivier Thormann), Ginebra/Zúrich/Basilea.
- 2008 Publicación de *Droit pénal. Partie générale*, edición revisada, refundida y aumentada, Ginebra/Zúrich/Basilea.
- 2008 Publicación de “Verschulden, individuelle Strafzumessung und kulturelle Faktoren”, en *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Colonia, pp. 367-381.
- 2009 Incorporado como Miembro Honorario de la Asociación de Magistrados de Cañete.
- 2009 Publicación de *Droit pénal. Partie spéciale*, nueva edición revisada y aumentada, Ginebra/Zúrich/Basilea.
- 2009 Publicación de una versión apócrifa, como tercera edición, del *Manual de Derecho Penal* e inicio de proceso administrativo ante el Indecopi.
- 2010 Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 2010 Publicación de *Droit pénal et cultures. Réflexions* (coeditor con Thierry Godel), Zürich.
- 2011 Gobierno de Ollanta Humala Tasso (hasta 2016).
- 2011 Publicación de *Droit pénal general [Abrégé]*, Schulthess, Zürich; 2.^a ed., 2013.
- 2011 Distinguido con la condecoración de la Orden “Francisco García Calderón” del Colegio de Abogados de Lima.
- 2011 Reconocimiento como Profesor Distinguido de parte de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- 2012 Publicación de *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo* (editores: Nicolás Queloz, Marcel Alexander Niggli

- y Christof Riedo), Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo (Suiza), Schulthess, Zúrich.
- 2013 Promoción al nivel de profesor ordinario principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2013 Publicación de *Libro homenaje a José Hurtado Pozo: Jurista de dos mundos*, por juristas peruanos y extranjeros, Idemsa, Lima.
- 2013 Peruano distinguido en el extranjero, otorgado por el Ministerio de Relaciones Internacionales del Perú.
- 2013 Reinicio parcial y temporal de la docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y dificultades académicas para continuar en la docencia activa.
- 2013 Profesor contratado de la Sección de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 2014 “Orden al mérito por servicios distinguidos”, en el grado de Gran Cruz, por la Academia de la Magistratura del Perú.
- 2015 Publicación de *Compendio de derecho penal económico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- 2015 Culminación del proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial, mediante sendas resoluciones dictadas por la Sala Suprema Constitucional y Derechos Humanos, reconociendo los derechos de autor de José Hurtado Pozo contra las pretensiones de los autores de la publicación apócrifa del *Manual de derecho penal*.
- 2015 Consultor Internacional de la firma Corporate Compliance SAC (Lima).
- 2016 Publicación de *El sistema de control penal*, recopilación de escritos de José Hurtado Pozo (coordinado por Fidel Mendoza, Pedro Pablo Cairampoma y Guillermo Astudillo).

§ 2 CORRESPONDENCIA

I

Carta* del profesor Manuel G. Abastos: estancia en Alemania de José Hurtado Pozo

Lima, 22 de diciembre de 1974.
Señor don José Hurtado.
Freiburg - Alemania Occidental.

Apreciado amigo:

Grata sorpresa me ha deparado su carta. Su retorno a Alemania revela su firme vocación de penalista.

Me dice Ud., que va a comentar la parte general del CP. El *comentario*, tal como lo han entendido en el Perú algunos civilistas, es precedente que no deben seguir los penalistas. Comentar la *parte general* de un CP, como el nuestro, artículo por artículo, tiene limitaciones y, como método, es más adecuado para exponer los delitos en especie. La exposición de los *principios generales*, de esta manera, es método aislante que no permite ver las relaciones y contradicciones entre preceptos oriundos de distintas fuentes y que el legislador ha distribuido bajo amplios epígrafes de diverso contenido. Solo el estudio crítico de las *instituciones* permite ver la orientación, excelencias y defectos de la ley y hacer recomendaciones de *lege ferenda* a la luz de las nuevas doctrinas y con el apoyo

* Versión manuscrita. Archivo personal de José Hurtado Pozo.

José Hurtado Pozo

de la legislación comparada. Estudio que requiere trabajo y perseverancia y que Ud., puede hacer porque tiene condiciones para ello y dispone de una rica bibliografía, en un instituto donde hay profesores generosos que sabrán asistirlo.

Y ahora una pregunta: ¿Ud., expondrá la ley en su letra original o tomaría en cuenta las reformas que se han hecho desde 1968?

Le escribo con que tardanza, pero no puedo dejar de hacerlo hoy para deseársle una Feliz Navidad y un Año Nuevo con muchos proyectos.

Le abraza cordialmente

Fdo. M. G. Abastos

II

Carta* del profesor François Clerc** respecto de la designación de José Hurtado Pozo como su sucesor en la cátedra de Friburgo, Suiza

FONDATION INTERNATIONALE PÉNALE ET PÉNITENTIAIRE
INTERNATIONAL PENAL AND PENITENTIARY FOUNDATION
Siège social: Berne (Suisse - Switzerland)

CH 2072 St Blaise, 4 de mayo de 1981

Querido amigo:

Desde hace mucho tiempo me proponía escribirle, y ahora, estoy obligado a hacerlo: usted sabe que debo jubilarme y que mi cátedra de Fribourg estará vacante desde el otoño próximo. Uno de mis colegas, el profesor Tercier, le ha escrito preguntándole si estaría dispuesto a sucederme. Esperábamos su respuesta, pero no nos ha llegado. Por lo que la Comisión de nominación me ha encargado de escribirle para indagar sobre sus intenciones y sobre todo de rogarle de comunicárnoslas lo más pronto posible. Es pues una orden que obedezco y repetiré lo que he dicho a la Comisión: “tuviese que escogerme un sucesor, no escogería otro que usted”.

* Versión manuscrita. Archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

** Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Universidad de Neuchâtel. Autor de numerosas obras y ensayos, particularmente *Initiation à la justice pénale en Suisse*, I.

José Hurtado Pozo

Pero veo los obstáculos: se trata de expatriarse y escoger la humilde carrera universitaria, en un país muy lejano. Me coloco en su lugar, agregando que si usted diría sí, sería cosa realizada y muy felizmente.

Cierto, si fuera de esperar algunos meses su llegada, sería posible de prever un ínterin. Esto es evidente.

Puedo entonces solicitarle de informarme rápidamente sobre si acepta o no este llamado y, llegado el caso, en qué plazo podría asumir dicho cargo. Mis colegas ven el tiempo pasar y se preguntan qué hacer: no tenemos penalista disponible en Suiza y el que solo entraría en consideración está muy lejos de obtener la unanimidad.

Disculpándome de escribirle si escuetamente sobre una cuestión tan grave, le ruego creer, querido amigo, el enorme placer que siento de dirigirle esta “intimación”, esperando que tenga una acogida favorable.

Fdo. François Clerc

§ 3

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS SOBRE OBRAS DEL AUTOR

I

Comentario de Carlos Santiago Nino* a la obra de José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal.* *Parte general* (primera edición, Sesator, Lima, 1977**)

El autor de esta obra es profesor de Derecho penal en la Universidad de San Marcos, Perú, y es también vocal de la Corte Superior de Lima, ha obtenido su doctorado en la Universidad de Neuchâtel, Suiza, y ha realizado estudios en el Max-Planck-Institut de Alemania Federal.

El libro constituye una excelente introducción a la parte general del derecho penal, me animo a decir que constituye uno de los mejores manuales de la materia que he leído en español.

Este juicio está fundado principalmente en los aspectos originales que distinguen en especial a las dos primeras de las cuatro partes de que está compuesto el manual.

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires, filósofo y jurista. Autor de diversas obras: *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos Aires, 1989), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (México D. F., 1974), *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica* (Valencia, 1980), *Los límites de la responsabilidad penal* (Buenos Aires, 1980), *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, 1984), entre otros.

** Publicado en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, pp. 734-736.

En la primera parte —que lleva por título “Fundamentos generales”— se hace una reseña histórica de la evolución del derecho penal en el Perú. El mérito de este desarrollo consiste en eludir la concebida enumeración de proyectos y sanciones legislativas (que suele constituir una irresistible invitación a saltar las páginas correspondientes) y encarar, en cambio un perspicaz análisis de los factores que han influido en el desenvolvimiento del derecho penal peruano, y de los problemas generados por la recepción de modelos legislativos extranjeros.

En la segunda parte sobresale el capítulo dedicado a la interpretación de la ley penal. En él se recoge —lo que es inusual en un penalista de formación germánica— los aportes de pensadores vinculados con la filosofía analítica como Hart, Ross, von Wright y Carrió. Esto permite al autor adoptar un enfoque realista hacia indeterminaciones del sistema jurídico, prescindiendo del velo conceptualista con el que la dogmática penal suele cubrirlas.

Creo que la tercera parte del trabajo —dedicada a la teoría del delito—, en comparación con las contribuciones recién mencionadas, y teniendo en cuenta la inquietud que demuestra el autor por una renovación del aparato conceptual y metodológico de la ciencia jurídica, no está lograda como las restantes. Aun cuando la lectura de esta parte resulta provechosa por combinar un gran caudal de información, sobre todo respecto a la literatura alemana, con un lenguaje inteligible y llano (combinación más bien infrecuente), sin embargo, se echa aquí de menos cierto toma de distancia respecto de la teoría del delito continental-europea que permita evaluar sus presupuestos y metodología. Por ejemplo, el autor no se explaya acerca de la función o finalidad que se pretende satisfacer con el concepto de tipo (en el sentido de “tipo sistemático”), lo cual constituye uno de los defectos más llamativos y persistentes de la dogmática penal vigente: a pesar de las discusiones *ad nauseam* acerca de qué debe incluir el tipo, muy pocos se hacen la pregunta obvia ¿para qué sirve el concepto de tipo? Según veo yo las cosas, el único objetivo plausible que se puede satisfacer con la introducción de un concepto de tipo diferente al de “tipo de garantía” (relacionado este último con el principio de legalidad) es, como surgía del artículo 59 del anterior código penal alemán, delimitar las circunstancias fácticas que deben ser alcanzadas por las actitudes subjetivas requeridas por lo que no tiene sentido incluir entre aquellas circunstancias a estas actitudes (me extendiendo más acerca de esto en *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, cap. I).

También se advierte cierta falta de evaluación crítica de la teoría del delito ortodoxa en la inclinación del autor por aceptar soluciones subjetivistas (por ejemplo, respecto de la tentativa y de las causas de justificación), que el finalismo puso en boga en Alemania, sin preguntarse por los presupuestos valorativos que determinan esas soluciones.

Aunque el punto es controvertible, merece un análisis más amplio (que encaro en ob. cit., cap. IV), me aventuro a expresar mi opinión de que los criterios que toman en cuenta —como fundamento, y no como límites de la punición— la disposición subjetiva del agente hacia la generación de daño o peligro, en vez de satisfacerse con el daño o peligro objetivamente generados, están intrínsecamente asociados con una concepción perfeccionista del derecho penal, que entiende, a diferencia de la concepción liberal, que el Estado tiene por misión prevenir no solo el daño a terceros, sino también la autodegradación de los propios agentes.

Me parece, asimismo, que en esta tercera parte del libro hay algunos temas —como el de la causalidad o el de la *actio libera in causa*— que están tratados con más rapidez de lo que es conveniente, lo que contrasta con la notable minuciosidad con que el autor trata los temas incluidos en la cuarta parte —tentativa, participación y concurso—.

A pesar de estas observaciones, debo insistir en que el libro provee un material de lectura sumamente interesante para los estudiantes y para todos aquellos que quieran ponerse al día con esta disciplina. Es más, algunos de los aspectos de este manual resultan tan atractivos y novedosos que es lamentar que el hecho de estar referido a un sistema jurídico que no es el nuestro limite sus posibilidades de utilización en nuestras universidades.

En suma, este libro es uno de los pocos manuales de derecho penal escritos últimamente en lengua castellana que nos lleva a preguntarnos “¿para qué se habrá escrito este libro” La escasez de verdaderos investigadores en derecho penal —como en otras materias jurídicas— en esta parte del mundo, es inversamente proporcional al aluvión de obras que se escriben en la especialidad, muchas de las cuales carecen de toda originalidad en las ideas expuestas repiten información que se puede encontrar fácilmente en los tratados tradicionales de la materia, son demasiado oscuras, recargadas y extensas para ser utilizadas por los estudiantes. Hay muy pocos abogados que hayan obtenido una cátedra de Derecho penal y que no se vean tentados de justificar retroactivamente su designación publicando “su” manual (para desdicha de los alumnos que son invitados a servirse de él), aun cuando no sepan muy bien qué van a decir en tal *opus magna*. Hurtado Pozo, en cambio, es un genuino especialista de la materia que sabe lo que dice en su libro y lo dice bien.

II

Carta* del profesor Hans-Heinrich Jescheck** (traducida del alemán) sobre el libro *Manual de derecho penal. Parte general*, de José Hurtado Pozo

D-78 Freiburg im Breigau, 30-11-1978
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstrasse 72

Tel. (0761) 7 1058/59

Señor profesor
Dr. José Hurtado Pozo
Lima, Perú

Muy estimado Señor Hurtado:

Muchas gracias por el envío de su Manual de Derecho Penal. Parte General.

Creo que, con la realización de esta obra, la cual por su amplitud va más allá de un “Manual” en el sentido corriente, ha efectuado una contribución esencial a la ciencia del derecho penal peruana y muy probablemente también a la latinoamericana.

Su conocimiento del derecho penal suizo y alemán, de su evolución histórica, irradiación y discusiones actuales, la ha vinculado usted, de mane-

* Versión dactilografiada. Archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

** Profesor de derecho penal en la Universidad de Friburgo en Brisgovia. Autor de diversas obras científicas, en especial, del *Lehrbuch Strafrecht Allgemeiner Teil*. Fue director del Instituto Max Planck de Derecho penal internacional y comparado de dicha ciudad.

ra magistral, con la interpretación original del Código Penal peruano, el cual —como usted lo señala— ha sido influenciado de manera decisiva por los proyectos suizos de Código Penal de 1915, 1916 y 1918.

Mi agradecimiento por la amable referencia a mi persona y al instituto en su prólogo. Me alegra que su estancia en el instituto haya contribuido a obtener un resultado fructífero, y quiero expresarle mis deseos de que su libro constituya un estimulante para que se efectúen otras investigaciones en el ámbito del derecho penal peruano y latinoamericano. En este sentido espero que su libro alcance una gran difusión.

Con mis cordiales saludos, también para su distinguida señora.

Fdo. H. H. Jescheck

III

**Comentario de César Eugenio San Martín Castro* a
la obra de José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal*.
Parte general
(segunda edición, Eddili, Lima, 1987, 640 pp.**)**

El profesor de la Universidad de Friburgo, Suiza, y exvocal de la Corte Superior de Lima, Dr. José Hurtado Pozo continúa con su labor científica: publicando la segunda edición de su ya imprescindible *Manual de Derecho Penal*, cuya primera edición fue lanzada en el año 1978.

Este trabajo, como lo anota el autor en el prólogo, respeta en lo esencial lo desarrollado en la primera edición y apunta a actualizar y revisar los contenidos dogmáticos y función al “cambio de la Constitución y de algunos actos de reforma del Código Penal” (p. 12).

En su conjunto hay determinadas líneas maestras que esta obra desarrolla y que es necesario resaltar debidamente. Como primer punto destacan las investigaciones en orden a las fuentes del Código Maúrtua, de base esencialmente helvético; estudiadas en su tesis doctoral y continuó en el año 1979 con su monografía acerca de la ley importada. También es significativa la permanente advertencia a todos aquellos que estudian nuestro ordenamiento penal de tener sumo cuidado en el manejo de la bibliografía extranjera, cuyo paso previo debe ser constatar si los supuestos legislativos son idénticos.

* Profesor de derecho procesal penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez de la Corte Suprema. Autor de múltiples obras y artículos de revista, en especial, *Derecho procesal penal* (2 tomos).

** Publicado en *Anuario de Derecho Penal*, 1988, pp. 101 ss.

Otro punto relevante es la permanente crítica tanto a la escasa dogmática nacional como —fundamentalmente— a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Respecto a lo primero apunta a hacer notar que el sustento doctrinario utilizado se inspira en penalistas que desarrollan sus investigaciones en base a una estructura legislativa distinta a la nuestra, lo que es más notorio en el estudio de la tentativa y del concurso. En cuanto a lo segundo es de mencionarse, como dato principalísimo, que se ha efectuado una búsqueda meritoria a toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido publicada, la cual es muy escasa, dispersa y, por su excesiva concisión, de difícil comprensión y evaluación, trabajo que otro autor antes no había desarrollado en el contexto de una obra dogmática de largo aliento. De este análisis selectivo de las ejecutorias supremas se colige fundamentalmente el interés que se tiene, primero, de entender el trabajo judicial y los aportes de los jueces supremos en la interpretación de la ley penal de la ciencia penal, de la jurisprudencia nacional.

En su aspecto metódico se aborda el estudio de lo que se denomina la introducción del derecho penal en el tiempo y en el espacio, y la teoría del delito. Obviamente, deja —para un futuro, que esperamos sea muy próximo— todo lo relativo a las consecuencias jurídicas del delito, que contemporáneamente, como apunta Bacigalupo (en *Manual de Derecho Penal*, 1.ª edición, Temis, Bogotá, 1984, Prólogo); labor que el autor ha parcialmente enfocado en trabajos menores dedicados a la modificación del sistema de penas del 18 de marzo de 1971 y a la condena condicional (véase *Revista Derecho*, N.º 30, 1971, pp. 103 y ss. y N.º 31, 1972, pp. 60 y ss.).

Un análisis muy interesante se realiza en la denominada obediencia debida (p. 391), aunque creemos que no se formulan mayores alcances en la problemática de las órdenes militares o policiales, situación que es de particular importancia en los momentos actuales, específicamente en la lucha contra el terrorismo dentro de los marcos de un Estado de Derecho. Sobre el particular debe enfatizarse: a) que la ordena antijurídica no tiene efecto justificante en ningún caso; b) que no existen órdenes antijurídicas obligatorias, pues en el Estado de Derecho no puede haber tal obligación; y c) que desde el punto de vista del que debe soportar el cumplimiento de la orden siempre es posible la defensa necesaria (cfr. Enrique Bacigalupo, *ibíd.*, p. 134).

También merece destacarse el exacto tratamiento de la problemática de la tentativa. Se delinea con toda precisión sus alcances, su afiliación como punto de partida a la concepción subjetiva combinándola con el criterio objetivo de “comienzo de ejecución” de la infracción, esto es su afiliación intermedia (p. 463). De este modo recomienda, a final de cuentas, la concepción objetivo-

individual para definir lo que debe entenderse por “comienzo de ejecución”; tesis que, por lo demás, ha sido incorporada legislativamente en el artículo 22 de la Ley Alemana de Reforma de la Parte General del Código Penal (cfr. H. H. Jescheck, *ibíd.*, p. 706).

En la participación criminal, luego de un desarrollo exhaustivo de esa institución, termina concluyendo que la teoría del “dominio funcional del hecho”, de amplia recepción en la dogmática alemana, es de base eminentemente subjetiva y por ello inaplicable a nuestro ordenamiento penal que privilegia el elemento objetivo en la definición de coautoría y de la complicidad (p. 532). Creemos, sin embargo, que tal objeción es inatendible, pues —como apunta el profesor Zaffaroni—, “el criterio del dominio del hecho se rige por aspectos tanto objetivos como subjetivos, puesto que el señorío del autor sobre el curso del hecho lo proporciona tanto la forma en que se desarrolla en cada caso la causalidad como la dirección que a la misma se le imprime” (*Manual de Derecho Penal*, 3.^a edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 496).

Finalmente, son muy meritorias las objeciones que puntualmente se van exponiendo a lo largo del Manual al Proyecto de Código Penal de agosto de 1985. Las críticas consignadas deben ser adecuadamente meditadas, pues revelan no solo acierto sino una prístina intención de colaborar a la adecuada formulación de una política criminal que responda al desafío de la criminalidad en un país como el Perú.

IV

Comentario de Domingo García Rada* a la obra de José Hurtado Pozo, *El Ministerio Público* (primera edición, Sesator, Lima, 1981, 307 pp.**)

La nueva Constitución ha creado instituciones en el ordenamiento legal peruano como es el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Distinto es el caso del Ministerio Público que existe con ese nombre desde 1940, pero le concede atribuciones y facultades que antes no tenía y lo establece como entidad autónoma, con independencia del Poder Judicial al cual pertenecía. En realidad, es nueva la institución denominada Ministerio Público establecida en la Constitución de 1979.

En el artículo 250 señala las atribuciones que le corresponde al Ministerio Público y en el artículo 251 establece cuáles son los órganos del Ministerio Público y a la cabeza se encuentra el fiscal de la Nación, como máximo representante de la institución.

Tanto el fiscal de la Nación como los fiscales ante la Corte Suprema son nombrados por el presidente de la República y requieren ratificación del Senado. Todos tienen la categoría de magistrados supremos.

La Ley Orgánica de Ministerio Público —Decreto Legislativo N.º 52— precisa los caracteres de la institución señalando las atribuciones y competencias

* Profesor, magistrado especialista en derecho penal y derecho procesal penal. Fue presidente de la Corte Suprema y del Jurado Nacional de Elecciones. Autor de libros y artículos especializados, principalmente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, *Sociedad anónima y delito*, *El delito tributario*, *Memorias de un juez*.

** Publicado en *El Comercio*, Suplemento *Dominical*, Lima, 31 de enero de 1982, p. 7.

de los fiscales supremos, superiores y provinciales y creando como órgano la Junta de fiscales.

El doctor José Hurtado Pozo, magistrado de la Corte de Lima y profesor universitario de Derecho penal con estudios en Friburgo (Alemania) y doctorado en Neuchâtel (Suiza) presenta un excelente trabajo sobre esta institución en el que formula apreciaciones interesantes, en unos casos se pronuncia favorablemente y, en otros, critica las disposiciones que considera inconvenientes.

Obras como esta son recomendables no solo porque estudian instituciones nuevas, sino porque lo hacen con seriedad y dominio de la materia.

Tres partes contiene la obra: Introducción —que es el estudio de la institución—, la Exposición de Motivos y la Ley Orgánica del Ministerio Público, incluyendo como anexo el comentario a algunas disposiciones reglamentarias.

La Introducción está destinada al estudio crítico de la institución y sin dudar, es la parte más interesante de la obra. Se ocupa de la historia del Ministerio Público, del fiscal de la Nación, los fiscales supremos, los superiores y los provinciales, señalando competencia y atribuciones. Examina finalmente la participación del Ministerio Público en los procesos civil, penal y contencioso administrativo.

Veamos los principales puntos tratados.

1. Defensa de la legalidad

Es el nombre que le otorga la Constitución. Pero quizás con más propiedad, se diría que es defensa del Estado de derecho.

En los países nórdicos esta función es confiada al Comisionado Legislativo, llamado *ombudsman*. La institución ha sido introducida en Dinamarca, Noruega, Suecia, Alemania Federal, Australia, Nueva Zelandia, en unos Estados del Canadá y de Estados Unidos, etc. El *mediateur* francés tiene atribuciones menores que el *Ombudsman* y no cumple esta función de protección de la legalidad.

Como medio de proteger derechos de los ciudadanos, el Ministerio Público recibe las quejas de personas e instituciones contra actos de la administración para poner fin a situaciones que constituyen violación de la ley, y restablecer el imperio de la legalidad.

De modo inmediato hace cesar situaciones irregulares ocasionadas por exceso de poder de la autoridad. También puede intervenir si la situación irregular proviene del particular que se niega a acatar el mandato de la autoridad.

En ambos casos la intervención del Ministerio Público tiene como objetivo hacer prevalecer la legalidad.

2. Intervención en el proceso penal

El Ministerio Público no interfiere en la administración judicial. No sanciona jueces y solo está autorizado para denunciarlos a la Corte Suprema, quien es la encargada de iniciar el respectivo proceso disciplinario.

El Ministerio Público interviene denunciando los hechos delictuosos, pues la ley le confiere la acción penal. Hurtado lo llama “órgano requiriente y consultivo”. Junto con el juez busca la justicia y “en el ámbito penal es un componente de los órganos jurisdiccionales”.

En el proceso penal es algo más que parte. Participa de la función jurisdiccional del juez “aunque con distinto contenido”, dice Hurtado.

No es director de la instrucción como el juez, pero aporta pruebas y participa decisivamente en la investigación judicial.

Colabora con la Policía desde el inicio de la investigación, vigilando el respeto de los derechos humanos y ayudando a descubrir al delito y su autor.

Considera Hurtado que la disposición de los incisos 2 y 4 del artículo 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público excede a la Constitución pues conforme al artículo 232 la potestad de administrar justicia se ejerce por los jueces y tribunales, no por la Policía ni por el Ministerio Público.

Es en el campo penal donde interviene el Ministerio Público en forma completa, desde la etapa policial hasta la conclusión de la instrucción.

La intervención en la etapa policial es importante porque evita excesos de la policía —ciertos o proclamados— pero que de todas maneras afecta el prestigio de la institución.

La investigación policial sigue fundamentalmente en manos de la policía, que es la responsable del atestado. El Ministerio Público vigila su desarrollo e interviene en resguardo de los derechos del detenido.

Considera beneficioso que la ley califique de “elemento probatorio” al atestado, realizado por la Policía con intervención del Ministerio Público.

El juez, por su parte, puede actuar pruebas de oficio puesto que la Constitución le encarga la investigación de los delitos y esto se permite ordenar la realización de aquellas diligencias que considere necesarias para esclarecer la verdad.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal, dice la ley. Es el receptor obligado de denuncias a las que remite al juez instructor de turno, quien puede o no abrir instrucción. La opinión del fiscal provincial no obliga al juez.

Pero es inconveniente lo que luego dispone la ley: si el fiscal provincial considera que no procede la denuncia, no le da trámite. Contra esta decisión, solo procede queja ante el fiscal superior y con lo que este resuelve, concluye. Para el Dr. Hurtado, “resulta una aberración jurídica la admisión que el Ministerio Público decida sobre la acción penal”. En realidad, es conceder al Ministerio Público la facultad que la Constitución otorga a jueces y tribunales.

La detención del inculcado debe ser puesta en conocimiento del Ministerio Público. Esta notificación no legitima la detención pero permite que el fiscal provincial velando por los derechos humanos de la persona detenida, haga cesar la detención o pida diligencia inmediatas para la pronta solución del caso. Debe velar por la exacta aplicación de la ley. Señala el Dr. Hurtado que la facultad de tomar medidas coercitivas, la concede la ley al Ministerio Público para que pueda cumplir con las atribuciones que se encomiendan. Su naturaleza y duración depende de los hechos que la motivan. Pero esta facultad no le permite ordenar detenciones de personas, allanamiento de locales y domicilios, incautaciones de correspondencia, retiro de especies, etc.

Tiene como obligación probar los cargos formulados en la denuncia. Es la carga de la prueba que el Código concede al juez y la Ley Orgánica del Ministerio Público la traslada al fiscal provincial.

En esta obligación de probar los cargos —dice el autor— “radica su peculiar participación en la esencia misma de la función judicial”. De la leal y eficaz colaboración entre el Ministerio Público y juez depende el éxito de la investigación. Debe desecharse toda emulación, recelo en la función o cuestionamiento infundado. Si lo hubiere peligra la investigación.

Concluye esta primera parte con el estudio de la intervención del Ministerio Público en el proceso civil y en lo contencioso administrativo, temas a los que el autor dedica menos espacio dado que la principal función del Ministerio Público se desarrolla en el área penal.

En la segunda parte, el Dr. Hurtado transcribe el texto de la Ley Orgánica del Ministerio Público tomado de la edición oficial publicada por el Ministerio de Justicia.

Después del texto de artículo siguen las fuentes originales, proveniente de legislación extranjera; luego las concordancias con la legislación nacional, y con-

cluye con un comentario crítico del artículo. Es muy completo este examen de la ley. Ubica cada artículo precisando sus antecedentes, lo relaciona con la ley nacional y concluye con la exégesis completa de la norma. La alta calidad intelectual del Dr. Hurtado Pozo conocida por los estudiosos del Derecho penal es garantía de acierto en la crítica.

Se completa el texto de la Ley Orgánica con el Índice Analítico de la misma, lo que facilita su manejo.

En la última parte, el Dr. Hurtado examina algunas disposiciones reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo N.º 005-81-JUS de 21 de abril de 1981.

Este comentario es extenso y el autor señala la inconveniencia de algunas de estas normas, que considera debieron ser materia de ley y no de resolución suprema.

El profesor Hurtado nos ofrece una obra interesante y oportuna. Nos permite conocer esta nueva institución cuyas actividades iniciales vemos con atención. La Ley Orgánica concede al Ministerio Público tantas y tan delicadas atribuciones que su buen ejercicio redundará en el fortalecimiento del Estado de Derecho que todos anhelamos para el Perú.

Debe destacarse que es un magistrado de segunda instancia, el autor de esta obra. Estamos acostumbrados a que solamente los profesores universitarios publiquen comentarios a la legislación nacional. Pero quienes administran justicia están en excelentes condiciones de hacerlo, sobre todo aquellos que añaden la práctica judicial a la docencia jurídica y este conjunto es invaluable.

Todo el pequeño mundo de la justicia en movimiento, que es la que crea la jurisprudencia, se pierde casi en su totalidad, porque quienes administran justicia no vuelcan su experiencia escribiendo libros.

Debemos felicitarlos que magistrados como el Dr. Hurtado Pozo roben tiempo a su legítimo descanso para publicar obras en que se estudie instituciones nuevas y tan importantes como el Ministerio Público.

V

Carta* del Sr. Prof. Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba
sobre la obra de José Hurtado Pozo, *La Ley “importada”*.
La recepción del derecho penal extranjero en el Perú
(Cedys, Lima, 1979, 152 pp.)**

Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Casilla 211-V, Valparaíso, Chile

Viña del Mar, 12 de abril de 1992.

Sr. Prof. Dr. José Hurtado Pozo.
Friburgo (Suiza).

Mi distinguido y estimado colega:

Apunto estaba de escribirle y para acusarle recibo de su magnífico libro *La Ley “importada”* y darle las gracias por su envío, y pensaba hacerlo a la dirección que figuraba en el remite del paquete, esto es Antonio de la Guerra, 639, en Lima-13, cuando he recibido su atenta tarjeta, de Friburgo de Brisgovia, del 27, y así le despacho ahora la respuesta a esa.

Tiene usted mucha razón en lo de la lejanía y el desconocimiento que existe entre los estudiosos americanos o que vivimos y trabajamos en América, fenómeno señalado en más de una ocasión. En este mismo caso, confieso que carecía aun de noción de su mencionada obra hasta que el año pasado me habló de ella

* Versión dactilografiada. Archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

** Jurista y profesor universitario español radicado en Chile y en Argentina. Fue ministro de la República Española en el exilio. Escritor de libros y ensayos jurídicos.

con gran y merecido encomio el amigo Armaza, y luego no podía conseguirla. Y no sabe usted cómo lamento no haberla conocido antes; por ejemplo, y a pesar de no ser este punto principal en sus páginas, antes del estudio que dediqué, hace ya tiempo, a Vidaurre.

Lo que usted dice acerca de la recepción como fenómeno social me parece atinadísimo e interesantísimo. Con frecuencia no lo tenemos presente. Y, luego, el estudio de la recepción del Derecho penal en el Perú es excelente. Nada tengo que objetar ni aun observar en una materia en que usted posee incomparablemente mayor autoridad que yo. Es más, creo que una nueva edición será oportunísima, y su difusión en América, muy necesaria. Este continente “importa” o “copia” demasiado. Con el nuevo Código Penal de su país, empero, pienso que habrá de modificar y ampliar su obra.

Su cita de Jiménez de Asúa en la página 48 es muy exacta, pero se me ocurre que la frase que usted transcribe del fenecido maestro contiene un desliz de expresión que este no advirtió, ni nadie le hizo advertir, y que, por tanto, no corrigió en ninguna de sus ediciones de su obra, pues a mi entender Dorado Montero nunca abrazó el neokantismo ni recibió influencia alguna de él. Sencillamente, se mantuvo siempre a su margen.

Por otra parte, me interesaría conocer más a fondo el influjo del krausismo y del correccionalismo en el Perú. Ciertamente, tengo noticias de este influjo, pero nada más que noticia. Y, así como un influjo del krausismo —no diría lo mismo del correccionalismo— en indudable en la Argentina, e incluso hay bibliografía muy apreciable sobre el particular, reconozco que su aserción de que se difundió y tuvo “máxima importancia” también en Méjico y en Chile me ha sorprendido. Quizá sea por una información incompleta en estas cuestiones, pero yo creía que el curso del pensamiento en tales países había discurrido más bien por otros cauces.

Por separado me permito remitirle, en un sobre de impresos, certificado, más siempre por correo aéreo, media docena de cosas muy diversas, pero todas muy modestas, en simple ademán de compañerismo y amistad.

Y queda invariablemente a su disposición, con un saludo cordial.

Fdo.
Prof. Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba

VI

Comentario de Carlos Andrés Pérez Gallardo* a la obra de José Hurtado Pozo, *La Ley “importada”. La recepción del derecho penal extranjero en el Perú* (Cedys, Lima, 1979, 152 pp.)

Un acercamiento a *La ley “importada”* del Dr. José Hurtado Pozo **

Al inicio de esta importante obra el Dr. José Hurtado Pozo, quien ejerce su vida profesional en Alemania, nos indica que este trabajo de investigación trata algo más que la tendencia imitativa de la clase dominante con respecto de la metrópolis.

En base a lo anterior, se concentra por darnos una definición de sociología del derecho para poder entender el texto a cabalidad. Es por ello que enseña que esta área es considerada como un fenómeno social y que puede ser conceptualizado como hecho e investigado empíricamente. Complementando el Dr. De Trazegnies en su obra denominada “La idea del derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX”, nos orienta que la Sociología del Derecho nació con la finalidad de suplir las deficiencias de la Filosofía del Derecho y la Dogmática jurídica, aportando esta rama la explicación del origen, de los propósitos y del impacto social de las normas jurídicas.

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (Perú).

** Disponible en <<http://carlitoandre.blogspot.pe/2011/08/un-acercamiento-la-ley-importada-del-dr.html>>.

Asimismo, Hurtado deja bien en claro que concebir al derecho como un medio de control social, no implica admitir que el derecho es una mera técnica, un instrumento, al servicio de un grupo o clase dominante, debido a que esto generaría indulgencia con las posiciones bien marcadas sobre los caracteres propios del organismo jurídico moderno, esto es debido a que el derecho es un producto de las condiciones que identifican a dicha sociedad.

El Derecho foráneo no debe verse como hecho extraño al fenómeno social, sino que debe ser considerado también como un fenómeno social, es decir, necesita también ser explicado, para el autor esto no es solo un “hecho” aislado o abstracto sino que debe responder a fuentes sociales que se desarrollaran a continuación. En base a ello, Hurtado nos exhorta a que no podamos decir que el derecho nacional solo sea nominal y por el contrario el derecho extranjero es la substancia, es decir, lo esencial. Esa afirmación nos permite deducir que el derecho no debe ser estudiado solo como un sistema normativo, sino también en su aplicación por parte de los jueces, abogados y personas de derecho en general. Aunado a esta idea del Dr. Fernández De Trazegnies Granda en un artículo presentado a la Academia de Juristas, denominado “La muerte del legislador”, coloca un ejemplo emblemático que paso a parafrasear de la siguiente manera: él se pregunta qué pasaría si en este momento cambiáramos a todos los jueces, abogados, estudiantes de derecho y la comunidad jurídica en general por los mismos sujetos de la Rusia marxista del siglo XIX, ¿la interpretación y aplicación de las normas serían las mismas? En cierta manera es una situación fructíferamente para discutir.

Un primer alcance con carácter conclusivo del libro es cuando se refiere que la recepción del derecho foráneo, justamente, es la evolución sociocultural de nuestro país. Para ello nos remontamos a la conquista española y el sometimiento al imperio incaico. A nivel internacional, se cita el caso de Turquía al adoptar una rama de manera íntegra del derecho de otro país, en este caso el Código Civil suizo, casi sin alteraciones.

Ahora bien, lo mencionado en el párrafo precedente, es menester identificar un concepto que es definido en este texto, y es referente a la recepción, que es definida como una adopción consciente de un derecho, surgido y desarrollado en un clima socio cultural determinado por parte del legislador de otra sociedad como derecho vigente de esta. A la vez, siguiendo un orden esquemático, se divide en dos, es parcial y total, la primera si se considera que lo recepcionado es una regla determinada o un instituto determinado y la segunda si abarca integralmente una rama. Además en base al aspecto cultural se desprende dos tipologías: homogénea si ambos países son culturalmente iguales y heterogéneas

si ambos países son distintos. En base, a la adopción de un país o de varios, finalmente, tenemos la clasificación: pura, si el derecho adoptado es de un solo país o mixta si es de varios países.

En cuanto al mecanismo de recepción, existe un proceso, dividido en tres etapas: la primera está constituida por las circunstancias socioculturales. Segunda: acto legislativo mediante el cual se pone en vigencia, en el país receptor, un complejo de normas jurídicas. Tercera etapa, asimilación del derecho importado a la vida del país receptor. En esta etapa puede conjugarse con la clasificación realizada en el párrafo anterior, si es parcial, total, homogénea, heterogénea, pura o mixta.

Una de las primeras influencias que tuvimos, fueron las Leyes de Indias, no fueron cumplidas en algunos casos por convenir a funcionarios. Siguiendo las obras de Fernando de Trazegnies, en su libro *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*, se observa que en el expediente que data del siglo XVIII materia de estudio del referido texto, se aprecia que el operador jurisdiccional aplica las leyes de Castilla, inclusive el derecho romano (basándose principalmente en el derecho natural y el derecho de gentes) sin ser vinculante en nuestro territorio.

Es por ello que en el caso peruano, no podemos decir que se trata de un simple trasplante de derecho ni tampoco una recepción (concepto explicado en líneas anteriores), debido a que en el primer caso, cuando los españoles arribaron a tierras incas, encontraron a una cultura que se encontraba muy desarrollada, es decir, no pudieron ignorar nuestro derecho, en cuanto al segundo supuesto, no puede hablar de una recepción, porque los indígenas no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo, es por ello no puede identificarse como recepción.

Como observamos es un caso *sui generis*, porque no fue de carácter bilateral, los españoles trajeron su derecho y lo aplicaron por necesidad de resolver sus conflictos, y estos conflictos eran principalmente de carácter económico, es por ello que las normas en un principio fueron dadas para ese aspecto, consecuente las normas autóctonas sobrevivieron mediante la costumbre. Luego se conoce también que la conquista fue cruenta y violenta, culminó con el sometimiento e imposición de su derecho.

Ahora bien por otro lado, el libro trata de describir cuál fue el significado de la emancipación del dominio español, y especifica que esto no provocó la ruptura del sistema socioeconómico desarrollado y consolidado durante tres siglos de coloniaje. Estas luchas por la independencia ocasionaron la ruptura de los vínculos políticos con la metrópolis, pero no existió una transformación profunda de las estructuras internas, situación que se mantuvo a lo largo del siglo XIX y

servió para la introducción y asentamiento de la nueva metrópoli, es decir, las estructuras sociales se mantuvieron, más aun cuando tenemos en cuenta que la independencia fue financiada por Inglaterra y criollos interesados. San Martín, propugnó una concepción liberal individualista, sin embargo el vacío legal originó la convivencia de nuestras primeras normas con las normas españolas.

En este apartado, es menester explicar las causas de la recepción, que es dividido en tres factores: a) Factor social: la recepción es un fenómeno social de origen complejo, condicionado por las circunstancias socio-políticas imperantes en el país. Pues la realidad social condiciona al legislador y lo empuja a escoger modelos que hayan sido elaborados en países cuya organización social, política y cultural, es semejante a la que impera en nuestro país. b) Factor cultural: la elección del derecho foráneo juega un rol importante la cultura jurídica dominante del país receptor. En este factor existen dos elementos: 1. Rol desempeñado por el lenguaje y por el grupo de los juristas. c) Factor personal o fortuito, Se puede hablar de una circunstancia fortuita a través del cual interviene el azar. A todo esto debe sumarse la actitud de los juristas, los magistrados y el legislador, tal como mencionamos y ejemplificamos al inicio de este ensayo apoyándonos en el Dr. De Trazegnies.

1. Apreciación crítica a manera de conclusiones

Esta obra parte de una concepción distinta de las obras tradicionales que analizan la evolución de ciertas ramas jurídicas, porque su concepción no parte de lo positivo, ni de lo filosófico, sino el origen y los propósitos de la norma, de un efecto social, de la realidad misma.

Para ello, Hurtado Pozo, enseña que la importación de una norma, no debe verse como un ente abstracto, sino como un hecho social, como un fenómeno social, y por lo tanto encontrarle sus orígenes, su influencia cultural, su contexto histórico.

Por lo tanto, la importación de normas en nuestro derecho es parte de nuestra evolución, aunque en la época española no se hablaba propiamente de una recepción ni de un trasplante, las condiciones con el tiempo se fueron dando.

Actualmente, en un contexto globalizado, considero que la importación de la norma puede resultar mucho más sencilla que años atrás debido a que las tecnologías de comunicación y la información han logrado a través de la Internet que ahora se pueda saber en tiempo real la promulgación de dispositivos foráneos, las cuales, pueden ser adoptadas, mejoradas y alteradas para aplicarlo a la realidad de cada país, el aporte sistemático de los tipos de recepción ayuda de sobremanera al legislador para poder identificar criterios básicos.

VII

Comentario de Philippe Abravanel* al libro de José Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale 1. Notions fondamentales et loi pénale*, (XLII, Editions Universitaires, Friburgo, 1991, 223 pp.**)

El profesor de Friburgo destina esta obra, primero de un trío, a los estudiantes en derecho, agregando que “debería igualmente interesar a los prácticos”. ¡Qué eufemismo! En unas doscientas páginas, el libro trata de los temas más difíciles de esta disciplina: teoría general del derecho penal, de la infracción y de la pena.

Realiza una digresión importante en el dominio de la evolución contemporánea del derecho penal y de la criminología. Es sobre todo la última parte del tratado, consagrado a la aplicación del derecho penal en el espacio, en el tiempo y en cuanto a las personas, que interesará más a los prácticos que a los estudiantes, pues la lectura de este texto denso postula una cultura y una práctica jurídica ya avanzada. Al menos que los estudiantes en derecho de la Universidad de Friburgo aventajen ampliamente a sus camaradas de otras universidades suizas...

Hemos particularmente apreciado los capítulos consagrados a los límites del derecho penal y a la interpretación. Hay páginas dignas de una introducción filosófica a los estudios jurídicos, escritas de manera concisa y comprensible para cualquier bachiller, a pesar de la complejidad de la materia. Nos alegramos de leer los dos tomos siguientes, dedicados a los elementos de la infracción, después al sistema de sanciones penales.

Philippe Abravanel

Montpreveyres

* Jurista, juez cantonal (Vaud, Suiza), experto internacional en arbitraje. Presidente honorario de la Asociación Internacional de Magistrados

** Publicado en *Schweizerische Juristen-Zeitung*, N.º 20, 15-10-1992, 80 Jahr, Zürich.

VIII

Carta* del profesor Hans-Heinrich Jescheck**
(traducida del alemán) sobre el libro *Droit penal.*
Partie générale Schulthess, Zúrich, 1991.

D-78 Freiburg im Breigau, 19-12-1991
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstrasse 73

Telefon (0761) 7081-1
Telefax (0761) 7081294

Señor Profesor
Dr. José Hurtado Pozo
Université Miséricorde
Séminaire de Droit Pénal
CH-1700 Fribourg

Muy distinguido Colega Hurtado Pozo:

Deseo agradecerle cordialmente por haberme remitido la primera parte de su obra “Derecho Penal, Parte General”, con una amigable dedicatoria. He leído con gran interés su libro y me ha causado gran alegría que exista ahora una presentación de los conceptos fundamentales y problemas del Derecho penal, en particular del Derecho penal suizo, en lengua francesa. El hecho que haya consultado ampliamente la bibliografía alemana y en alemán merece un gran reconocimiento. De esta manera, ha logrado presentar El resultado es una visión

* Versión dactilografiada. Archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

** Profesor de la Universidad de Friburgo en Brisgovia, Director del Instituto Max Planck de Derecho Internacional Penal y Derecho Comparado. Autor de muchos libros, ensayos, comentarios, principalmente, su *Lehrbuch, Strafrecht. Allgemeiner Teil.*

José Hurtado Pozo

de la situación del Derecho Penal en nuestro contexto geográfico y cultural, lo que amerita un gran reconocimiento. Me alegra que usted no solo haya profundizado en el Derecho Penal suizo, sino también en los derechos vecinos de manera bastante comprensiva.

Me complace mucho sobre la continuación de sus investigaciones y le deseo mucho éxito.

Con mis cordiales agradecimientos y deseos de Feliz Navidad y buen Año Nuevo para usted y su familia.

Fdo. Hans-Heinrich Jescheck

§ 4 EXPERIENCIA JUDICIAL

I

Hurtado Pozo: nadie es profeta en su tierra Notas breves sobre su experiencia de magistrado judicial*

Ismael Pinto Vargas**

Tenemos nuevamente la lamentable confirmación de que nadie es profeta en su tierra. Especialmente si está en el Perú.

Nos estamos refiriendo a José Hurtado Pozo que pronto abandonará el país para incorporarse como profesor de la Universidad de Friburgo, Suiza, donde dictará el curso de Derecho Penal. Debemos aclarar que Hurtado Pozo ha accedido a la cátedra en esa universidad después de haberse sometido a un concurso internacional de méritos: esto último, para evitar cualquier equívoco local bien o mal intencionado.

Si bien es cierto que el paso de Hurtado por la universidad y por la Administración de justicia no ha sido muy largo, ha dejado una huella que difícilmente será olvidada.

* Publicado en *Expreso*, Lima, viernes 23 de julio de 1982

** Miembro en número de la Academia Peruana de la Lengua, historiador, abogado, periodista, profesor en la Escuela Profesional de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de San Martín de Porres.

En lo que se refiere a la primera, su incorporación como profesor principal de Derecho Penal en la Universidad de San Marcos y en la Católica, trajo la renovación de la enseñanza del Derecho Penal. Es más, sus clases han significado la apertura de esta disciplina a la nueva y renovada doctrina europea.

Y en lo que se refiere a su corta carrera en el Poder Judicial, sus fallos serán materia de jurisprudencia y de estudio para los nuevos magistrados.

No nos vamos a referir al *error vitando* de la separación arbitraria y equivocada de Hurtado Pozo de la Administración de Justicia. En esto hay dos grandes perdedores: el Poder Judicial y los procesados, ya que se marcha un hombre honrado a toda prueba e inmune a cualquier tentación.

Algo más: José Hurtado Pozo terminó sus estudios de Derecho en San Marcos y obtuvo su doctorado en Neuchâtel y efectuó trabajos de investigación en el Max Planck Institut de Derecho Comparado (de Alemania federal). Es miembro de la Fundación Penal y Penitenciaria de Berna y la Asociación Internacional de Derecho Penal, y es colaborador de la página editorial de este diario.

No vamos a reseñar sus publicaciones en esta nota. Tan solo, finalmente, lamentar que un intelectual y un investigador en las ciencias del Derecho de su prestigio y valía, tenga que abandonar el Perú en busca de horizontes menos mezquinos y con mayores posibilidades para el estudio y el trabajo. (I. P.)

II

El derecho penal peruano: un peruano entre los suizos*

Aquí se trata de un viejo conocido nuestro. De José Hurtado Pozo. Incluso, colaborador regular de *Expreso* por un buen tiempo. Precisamente, hasta antes de que viajara a radicarse a Suiza. En Fribourg, donde es titular de la cátedra de Derecho Penal. Y desde donde reparte su tiempo como profesor visitante de distintas universidades de España, Italia, Alemania y Gran Bretaña.

Con Hurtado Pozo no podemos decir eso de que nadie es profeta en su tierra. Él, afortunadamente, realizó aquí una estupenda carrera docente al mismo tiempo que sentaba cátedra de honestidad y de conocimiento en el Poder Judicial, en tanto que sus libros de investigación y de texto eran y son fuente obligada de consulta para estudiantes, profesionales y estudiosos del Derecho Penal Peruano.

Siempre es estimulante conversar con Hurtado Pozo. Aquí, algo de una larga conversación. Nos dice: “Estoy aquí por el mismo motivo que me impulsa a volver cada año, desde 1982, en que me alejé del Perú, o sea el reencontrarme con mi gente. Y sobre todo, sumergirme en los problemas cotidianos, preocuparme de los problemas nacionales y, por qué no decirlo, desquitarme con la música, con la comida, y aprovisionarme con toda la bibliografía que sobre el Perú, en el área social y el derecho, puedo conseguir. Como dicen los peruanos en el extranjero, estoy aquí para recargar las pilas. Es la única manera de soportar tanto el duro invierno como el exigente medio sociocultural europeo”.

* LA REDACCIÓN, publicado en *Expreso*, Lima, viernes 12 de agosto de 1994.

Una de las actividades que, próximamente (a partir del 16 y hasta el 18 inclusive), Hurtado Pozo desarrollará un ciclo de conferencias: Teoría del delito y política criminal.

Otra es continuar las avanzadas conversaciones con la Universidad Católica del Perú para culminar las tratativas orientadas a suscribir un Convenio de Cooperación con la Universidad de Friburgo. “También, nos dice Hurtado, buscamos promover contactos con el Centro de Ética y Derechos Humanos de mi universidad con diversas entidades nacionales. El éxito, claro está, depende del interés que puedan despertar nuestras propuestas, que están motivadas tan solo por el afán de colaborar al fortalecimiento y respeto de los derechos fundamentales que son la base de un Estado social de Derecho”.

III

Vocal superior no ratificado*

Los primeros resultados del proceso de ratificación de los miembros de la Corte Superior de Lima han causado revuelo en todo el país. Pero esta conmoción no es de júbilo y satisfacción, aún entre aquellos que alentaron y promovieron una “verdadera depuración”.

Las causas de este fenómeno son bastante complejas. Sus raíces se encuentran en el sistema de nuestras instituciones y la mediocridad de muchos de sus dirigentes. Explicar esta problemática es tarea imposible dentro de los límites de una nota periodística. Sobre todo cuando no se conocen las razones concretas de la no ratificación de un número elevado de vocales superiores que no constituyen un grupo homogéneo.

Negar que criterios políticos han pesado en el proceso de ratificación es muestra de ignorancia o vano esfuerzo de ocultar una realidad conocida por los mismos vocales supremos. De lo contrario, ¿cómo se explica la no ratificación de un vocal que nunca fue sancionado ni siquiera con un apercibimiento; que nunca se le imputó corrupción, lenidad, servilismo o morosidad; y, por último, que nunca se le calificó de incapaz o ignorante? Por el contrario, se trata de un profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Católica, autor de diversas obras jurídicas y conferencista en diversas universidades e institutos europeos.

1. Relación familiar

La única razón de su defenestración es un obtuso criterio político expuesto y promovido por uno de los vocales supremos en sesión preratificatoria realiza-

* José Hurtado Pozo, publicado en *Expresso*, Lima, lunes 29 de marzo de 1982.

da en vísperas de las ratificaciones. La fuente de esta información ha sido una absurda comunicación del Servicio de Inteligencia y la cercana relación familiar con un dirigente de un partido de izquierda. Dejándose de lado todos los libros y artículos publicados donde expone sus ideas ampliamente.

De esta manera, la conciencia de la mayoría de los vocales supremos estará tranquila pues han liberado al Poder Judicial de un peligroso elemento. Su peligrosidad se revela, justamente, en su capacidad de infiltración al haber llegado a ser vocal de la Corte Superior, instructor de jueces y vocales superiores (ahora, algunos de estos son vocales supremos) por designación de la propia Corte Suprema, miembro de la Comisión de Derecho Penal encargada de revisar los decretos leyes penales del anterior gobierno y designado por el Ministro Osterling de acuerdo con la Corte Suprema, vicepresidente de la Asociación Nacional de Magistrados, profesor invitado del Instituto Superior de Guardia Civil, autor publicado por la imprenta del Seminario Santo Toribio de Mogrovejo y, el colmo de la audacia, colaborador de la página editorial de este periódico.

2. Caso particular

Se trata, justamente, de quien escribe la presente nota.

Si el criterio político no ha sido el único y decisivo, que se señalen de manera concreta los fundamentos de la no ratificación. Es una obligación constitucional y moral.

Voto de conciencia no significa arbitrariedad e irresponsabilidad.

§ 5 LAUDATIO ACADÉMICA

I

Manuel G. Abastos, maestro universitario*

Abastos es uno de los más serios estudiosos del Derecho Penal peruano. Profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se encuentra, actualmente, en un nosocomio de la capital, casi olvidado de sus colegas y alumnos.

Aun siendo estudiante en la antigua Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, lo conocimos como jefe del Seminario, biblioteca que creó, organizó y enriqueció sin desmayo. Entre libros, protegido con un abrigo del húmedo invierno limeño y escudriñándonos a través de un pulcro anteojos nos recibió, ilustró y aconsejó en diversas oportunidades durante la década de los años 60 sobre el estudio del Derecho penal. Nuestra admiración no surgió al escucharlo dictar clases. Su manera exigente y seria de ejercer la docencia lo había —cosas de nuestro país— alejado casi totalmente de su ejercicio. Fue en la lectura de sus trabajos donde descubrimos su profundo conocimiento de nuestra legislación penal, y su modo exhaustivo y sistemático de exponer los resultados de sus investigaciones. Pocos son sus trabajos publicados, pero todos ellos constituyen hitos fundamentales, desgraciadamente no continuados, en el estudio de nuestro Derecho penal. No nos referimos a sus famosas “copias”, cuya paternidad siempre rechazó y con las cuales algunos han obtenido, durante mucho tiempo e indebidamente, no pequeñas ganancias.

* Publicado en *Expreso*, Lima, miércoles 29 de mayo de 1982.

1. Pródigo en consejos

Su preocupación por la búsqueda de las fuentes utilizadas en la elaboración de nuestro Código Penal de 1924, por el conocimiento de las doctrinas modernas y por el desarrollo de la legislación extranjera, se refleja de manera clara en sus publicaciones. Basta señalar su magnífico trabajo “El delincuente en el Código Maúrtua”, aparecido en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* de la Facultad de Derecho de San Marcos (1937-1938).

En este ensayo, no se limita a seguir a un autor determinado: recurriendo a diversas fuentes, busca y logra dar una explicación de las concepciones acogidas en el Código Penal. Los excesos y limitaciones de su trabajo solo son comprendidos si se tiene en cuenta el parcial conocimiento de las ideas suizas y alemanas, que fueron recepcionadas al elaborarse el Código Penal de acuerdo a los proyectos del helvético.

Consciente de sus limitaciones, era pródigo en dar consejos: perfeccionarse en el extranjero, de preferencia en Suiza; estudiar idiomas foráneos, el alemán en especial; adquirir la técnica del derecho comparado; poseer una amplia cultura general; trabajar seria y constantemente.

En un regreso al pasado que constituye la preparación de un alejamiento más o menos duradero y más o menos forzado de nuestro país, nos fue grato volver a leer las cartas que nos escribiera el maestro Abastos, mientras realizábamos nuestro doctorado en Neuchâtel, Suiza (1967-1971). En esas misivas, se revela su permanente inquietud intelectual al interrogarnos sobre el sistema universitario, las nuevas leyes, los recientes libros, los profesores de renombre y sobre la naturaleza y el avance de nuestros estudios. Este único contacto académico que tuvimos en Lima por ese entonces, nos sirvió de gran aliento.

Hoy que nos vemos en un rol de profesor en una universidad de Suiza, en el dominio del Derecho penal, nos parece que no es sino el resultado de haber escuchado y seguido los consejos de Manuel Abastos. Puesta brutalmente a prueba nuestra convicción de permanecer y trabajar en el país, creemos —ahora— habernos equivocado en no haber sabido captar el trasfondo de su pensamiento cuando, con cierto embarazo nos preguntó, al regreso de nuestra segunda estancia en Europa (Alemania, 1974 y 1975), por qué no habíamos tratado de quedarnos por estos lares, donde existen mejores condiciones de trabajo y posibilidades de satisfacción personal. De haberlo hecho, nos hubiéramos quizás ahorrado el maltrato y la incomprensión recibidos, frutos de la mediocridad, sectarismo y “achoramiento” predominante en nuestro medio, en permanente crisis e inestabilidad.

2. Vocación indesmayable

Reconocer la valía de Manuel G. Abastos no significa identificarse con sus concepciones jurídicas. Comporta por el contrario, reconocer su vocación indesmayable y su seriedad en el estudio del Derecho penal: calidades raras e incomprendidas entre nosotros. Por todo esto, quienes tan alegremente proponen y logran realizar modificaciones a nuestro Código Penal, harían muy bien en leer los pocos pero excelentes trabajos de Abastos.

Esto requiere, sin embargo, el acopio y la publicación de sus ensayos para darles la debida difusión. Noble y necesaria tarea por realizar.

II

Domingo García Rada, maestro universitario*

Una mañana cusqueña, calentada por el sol serrano, visitaba con don Domingo García Rada las ruinas de Sacsayhuamán. Recordando trajines juveniles, ascendí rápidamente hacia lo alto de la fortaleza y, viendo a Don Domingo que admiraba la colosal construcción incaica, sin apresurarse a subir, le invité a que lo hiciera. Pausada y claramente me respondió: “No gracias, ya está viejo Pedro para cabrero”. Sus ojos pequeños y brillantes, su sonrisa mesurada y franca, reflejaban la jovialidad, cordialidad y vitalidad de un hombre en la plenitud de sus capacidades.

Este rostro radiante de felicidad, manifestación de una vida disciplinada e inspirada en nobles ideales, fue el recuerdo que repentina e intensamente afloraba y copaba mi mente, cuando me enteré que había sido destrozado por un brutal y cruento atentado terrorista. Y por más que tratara de imaginar ese rostro desfigurado, en ese instante o meses y años después, no pude, no he podido, recordar de otra manera el adusto y bondadoso rostro de mi amigo Don Domingo.

La transparencia de la mirada, la felicidad de la sonrisa, la bondad del gesto amistoso, la dignidad de la actitud disconforme o desaprobadora, son distintivos que se agolpan en mi memoria cada vez que lo recuerdo. No compartí con él momentos cruciales de su vida profesional o privada. Fui testigo más bien de su actividad cotidiana en la Universidad de San Marcos. En la vieja casona del Parque Universitario, como alumno y en la Ciudad Universitaria, como uno de sus jóvenes colegas. Nuestras concepciones sociales, políticas y religiosas eran diferentes. Nos unía sobre todo un vínculo de amistad y nuestra vocación de estudiosos del derecho y de docentes universitarios. Esta afinidad fue tal vez

* Nota inédita y conservada en el archivo personal del profesor José Hurtado Pozo.

reforzada por la idea, recordada en una de nuestras conversaciones, que uno de los aspectos positivos de la docencia —como lo había afirmado en una ocasión Jorge Basadre— era el hecho que la enseñanza produce sus mejores efectos en quien la imparte.

Así como el simple hecho de sentir el olor de un aroma o de escuchar una melodía musical nos hace revivir un momento pasado, mi recuerdo de Don Domingo perdura por la supervivencia en mi memoria de experiencias vitales que compartimos. Experiencias no excepcionales, pero que por su simplicidad permiten muchas veces de mejor manera apreciar las virtudes de una persona enfrentada a la realidad de la vida diaria, que entre nosotros requiere con frecuencia el cumplimiento de actos “cotidianamente heroicos”.

Una de estas experiencias la vivimos en el Cusco, adonde habíamos ido no como turistas, sino a trabajar como miembros de una comisión evaluadora de los docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cusco, intervenida indebidamente como se acostumbra hacerse en nuestro país.

Recibido el encargo del Consejo Universitario de entonces, Don Domingo comenzó la búsqueda de un segundo profesor. Por cosas del destino, comprendido el hecho que trabajábamos a menudo en “cubículos” vecinos situados a la entrada de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, sucedió que me pidió lo acompañara en dicha tarea. El dilema surgió entonces entre negarme a participar, en razón a mi desacuerdo ideológico con la medida intervencionista, o aceptar con la finalidad de conocer el sistema en sus entrañas, con la ingenua esperanza de evitar injusticias o con la prosaica idea de testimoniar luego sobre algún abuso que se cometiera. Solo después de una larga conversación con Don Domingo, me decidí favorablemente. Decisión en la que no solo pesó su fuerza persuasiva, su entusiasmo, sino también la posibilidad de volver a visitar el Cusco, al menos, su plaza de armas, una de las más hermosas que hasta ahora haya conocido.

Recibidos por el interventor y algunos miembros de su comité, en el Rectorado de la universidad y antes de iniciar nuestra labor calificadora, se nos informó de la situación y de las causas de su deterioro. Una de estas, destacada en forma especial, era la predominancia de izquierdistas y marxistas entre el personal docente de la Facultad de Derecho. Razón por la que debería prestarse mucha atención al momento de la evaluación. Cuando impulsado por mi juvenil temperamento y falta de experiencia de tales situaciones, me disponía a protestar airadamente, Don Domingo, dándose cuenta de mi desasosiego, me detuvo con la mirada, mejor dicho con un gesto que imponía respeto y confianza.

Terminada la entrevista y a solas, no pude dejar de manifestar mi indignación por lo sucedido y mi incompreensión de su pasividad ante tamaña falta de tacto e impertinencia. Actitud que me parecía sobre todo irrespetuosa en la medida en que quien había sido objeto de ese trato era, según mis sentimientos, el conocido catedrático, expresidente de la Corte Suprema, hombre de edad avanzada que hubiera podido ser padre no solo del joven y desconocido profesor que lo acompañaba en esa ingrata misión. Con la misma tranquilidad y pausa con que me respondiera en Sacsayhuamán, me dijo: “Pero, de qué hubiera valido enfrascarse en una discusión que solo habría perturbado nuestra estancia y trabajo. Lo decisivo es que somos nosotros los que decidiremos en última instancia de acuerdo con nuestras consciencias”. Respuesta que me pareció oportuna pero no convincente. Dentro de mí me dije, entonces ya veremos. Lo que no tardó en suceder, porque la primera etapa de la evaluación consistía en determinar los méritos de los docentes según sus expedientes y de acuerdo a una tabla de calificación. Cuando terminamos de hacerlo, Don Domingo, con gran naturalidad, concluyó diciendo: “Si debiéramos eliminar a los indicados como promotores del desorden, según las informaciones que nos han dado, la facultad se quedaría sin profesores”. Lo que había sucedido es que dichas personas eran las más calificadas académicamente, conforme lo comprobamos en las entrevistas personales. Los resultados de la evaluación fueron decisiones tomadas por alguien que actuaba como juez considerando que solo debía obedecer a los dictados de su consciencia. Lección de tolerancia ilustrada frente a las ideas ajenas y diferentes a las propias. Manifestación de respeto a la libertad de pensamiento y enseñanza y, por tanto, a la dignidad de la persona.

Esta lección la recibí cuando ya era colega de Don Domingo en la Universidad de San Marcos. Lección que vino a juntarse a tantas otras sobre Derecho penal o procesal penal. En estas vertía su experiencia en la administración de justicia y le permitirían, apoyándose en una rica bibliografía en español, elaborar obras que son muestra de un trabajo personal serio. Sus recargadas labores le impidieron completar sus instituciones procesales y le obligaron a fijarse una meta más modesta. De este esfuerzo resultó su *Manual de Derecho Procesal Penal*, que otros publicistas con más dedicación a la actividad universitaria no llegaron a escribir. El número de ediciones que alcanzó este manual es prueba clara no solo de la acogida que tuvo entre estudiantes, abogados y jueces, sino también de su infatigable afán para completar y mejorar su obra.

En el ámbito de la actividad teórica, Don Domingo tuvo un gesto de rara modestia en nuestro medio, al pedirme que leyera una de las versiones de su interesante obra sobre el delito tributario. Esperaba quizás que tuviera el tiempo y sosiego necesarios para hacer los comentarios que merecía la obra. Lamen-

tablemente, no fue así, me limité a formularle algunas observaciones. Sin embargo, esto fue ocasión para conversar largamente sobre los diversos aspectos estudiados, como nunca me había acontecido con algún otro de mis colegas. Mea culpa de mi parte, pero reconocimiento para un gesto que merecía ser respetado e imitado.

Mediante la enseñanza y la investigación, Don Domingo fue ganando un lugar digno como profesor y jurista. Lejos de su espíritu las componendas políticas o el proselitismo de la “clientela” estudiantil para alcanzar un puesto directivo a nivel de la facultad o de la universidad. Sino actitud abierta para servir a la comunidad como lo hacen aquellos funcionarios que están siempre al servicio de la República y que constituyen la base de la estructura estatal sólida y permanente, inexistente en países como el nuestro.

No fui alumno suyo, pero asistí a algunas de sus clases. No lo recuerdo como un expositor magistral o erudito, tampoco como un creador original. Su originalidad y sapiencia eran de otra índole. Trasmítala didácticamente sus ideas y experiencias, lograba un cálido acercamiento con los estudiantes al mismo tiempo que conservaba una distancia que tal vez consideraba como reflejo de ascendencia o autoridad. Como no recordar aquella vez que, en la última clase, rifó entre sus alumnos el ejemplar del Código que había ido anotando al preparar sus clases durante todo el año universitario. ¿Ejemplar valioso por el valor de las notas o por constituir un espécimen bibliográfico singular?, ni lo uno ni lo otro. Lo valioso era el ejemplo de desprendimiento, de aprecio y reconocimiento para con los estudiantes. Esto permite comprender la dedicatoria de su *Manual de Derecho Procesal Penal*: “A mis alumnos de Derecho Procesal Penal de la Universidad de San Marcos”.

Llamado a ocupar un alto cargo político, debió seguramente haber meditado bastante y consultado con personas de su entera confianza sobre la conveniencia de dar su anuencia. Aceptó pensando quizás que la función que iba a ejercer tenía cierta semejanza con la que se atribuye a un juez: neutralidad, objetividad, equidad, integridad. O tal vez consideró que tenía el deber de obedecer al nuevo llamado de servir al país y así continuar participando en la creación del Estado de Derecho que tanto falta a nuestro país. Lo que no sabía es que el destino lo conducía a un puesto que lo convertiría en uno de los símbolos de un sistema, cuya destrucción algunos consideraban como objetivo ideal de su actividad terrorista. Lógica absurda de un movimiento que comenzó sus actos bélicos destruyendo, precisamente, las ánforas de un proceso electoral y alcanza uno de sus momentos culminantes con el atentado contra el presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Don Domingo García Rada. Así, de manera ignominiosa, terminó la actividad pública de un hombre bueno y ejemplar.

Testimonió su verdad, afirmó sus valores, fue consciente de sus limitaciones. Enseñando y actuando públicamente mostró y demostró que no se puede saber ni hacer todo. De manera sincera y transparente, develó sus ideas y sentimientos en sus *Memorias de un Juez*. Así, puso en evidencia su profundo humanismo por considerarse indigno del reconocimiento unánime de que era objeto porque, siempre modesto, en su humilde opinión, “solo había cumplido con su conciencia”.

§ 6 NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

I

Luis Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, t. 1, *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Delitos contra el honor*, 2.^a ed., Lima, 1986, 528 pp.

1. Introducción

En nuestro país, el simple hecho de publicar un libro ya es un mérito inestimable. Mejor si la obra constituye el resultado de un paciente y duradero esfuerzo. Este es el caso de Luis Roy Freyre, quien ha dado a luz la segunda edición del primer tomo de su *Derecho Penal Peruano, Parte Especial*.

Este libro es ampliamente conocido entre nosotros, lo que nos evita presentarle de una manera general. Diremos simplemente que el autor analiza las disposiciones del Código Penal que reprimen las infracciones contra la vida, el cuerpo y la salud; y contra el honor.

Nos interesa, en esta nota, analizar tres temas tratados por Roy Freyre: primero el sujeto pasivo del delito de homicidio; segundo, el terrorismo de tan dramática actualidad en nuestro país; y, tercero, el homicidio mediante omisión.

2. Sujeto pasivo del homicidio

Con relación al primer tema, Roy Freyre señala que “el sujeto pasivo debe ser una persona viva” (p. 71). En su opinión una persona vive “hasta que se

produce la cesación definitiva e irreversible de la función cardiorrespiratoria”. De donde concluye que todavía es sujeto pasivo de homicidio la persona que no ha sufrido la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral. En el lenguaje de Roy Freyre, la primera es la llamada “muerte biológica” y la segunda, la “muerte clínica” (p. 73, nota 54). Esta última noción sería solo, siempre según nuestro autor, aplicable en el campo sanitario; es decir, en relación con los trasplantes de órganos. Cree encontrar apoyo en el artículo 5 de la Ley N.º 23415 que, al regular la definición de muerte dice: “Se considera muerte, para los efectos de esta ley[...]”. Por tanto, en el derecho penal como en el derecho civil, se debería seguir utilizando la noción de “muerte biológica”. De modo que es homicida quien causa la paralización definitiva e irreversible de la actividad cardiorrespiratoria. Por el contrario, solo es autor de lesión grave quien causa la destrucción del cerebro de una persona (“muerte clínica”) (p. 74, nota 54).

El médico que para los efectos de un trasplante de órganos destruya la vida de un “muerto clínicamente”, cometerá un homicidio (acción típica conforme al artículo 150 CP, p. 72), pero no será reprimido debido a que su acto es lícito por estar permitido por la ley. Siempre y cuando, claro está, cumpla precisamente con los trámites señalados por la misma ley. De lo contrario, sería responsable de un homicidio (p. 73, *in fine*, nota, 54).

De esta manera, Roy Freyre busca, de un lado, reafirmar su opinión expresada en la primera edición de la obra comentada y, de otro lado, refutar el criterio que expresamos en nuestro libro *Homicidio y aborto* (p. 28 y s.). Nuestra posición puede ser resumida brevemente de la manera siguiente: primero la noción de muerte clínica debe ser aplicada en el dominio del derecho penal, segundo, la persona muerta clínicamente no puede ser más víctima de un homicidio, tercero, quien causa la muerte clínica de una persona comete homicidio y, cuarto, la destrucción de la vida que resta a un muerto clínicamente es un comportamiento atípico (salvo en la hipótesis. del delito imposible).

Para mejor apreciar el razonamiento de Roy Freyre, resulta necesario precisar algunos criterios. La muerte es un proceso que dura un lapso determinado. Tanto en el campo médico como en el jurídico resulta necesario precisar los criterios de muerte y el momento en que esta se produce.

Tradicionalmente se consideró muerta una persona cuando se le paralizan la actividad cardíaca y la respiratoria. Este evento era irreversible y traía como consecuencia la destrucción progresiva de los demás órganos y tejidos. Uno de los primeros órganos afectados por la falta de irrigación sanguínea es el cerebro y los daños que sufre son, igualmente, irreversibles. Por eso hace bien Roy Freyre en completar su noción de muerte biológica, citando a Jiménez Huerta (p. 75,

nota 54) y parafraseándolo al decir que “la conducta del agente (homicida) debe producir la cesación irreversible de las intercorrelaciones orgánicas funcionales del corazón, los pulmones y el cerebro” (p. 76).

El progreso de las técnicas de reanimación hizo posible que a una persona afectada de un paro cardíaco y respiratorio le fueran restablecidas estas funciones vitales. Así, se trataba de evitar que el cerebro sufriera graves daños. El resultado podía ser: *primero*, que la persona se recuperara sensiblemente y volviera a ser consciente de su estado; *segundo*, que el daño fuera importante pero parcial: la persona no volvía a su estado consciente conservando solo una vida vegetativa; *tercero*, que toda actividad cerebral desapareciera y que el funcionamiento del sistema cardiorrespiratorio fuera solo artificial.

En relación con los dos últimos casos se habló de muerte cerebral. La inactividad parcial del cerebro fue considerada por una minoría como el criterio decisivo para determinar la muerte de una persona. Esta al impedir que continúe la vida de relación social determina la desaparición de la personalidad.

El criterio generalmente aceptado es, por el contrario, el de la deterioración completa de la actividad cerebral, comprendida la del tronco cerebral. En este estado del afectado, una intervención de reanimación del corazón es aún posible; pues, este órgano tiene una capacidad autónoma de funcionamiento que puede durar hasta 30 minutos. Esta reanimación no hace revivir a la persona, cuya actividad cerebral definitivamente ha acabado. Su finalidad no es sino la de conservar en buen estado ciertos órganos para poder trasplantarlos exitosamente.

La muerte clínica, mejor dicho la muerte cerebral, supone pues dicha inactividad total y durable del cerebro. Citando a la Academia Suiza de Ciencias Médicas, como lo hicimos en nuestro libro (p. 26), diremos que una persona muere “cuando las funciones cerebrales en definitiva y completamente cesado”. Nuestra idea era aclarada mediante la frase siguiente: “el éxito de la intervención quirúrgica depende del buen estado y funcionamiento del órgano a trasplantar. Con este objeto es necesario hacer sobrevivir, artificialmente, al donador muerto, o más bien algunos de sus sistemas mediante diversos recursos técnicos” (p. 26).

En este caso de muerte cerebral completa, de una persona descerebrada, no puede decirse, sin contradecir las constataciones de la ciencia, que es “una ficción jurídica de considerar como un ‘cadáver’ el descerebrado, a pesar de que la realidad indica que está vivo”. Lo ha dicho Roy Freyre (p. 73), mostrando así una falta de claridad respecto a lo que es la muerte clínica.

Al no diferenciar entre la destrucción parcial del cerebro (muerte cortical) y la destrucción total, parece que Roy Freyre se refiere a todos los casos de los llamados “descerebrados”. Es necesario rectificar esta idea en el sentido que un descerebrado constituye un cadáver desde que la actividad cerebral ha terminado completamente y de modo irreversible, a pesar que, repitámoslo, las funciones cardiorrespiratorias sean mantenidas artificialmente.

Roy Freyre bien podría aceptar estas precisiones; pero no omitiría señalar que esto no modifica su criterio básico: la noción de muerte clínica corresponde al campo de los trasplantes; el de muerte biológica al del Derecho penal, en particular, y, en general, al Derecho.

Es cierto que la noción de muerte cerebral es indispensable para los efectos de los trasplantes. Pero limitar su aplicación comporta problemas importantes. En el ámbito de la actividad médica, tiene influencia en relación con el deber profesional del médico. Este deber consiste en curar a los enfermos, ayudarlos, aliviar sus sufrimientos y, asimismo, asistirlos hasta la muerte. Sobre este último aspecto surge la pregunta sobre los límites de la intervención médica. ¿Debe el galeno hacer todo para prolongar la vida de una persona en peligro de muerte? Si la muerte se define biológicamente, el médico estará obligado a reanimar las actividades cardiorrespiratorias y a mantenerlas en actividad.

Pues, según la interpretación de Roy Freyre, solo podría transformar la muerte clínica en biológica en el caso, autorizado por la ley, de conservar los órganos vivientes para los efectos de un trasplante (artículo 6). Las dificultades prácticas serían enormes. En el ámbito hospitalario sería de consagrar, para los efectos de dicha conservación, recursos humanos y materiales que son notoriamente escasos en un país como el nuestro. Todo esto con detrimento de pacientes que podrían ser salvados. La prominencia dada a la obligación del médico de conservar en vida o lo que resta de vida en una persona, comportaría el sometimiento de esta, frecuentemente, a un tratamiento sin sentido, sin esperanza.

Admitir el razonamiento de quienes se aterran a la noción de muerte biológica, supone, generalmente, un desconocimiento del respeto a la voluntad —expresa o tácita— del paciente en peligro de muerte. Esta voluntad de someterse o no a toda intervención de conservación de la vida forma, en realidad, parte del derecho a la vida y tiene su consecuencia inmediata en el reconocimiento de un derecho a una muerte apacible y digna. Aquí se hace evidente una relación neta con el problema de la eutanasia. En el caso de los descerebrados siempre sería punible, aun cuando la muerte cerebral completa significa la desaparición de todo sufrimiento. Tratándose de muerte cerebral parcial, el médico no podría

abstenerse de continuar interviniendo a pesar de constatar que la afección evolucionara irreversiblemente hacia la muerte y que el paciente no volverá posteriormente a tener una vida relacional consciente.

En buena cuenta, Roy Freyre dice, primero que los juristas y, en especial los penalistas no requieren tomar en consideración los cambios sustanciales que, en la ciencia médica, han afectado la noción y la constatación de la muerte. Segundo, que la noción de muerte clínica o cerebral solo es de aplicarla en caso de trasplantes de órganos. Nosotros, por las razones expuestas, somos de una opinión diferente.

3. Terrorismo

El segundo tema que en relación con la obra de nuestro autor, vamos a comentar es el del terrorismo. El problema subsiste a pesar de la derogación del Decreto Legislativo N.º 046; pues la Ley N.º 24651 del 19 de marzo de 1987, no modifica la definición del delito. Roy Freyre se refiere a este tema en la nota 199 (p. 163). Lo hace con doble finalidad. La primera, defender política y jurídicamente, el Decreto Legislativo N.º 046; la segunda, de discutir la posibilidad de concurso ideal entre el artículo 1 de este decreto (mal llamado “Ley antiterrorista”) y el asesinato (cometido por medios que pongan en peligro un gran número de personas). Para lograr sus objetivos, Roy parte de la constatación de los elementos constitutivos del delito de terrorismo. Según él, son tres:

- 1) Propósito del agente de crear terror, alarma o zozobra en la población o un sector de la misma (elemento subjetivo).
- 2) Comisión de actos que puedan poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio público o privado.
- 3) Valimiento (sic) de medios catastróficos, o que comprometan las relaciones internacionales o la seguridad del Estado peruano, o que alteren gravemente la tranquilidad pública (elementos objetivos).

Esta descripción corresponde, más o menos, a lo que Roy llama “el tipo básico del terrorismo”. Hubiera sido preferible que, para mayor fidelidad con la fórmula legal, Roy no hubiera omitido algunos giros o términos utilizados en el texto legal: “provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror” (no solo crear terror, alarma, zozobra); “actos que pudieran crear peligro para[...], o encaminados a la destrucción deterioro de edificios públicos o privados[...]” (no solo actos que puedan poner en peligro la vida o la salud o el patrimonio público o privado); “valiéndose de medios capaces de provocar

grandes estragos o de ocasionar perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones[...]” (no solo de medios catastróficos o que comprometan las relaciones).

Estas diferencias entre la descripción hecha por Roy y el texto del Decreto Legislativo, nos hace pensar que se deben al inconsciente de nuestro autor. Como procreador del “fruto concebido” ve en estas calidades que quiso transmitir a su heredero; descuidando así los caracteres provenientes de los genes maternos (presión de acciobelaundistas y popularcristianos). En el primer texto en que Roy definió el terrorismo, los elementos constitutivos eran los siguientes:

- 1) “Propósito de provocar o mantener un estado de alarma en la población o en un grupo nacional, racial, religioso o político.
- 2) Crear un inminente peligro para la vida, la salud o el patrimonio[...]
- 3) Valiéndose de medios que puedan causar grandes estragos[...].”

Solo con relación a este “embrión”, y no con el “nacido” texto legal, es cierta la afirmación de Roy de que “no es suficiente el propósito terrorista si es que no se ha creado la situación de riesgo o peligro”.

“Tampoco es suficiente la sola conjunción del propósito aludido y la situación de riesgo o peligro, si es que no se ha usado determinados medios señalados por la ley” (p. 153); en el que curiosamente señaló como segundo elemento del delito de marras “[...] cometer actos que pongan en peligro[...].” (p. 152).

La creación de un riesgo o peligro no es un elemento constitutivo del tipo legal. Si así fuera se trataría de un delito de peligro concreto. La consecuencia práctica sería que para condenar a un terrorista, el juez tendría que probar que el comportamiento delictuoso había realmente puesto en peligro la vida, la salud, el patrimonio. Así es definido el peligro concreto, por el mismo Roy, en la obra comentada (p. 396).

Por esto, nuestro autor, líneas después de subrayar la necesidad de crear la situación de riesgo o peligro, debe admitir que se trata de un “peligro abstracto (solo se aprecia su potencialidad)” (p. 164).

A este nivel, podemos formularnos dos preguntas. La primera, ¿por qué se ampliaron los términos del primer texto de Roy? Sin duda, para acentuar la represión. Describir un delito refiriéndose:

- 1) A actos que pudieran crear peligro[...] encaminados a la destrucción o deterioro.

- 2) Al empleo de medios capaces de provocar grandes estragos de ocasionar grave perturbación[...] o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad pública; y,
- 3) A propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror, constituye una técnica legislativa ideal, por su vaguedad e imprecisión, para alejarse lo más posible del principio de la legalidad.

La finalidad política con que fue redactada y aprobada la norma legal analizada es indiscutible. Por no estar de acuerdo con esta posición penal y política, nosotros seguimos manteniendo el punto de vista que defendimos como ponentes del primer proyecto tendiente a la represión del terrorismo. Nuestra propuesta se materializó en dos textos. En el primero, planteábamos la agravación de la represión de los delitos contra la seguridad pública y la tranquilidad pública. En el segundo proyecto, resultado de la discusión y de la contraponencia de Roy, fue más breve. En su artículo 1 estatuíamos “el que con propósito de alarmar o intimidar a un número indeterminado de personas, hubiese cometido alguno de los delitos contra la seguridad pública o de los delitos previstos en los artículos 5 a 13 de este decreto legislativo, será reprimido con pena de penitenciaría no mayor de 10 años ni menor de 5 años”. “La pena será penitenciaría no menor de diez años ni mayor de 20 años, si el delincuente hubiere ocasionado muerte o lesión grave a una persona y si él, pudo prever este resultado”. “Si el delincuente fuere miembro de las FF. PP. o de las FF. AA., será reprimido con pena no mayor de 15 años ni menor de 5 años”.

Conscientes de nuestra condición de estudiosos del Derecho penal y del rol político (en el mejor sentido de la palabra) que jugábamos al ser llamados a integrar una comisión legislativa, no podíamos dejar de apreciar y juzgar nuestro trabajo y el de los demás comisionados, así como también los resultados alcanzados, tanto desde la perspectiva jurídica, como política. Estas dos siempre andan juntas, aun cuando a la primera se le trate de presentar como meramente “científica”.

Las posiciones de Roy y la nuestra sobre el terrorismo son diferentes, no en cuanto sea necesario reprimir el terrorismo para defender los derechos democráticos fundamentales, sino en relación con la política a seguir. En nuestra opinión no es posible, sin poner en grave riesgo el principio de la legalidad, concebir el terrorismo como delito específico y posible de ser descrito en una sola disposición legal. Casi todo delito común puede ser cometido con fines terroristas.

Seguimos pensando que leyes tan “terroristas” como el Decreto Legislativo N.º 046, ratificado por la Ley N.º 24651, (en la medida que pretende aterrorizar

a los terroristas reales o latentes), diluyen peligrosamente el límite entre “represión penal” y “represión política”. Volver a repetir nuestra argumentación sobrepasa los límites de este comentario; pero, parece que Roy ha pasado altivamente a su lado. Resulta especiosa su afirmación que “las objeciones políticas han sido desvirtuadas por la cruda realidad: no existe dirigente político, o universitario, o sindical que con el pretexto de haber cometido delito de terrorismo se encuentre privado de libertad por razón de sus ideas”. No es, evidentemente, este punto de vista restringido al que apunta nuestra afirmación anterior.

El interés político inmediato y estrecho que propició la dación del Decreto Legislativo N.º 046, impidió a quienes fungieron de legisladores percibir todas las dificultades, no solo jurídicas, que provocaría tal política eminentemente represiva. La “inaplicación de la ley”, de la que se queja Roy, era más que previsible, en consideración a la naturaleza de la misma ley y a las deficiencias del aparato policial y judicial.

El hecho, constatado por Roy, que “hayan encausados a quienes por no poder probarseles sus responsabilidades, deberán ser absueltos[...]”, demuestra también los peligros de tan amplia represión. Lo lamentable es que la cruda realidad de la muerte haya impedido que muchos sean juzgados y que una de las causas de su muerte haya sido la concentración y la superpoblación de las cárceles con detenidos sospechosos de terrorismo. Todo esto no es un asunto de “buena o mala fe” o de satanización “consciente o culposa” de un decreto legislativo. Se trata más bien de un problema político, social y criminal que requiere la utilización de diversos medios para garantizar a todos una paz social justa. El aspecto jurídico observado por Roy es insignificante en comparación al jurídico-político que acabamos de analizar brevemente.

En su afán de no reconocer sin crítica, las más mínimas de nuestras opiniones sobre sus dichos, Roy se niega a ver lo evidente. Si afirmamos un concurso ideal entre el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 046 y el artículo 152 del Código Penal, lo hicimos con la idea que el asesinato cometido, por ejemplo, con explosivos tenía por objeto aterrorizar la población. Basta con remitirnos a nuestro *Manual de derecho penal, parte general*, donde hemos tratado ampliamente el problema de concursos de infracciones y de leyes penales. Lo que en realidad no quiere ver Roy es que un acto “capaz de ... o encaminado...” cometido con “medios capaces de...”, “para favorecer...”, no necesariamente es el acto tipificado en el artículo 152, sino otro menos grave. Por ejemplo, transportar explosivos, si al realizarlo se causa la muerte de alguien el autor merece, según el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 046, la pena de internamiento: como la que merece, al menos con dolo eventual, un asesino (Cf. artículo 152 CP). En

la perspectiva política del Decreto Legislativo N.º 046, el terrorista, cualquiera sea su acto, puede ser un asesino, el peor de los criminales. En nuestra opinión esto no solo no es correcto políticamente, sino tampoco según nuestra ley penal, al menos, según la escala de valores y la política criminal que inspiran al Código Penal vigente.

4. Homicidio y omisión

El tercer tema que trataremos es el referente a la comisión del homicidio mediante una acción omisiva. Hemos escogido este tema no por su importancia teórica, sino más bien por constituir un claro ejemplo de la manera frecuente como Roy analiza los temas que trata.

Veamos, primero, qué dice nuestro autor. Parte de la constatación siguiente: “[L]as palabras empleadas por la ley en el texto comentado (artículo 150 CP) hacen indudable tanto la procedencia de la forma activa como la inoperancia de la omisión propia (omisión *stricto sensu*)”. En su opinión “matar a otro por omisión propia no aparece en la descripción típica del artículo 150 del CP”. En consecuencia, según él, la represión no es posible “sin quebrantar el principio de la tipicidad”. Por el contrario, considera que no se viola este principio si se sanciona “el hecho de matar a otro por comisión omisiva”. Esto se debe, conforme el mismo Roy Freyre, a que está permitido, asimilar “la evitación de la muerte intencionalmente querida” (sic) a “su producción por acción” (comisiva, agregamos nosotros), “cuando el agente tenía la obligación específica de actuar para impedir el resultado letal; es decir, si se encontraba en la posición de garante”. Roy considera que la fuente de la posición de garante se encuentra en el artículo 2, inciso 20, apartado a, de la Constitución. Norma que consagraría, implícitamente, la exigibilidad de cumplir con un deber jurídico de actuar frente a una situación de efectivo desvalimiento del prójimo”. Como ejemplos cita, primero, “la conducta del médico que intencionalmente se abstiene de prestar el cuidado terapéutico a un enfermo con el fin de ocasionar su muerte” y, segundo, “el caso de quien intencionalmente omite prestarle socorro a su enemigo que se encuentra herido en un lugar solitario, abstención que no obedece a indolencia sino a su propósito de ocasionarle la muerte (p. 78).

Hasta aquí lo afirmado por nuestro autor. La simple lectura de sus afirmaciones nos permite percibir la falta de una explicación global del problema de la acción (elemento del delito). Claro que esto no es materia de una obra consagrada a la parte especial del Código Penal. Pero, como el autor no ha escrito una obra orgánica sobre la teoría del delito, se ve obligado a explicar sus ideas al estudiar los delitos en particular. Desgraciadamente, de una manera poco clara.

De sus explicaciones aparece que recurre al criterio de las normas implícitas a las disposiciones penales para distinguir entre comisión y omisión. La violación de una norma prohibitiva “no matar” (artículo 150 CP) constituye una “acción” (comisión); si se trata de una norma perceptiva “auxiliar a quien está en peligro” (artículo 183 CP) constituye una omisión.

Si solo tomásemos en cuenta estas dos definiciones, resulta claro que el artículo 150 (homicidio) prevé una infracción de comisión. Resulta superfluo afirmar, como lo hace Roy Freyre, la “inoperancia de la omisión propia”. Si un problema existe, es justamente, el de saber si por omisión se puede violar la norma “no matar”; dicho de otra manera, si mediante omisión es posible matar una persona. Es respecto a esta forma que se plantea el respeto del principio de la legalidad, llamado por Roy de “la tipicidad”.

La comisión por omisión consiste en violar una norma prohibitiva (“no matar”) mediante la violación de una norma perceptiva (“socorrer una persona en peligro”). Su represión supone una ampliación de los tipos legales que reprimen acciones de comisión (matar, hacer abortar, lesionar, robar, estafar, incendiar, etc.). Debido a esto, se han fijado condiciones restrictivas a la represión. La primera es que no toda persona puede ser responsabilizada por el resultado de un comportamiento omisivo. Solo pueden serlo aquellas que están obligadas a intervenir en el caso concreto. Tradicionalmente, se consideró que este deber (llamado de garante, del alemán *Garantenstellung*) tenía como fuentes la ley, un contrato o el contexto en que se desarrolla el hecho. Ahora y debido a las deficiencias de esos criterios, se prefiere recurrir a un criterio material: responsabilidad por una fuente de peligro (p. ej. propietario de un animal peligroso, utilizador de un vehículo, etc.), responsabilidad por el comportamiento de un tercero (p. ej. padres de menores, curador de enfermo mental, etc.) y responsabilidad por un comportamiento precedente peligroso (p. ej. inferencia indebida).

La opinión de Roy Freyre, al admitir un deber general “de actuar frente a una situación de efectivo desvalimiento del prójimo”, no solo contradice esta tendencia de limitar aún más la represión basada en una acción de comisión por omisión, sino que es más que discutible su deducción del artículo 2, inciso 20, apartado a, de la Constitución.

Respecto al homicidio culposo cabe preguntarse, ante todo, cuál es la norma implícita al artículo 156 CP. Es cierto que esta norma dice, expresamente, que se reprimirá a quien causare por negligencia la muerte de una persona. El bien jurídico protegido es la vida, el resultado que se busca impedir es la muerte de una persona y a acción que se prohíbe es toda aquella que, por su carácter negligente, pueda causarla. La norma implícita es, igual que la del artículo 150,

prohibitiva. Cabe, por tanto preguntarse también si puede ser violada mediante una omisión.

La clave del problema se encuentra en la manera de distinguir la comisión de la omisión. El criterio de la norma violada es útil; pero insuficiente. Dicha distinción resulta más o menos simple cuando el agente practica actos materiales tendientes a lograr un resultado o a concretizar un comportamiento determinado. Por ejemplo, cuando dispara o apuñala a una persona para matarla; si redacta un documento e imita la firma de una persona para presentarlo como auténtico. En otros casos, particularmente no intencionales, la distinción resulta problemática. Por ejemplo, el motociclista que lesiona una persona y a quien no vio por carecer de faro su vehículo; el fabricante que entrega a sus obreros materia prima no desinfectada y que causa la enfermedad de estos; el profesor de natación que observa cómo uno de sus pupilos está por ahogarse y permanece impassible; el empleado de ferrocarriles que se duerme, y por no hacer el cambio de agujas respectivo, causa un accidente mortal.

En el caso del motociclista, ¿este será responsable por no haber provisto de faro a su motocicleta o por haber conducido su vehículo indebidamente? En el caso del empleado de ferrocarriles, ¿su responsabilidad dependerá del hecho de dormirse o de no haber realizado el cambio de agujas respectivo? La doctrina admite que, para responder a estas preguntas, es necesario apreciar cuál de los aspectos del comportamiento es el significativo para el derecho penal. Tratándose del motociclista y del fabricante sería el de conducir el vehículo sin luces y el de entregar la materia prima infectada.

Se trataría en consecuencia de casos de comisión. La omisión en que incurren constituye la violación del cuidado que fundamenta so actuar negligente; pero este momento omisivo no altera el carácter comisivo de la acción. Por el contrario, en el caso del empleado de ferrocarriles no puede decirse que haya actuado mediante comisión por el hecho de dormirse, aun voluntariamente. Su responsabilidad reposa en la omisión en que incurre. Dicho de otra manera, en el hecho de no haber realizado la acción esperada: el cambio de agujas que evitaría la mortal colisión de trenes. Lo mismo es de admitir en relación con el profesor de natación: si se abstiene intencionalmente de auxiliar al menor en peligro de ahogarse responderá por no haber evitado su muerte (homicidio por comisión por omisión); pero si su abstención es debida a un descuido o distracción, él responderá a título de negligencia. En estos casos, se presentan dos dimensiones del “actuar omisivo”. La primera consiste en no realizar el acto esperado de acuerdo a las exigencias del orden jurídico. La segunda, la violación del deber de cuidado igualmente exigido.

Veamos un último ejemplo. No porque sea el ideal, sino porque es discutido por nuestro autor. El ejemplo es dado por Peña Cabrera, en su *Tratado de derecho penal*, vol. 11, p. 104. Se trata del caso de la partera que causa la muerte del recién nacido por no ligarle el cordón umbilical. Según Peña Cabrera la partera es responsable de homicidio por negligencia. Por su parte, Roy considera que la acción de la partera es de “signo positivo”: “asistir a la parturienta”. El no ligar el cordón umbilical no es sino un momento omisivo de la acción de asistir. Esta opinión nos parece correcta el aspecto esencial del comportamiento de la partera no reside en el olvido en que incurre, sino en el haber asistido incorrectamente a la parturienta. Pero esto no debe hacernos olvidar el caso siguiente: la partera se abstiene de asistir a la parturienta. Si el nuevo ser o la madre muere, cabe omisión, intencional o culposa, la hará responsable de dicho resultado, siempre y cuando —de acuerdo con las circunstancias— tenía la obligación de intervenir (deber de garante). Su responsabilidad no podrá ser descartada diciendo que el homicidio culposo no puede ser cometido mediante omisión.

Estos ejemplos muestran que las infracciones culposas pueden ser también cometidas mediante comisión por omisión. En doctrina, esta idea es generalmente aceptada. Las opiniones divergen, por el contrario, respecto al criterio para distinguir la comisión de la omisión simple. Como hemos visto, se trata en el fondo de un problema de valoración del comportamiento para considerarlo relevante para el Derecho penal. La consecuencia práctica importante de esta distinción es que, en caso de comisión y de omisión simple, toda persona salvo disposición contraria de la ley, puede ser autor de la infracción. Si se trata de una omisión impropia (comisión por omisión), solo responderá de la omisión quien tiene la obligación de actuar para evitar el resultado típico (por ejemplo, muerte o lesión de una persona).

Por estas razones, no se trata de saber quién es el que posee la verdad. Lo interesante es descubrir cuál es el camino seguido para llegar a una u otra conclusión. Al respecto no nos parece suficiente concluir el debate diciendo que “no es posible pensar en la dogmática peruana (sic) respecto a la existencia de un homicidio culposo por omisión, menos aún por comisión omisiva” (p. 224). Esta afirmación no halla tampoco base en el artículo 101 del Código peruano. Norma en la que, de manera defectuosa, se trata de regular la autoría en caso de omisión. Según Roy, de conformidad con esta disposición, “la omisión consiste en dejar de hacer lo que manda la ley punitiva, vale decir, la norma imperativa de cultura” (p. 226). Esta opinión no es sino una de las posibles interpretaciones de la norma citada. Si se considera que, al inicio, este artículo dice: “En los delitos por omisión son considerados como autores...”, podría argüirse que da, igualmente, pie para tratar el caso de la omisión impropia (comisión por omi-

sión o comisión omisiva); es decir de la realización de un tipo legal mediante (por) omisión.

La meritoria labor de Roy Freyre, de comentar casi en el ostracismo nuestro Código Penal, se vería notablemente mejorada si complementara sus interesantes análisis mediante una exposición orgánica y global de los problemas propios a la parte general del derecho penal y, en particular, los referentes a la denominada “teoría del delito”. Esto supondría una comprensión más clara del método y de los objetivos de la explicación sistemática y racional de la ley, denominada “dogmática penal”.

La importancia del libro comentado y la atención que su autor ha brindado a nuestras opiniones justifican la extensión de esta nota, que pretende, no ser una simple conjugación, en todas las personas, del verbo alabar y, así mismo, elevar el nivel de la discusión teórica que nada tiene de personal.

II

Felipe Villavicencio Terreros, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990*

Esta obra de Villavicencio, profesor universitario y juez instructor, no es la primera. En 1981, publicó su libro *Delitos contra la seguridad pública. Delito de terrorismo* (segunda edición de 1983) y, esporádicamente, ha publicado contribuciones en revistas especializadas. Comienza a redactar sus Lecciones, como él mismo lo dice en la presentación del libro, el año 1986. El resultado obtenido, fruto de un esfuerzo meritorio por las condiciones en que se investiga en nuestro país, constituye una contribución valiosa a la doctrina nacional.

Como en todo manual consagrado a la parte general, en el escrito por Villavicencio se distinguen tres partes: una referida a las nociones fundamentales, otra consagrada al estudio de la ley penal (principio de legalidad, interpretación y aplicación de la ley) y, por último, la dedicada a la exposición de la teoría del delito. El autor reserva el análisis de la culpabilidad y del concurso para más tarde.

Villavicencio expone, en la Introducción y de manera interesante, algunas ideas sobre el control social. Lo hace teniendo en cuenta nuestra realidad y, aprovechando sus investigaciones precedentes, el carácter informal predominante de nuestra sociedad. Para Zaffaroni, que prologa el libro que comentamos, en esto radica su importancia.

La exposición referente a las nociones fundamentales y a la ley penal, fuera de la terminología particular utilizada a veces, no difiere de las que se han hecho entre nosotros. Se repiten criterios comunes sobre la llamada ciencia del derecho penal, el principio de legalidad, la precisión de la ley, la interpretación y la

* Publicado en *Anuario de derecho penal*, 1993, pp. 79-82.

analogía. Sobre la aplicación de la ley penal expone algunas ideas interesantes: por ejemplo, la aplicación de los aspectos favorables al procesado de dos leyes en conflicto temporal (*lex tertia*). Idea que merece ser mejor justificada y explicada.

La teoría del delito es expuesta siguiendo la concepción finalista que el autor adopta con entusiasmo; pero sin espíritu crítico. La terminología empleada es, igualmente, la que los penalistas hispanohablantes han debido siempre crear para exponer las ideas (p. 80) germánicas; esta vez la desarrollada por los partidarios del finalismo. Sería, sin embargo, de preguntarse si es necesario maltratar tanto nuestro idioma o si no sería mejor, en lugar de crear tantos neologismos, recurrir a su enorme riqueza de vocablos y expresiones. No se trata de un conservadurismo lingüístico, sino de una exigencia propia a toda disciplina que requiere un lenguaje más o menos homogéneo que facilite la comprensión y discusión de las ideas. Para muestra basta un ejemplo: se habla de “niveles de la estructura del delito” (p. 127). ¿Se quiere decir que el delito (fenómeno social real) tiene una estructura determinada o se está hablando de la teoría del delito o de la noción de delito? Tal vez, podría estar aludiéndose a las “estructuras objetivo-lógicas” muy apreciadas por el finalismo naciente. Esta imprecisión se acentúa cuando inmediatamente, el autor habla indistintamente, refiriéndose a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, de “los tres elementos” del delito, de “estos niveles de valoración” y de “características” del delito. Empeoran las posibilidades de comprensión, si se recuerda que Villavicencio afirma, por ejemplo, que “la pena es la característica más importante del derecho penal” (p. 36) y que “la teoría del delito estudia las características generales que debe tener cualquier conducta para ser calificada como un delito” (p. 99). La confusión terminológica refleja casi siempre una confusión en las ideas. En el caso de Villavicencio, esto se debe a que no precisa, suficiente y previamente, ciertos criterios que los da por supuestos y entendidos; a pesar que en la doctrina aún de orientación finalista no son siempre comprendidos de la misma manera. Por ejemplo, la idea de “concepto ontológico” (p. 191) o “concepto óntico-ontológico”. Al respecto, Villavicencio admite, sin dudas, la afirmación de Welzel (de 1957, según nota del autor, p. 106): “En este sector ontológico y de objetividades lógicas hay, en efecto “verdades eternas”, que ningún legislador del mundo puede modificar”.

El carácter novedoso (para nuestro medio) de la sistemática finalista hace necesario, además del esclarecimiento antes señalado, una explicación global y comparativa con relación a las otras formas de desarrollar la teoría del delito. De esta manera, el autor hubiera logrado mayor claridad en la sistemática y en la exposición de las concepciones particulares. Así mismo, sus afirmaciones directas, inevitables en todo compendio, hubieran aparecido menos perentorias y menos basadas en el argumento de autoridad. Con frecuencia, este argumento

es, implícita o expresamente, el criterio “óntico” o de la “naturaleza de las cosas”. Así, por ejemplo, el dolo es un elemento del injusto porque así “lo determina la acción que constituye la base óntica” (p. 106); por eso tampoco cree que “el dolo suponga juicio de culpabilidad” y que es “libre valorativamente” (p. 144). Lo mismo sucede cuando dice que “el concepto de autor es óntico-ontológico y para precisararlo se requieren características generales y especiales” (p. 198). Si esta es una “verdad eterna”, no debemos esperar ningún futuro cambio respecto a la noción de autor. La verdad real ya ha sido descubierta. Sin embargo, la historia de las ideas penales, como también la de las ciencias naturales, nos muestra lo contrario: un buen (p. 81) ejemplo, es la redefinición que se hace de las nociones penales desde la perspectiva de la política criminal. ¿Es que el finalismo no ha definido ónticamente la culpabilidad? Entonces, el hecho que nuestro legislador haya preferido hablar de “responsabilidad”, en lugar de “culpabilidad” debería ser apreciado considerando que no ha respetado las “verdades eternas de la esfera de la objetividad lógica” que lo vinculan. Nuestro objetivo no es discutir, en esta breve nota, estos complejos problemas. Nos interesa señalar la actitud con que Villavicencio ha elaborado sus lecciones referentes a la teoría del delito. La discusión entre finalismo y causalismo ha sido ya superada y, dada la situación peruana, no creemos que sea útil ni conveniente continuarla con tanto retraso (Sobre los métodos y fines de la actividad de los penalistas dogmáticos ver el artículo que publicamos en este mismo número del *Anuario de Derecho Penal*).

Otro aspecto que nos interesa destacar está referido a la manera cómo Villavicencio recurre a la doctrina nacional. Así como, generalmente, no parte de la ley para plantear sus soluciones doctrinales; sino más bien expone, primero, la teoría para, luego, aludir brevemente a la ley nacional, lo mismo hace con la doctrina o, como él prefiere decirlo, la “ciencia penal peruana”. No establece un diálogo y, menos aún, un debate permanente con los autores nacionales. Esto puede incomodar, cierto, a algunos; pero consideramos que resulta indispensable para desarrollar nuestra incipiente dogmática penal. Creemos, por ejemplo, que resulta insatisfactorio por escueto y caricatural el acápite que el autor, con ligereza, intitula “Teoría del delito en el Perú”. En solo diez líneas califica y clasifica a quienes durante años se han dedicado, mal o bien, a estudiar la dogmática penal. Manuel Abastos merece más que una nota a pie de página; no es correcto aludir a Ángel G. Cornejo solo señalando que fue alcanzado por la influencia positivista y, menos, meter en un mismo saco, “el modelo casual”, a los restantes.

Aunque pueda aparecer pretensioso, daré un ejemplo relacionado con nuestra obra para mostrar como Villavicencio trata un poco a la ligera la doctrina nacional. Dice, refiriéndose a la problemática de la acción, “la teoría de la acción

no constituye doctrina dominante. En el Perú, Hurtado se refiere a ella en la primera edición de su Manual, y luego prescinde de la referencia en la segunda edición”. Esta afirmación escueta es formulada sin discusión previa de nuestro análisis y a las diferencias existentes entre la primera y segunda edición de nuestro *Manual de Derecho Penal*. En la segunda edición pp. 337 y 338), decimos “de la sucinta exposición que hemos hecho de las diferentes concepciones sobre la acción, nos es posible constatar que se trata, en el fondo, de nociones elaboradas con la intervención decisiva de un elemento normativo. Es decir, que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son aquellos considerados por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. De la noción causal (voluntario accionar) o de la noción de la acción finalista (consideración óptica de la acción dirigida a una meta), no se puede deducir simplemente las características y los alcances de dichos elementos de la infracción”. Esto implica dos hechos, primero, resulta (p. 82) incomprendible lo que Villavicencio quiere decir cuando sostiene “luego prescinde de la referencia en la segunda edición” y, segundo, que no ha leído lo poco que se ha escrito entre nosotros con la misma atención que ha brindado a la bibliografía extranjera.

La falta de análisis directo de la ley nacional y de discusión abierta de las ideas que se consideran superadas, constituye una primera decepción con relación a las expectativas que el autor creó con su magnífica introducción sobre el control social. La segunda es que esta realidad nacional ha sido completamente olvidada en la presentación de los problemas teórico dogmáticos que constituyen casi la integridad del libro de Villavicencio. Esto supone, a nuestro modesto entender, un simple problema de perspectiva que el autor puede fácilmente superar. De esto estamos seguros en razón a que sus Lecciones demuestran un amplio conocimiento de la dogmática penal moderna. En consecuencia la obra comentada, de cuyas imperfecciones nos sentimos “corresponsables”, representa un aporte que no podrá ser ignorado ni tratado a la ligera en el diálogo alturado y sin complacencias que debe establecerse entre los penalistas nacionales.

III

Prólogo al libro de Percy García Caveró, *El actuar en lugar de otro*, ARA, Lima, 2003.

Percy García Caveró ha tenido la gentileza de solicitarme que prologue su libro. Pedido que recibí como una generosa distinción a mi persona. Para cumplir con el compromiso y en honor a sus calidades académicas, he tratado de evitar que este breve texto se reduzca, como casi siempre sucede, a un panegírico del autor y, así mismo, no caer en los excesos de publicar un ensayo a sus costas. De esta manera, ahorraré tiempo a los pocos lectores de prólogos que aún quedan y que están más ansiosos de “entrar en materia”.

Recibido el texto y leído con detenimiento, he tenido el sentimiento, como sucede cuando uno toma contacto con un buen libro, que me hubiera gustado haberlo escrito y, de esta manera, tener la oportunidad de continuar desarrollándolo en futuras versiones. Como muy bien dice Alberto Manguel, al final de su interesante libro *Una Historia de la Lectura*, “después del último capítulo y antes del copioso índice [...], nuestro autor ha dejado varias páginas en blanco para que el lector añada nuevas ideas sobre la lectura[...]” y, luego de haber afirmado, que “todos nos leemos a nosotros mismos y al mundo que nos rodea para poder vislumbrar qué somos y dónde estamos”.

García Caveró presenta los resultados de sus estudios sobre “el actuar en lugar de otro”. Expresión con la que se hace referencia a una serie de criterios y valoraciones para explicar y justificar la represión penal en los casos en que, por ejemplo, una persona (en principio, una persona jurídica) no puede ser sancionada penalmente debido a que carece de capacidad para delinquir, ni tampoco su representante (órganos de la persona jurídica) por no poseer la calidad especial que debe reunir el autor conforme al tipo penal respectivo y que sí posee la primera. Con este fin, el autor expone, primero, los criterios de política criminal

que diversos autores han presentado como las razones que condujeron a la elaboración de esa categoría jurídica. De esta manera, no ha buscado, de acuerdo con la orientación de su trabajo, indagar y analizar las circunstancias sociales, políticas o económicas que condicionaron la evolución de la legislación y de las ideas jurídicas con la que se llegó a colmar el “vacío” al origen de la categoría estudiada. Así, el autor trata de establecer los “criterios materiales” que, según sus propias palabras, son necesarias para interpretar de manera coherente la ley. Al respecto, hay que destacar los esfuerzos serios que hace para esclarecer la problemática de los delitos especiales.

Luego de cumplir con esta tarea, analiza el artículo 27 del Código Penal peruano, en el que se regulan las condiciones para penar a quien “actúa en lugar de otro”. Lo hace distinguiendo las diversas posibilidades que brinda el texto para determinar la mejor manera de aplicarlo a los casos concretos. En esta perspectiva, García Cavero propone que se comprenda la disposición legal de manera que se tenga en cuenta el fundamento dogmático que ha aceptado en la última parte del primer capítulo del libro.

Por último, establece los vacíos que presenta la regulación positiva del “actuar en lugar de otro” en la legislación peruana. Lo hace, como es lógico, desde la perspectiva teórica que defiende. Por esto, se pregunta sobre lo que pasa y cómo deben afrontarse los casos de los delitos especiales impropios, de la aplicación de la teoría de la representación, de la actuación entre personas individuales, del hecho de asumir voluntariamente la representación de otro y, por último, de los delitos con elementos subjetivos.

Cada una de las afirmaciones y críticas del autor merecen ser comentadas. Dados los fines de esta presentación, me limitaré a dos observaciones de carácter general. La primera concierne el hecho de interpretar la ley buscando darle el sentido que mejor se adecúe a un fundamento dogmático determinado. Esto implica el riesgo consistente en que se puede llegar a desvirtuar o descuidar el texto para hacer prevalecer una concepción jurídica. Como si esta, al igual que todas las demás, no fuera ya el resultado de interpretar una legislación determinada, pues no existen categorías dogmáticas sin base legal. Dicho de otra manera, la categoría jurídica “actuar en lugar de otro” no es, como diría Carlos S. Nino, “la descripción de determinadas propiedades empíricas o normativas que pueden presentar contingentemente las situaciones nombradas con tal expresión”. En realidad, con la “creación” de tal tipo de categorías se busca comprender ciertos casos dentro de un determinado marco normativo previsto, inicialmente, para otros y, según las circunstancias, modificar o completar dicho marco. Por esto aparecen, a primera vista, como poco apropiadas las referencias que hace

el autor a la “naturaleza dogmática del instituto”. Estos comentarios, estamos seguros, hubieran sido superfluos si García Cavero hubiera expuesto, aunque de manera resumida, la concepción global de la que parte y que está fuertemente marcada por los trabajos de G. Jakobs y sus epígonos alemanes y españoles. La índole y los límites de su trabajo no le permitían hacerlo, sin embargo el lector interesado puede remitirse a los otros numerosos trabajos del autor, en especial a su magnífica tesis doctoral (*La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999), para calar mejor en su pensamiento.

La segunda concierne sus conclusiones referentes al derecho positivo. A pesar de la precisión de las anotaciones y críticas expresadas por García Cavero sobre la manera como se ha regulado “el actuar en lugar de otro” en el Código Penal vigente, se tiene el sentimiento de que lo expuesto hubiera sido más convincente, si el autor hubiera presentado sendas propuestas concretas destinadas a corregir las deficiencias específicas que señala o, pero quizás es demasiado pedir, el proyecto de un nuevo artículo 27, con la expectativa, como él mismo espera, que sean tomados en cuenta por los políticos en caso de una reforma del Código Penal.

Debido a que en Alemania se origina y desarrolla la categoría jurídica estudiada, así como a la influencia de la dogmática y de la legislación germánica en España, la bibliografía consultada por el autor es, sobre todo, teutona e hispánica. Los estudios que ha realizado en ambos países, en el primero para obtener el grado de doctor y en el segundo como becado de la Fundación Alexander von Humboldt, le han permitido alcanzar un excelente dominio de la dogmática tanto alemana como española, así como una capacidad de análisis de primer nivel. Por esto, no sorprende la calidad del trabajo que nos ofrece y que constituye un aporte valioso a los estudios penales.

El ejercicio de la docencia en la Universidad de Piura le permitirá familiarizarse aún más con la realidad legislativa y judicial de nuestro país y, así profundizar sus estudios, afinando y adecuando los instrumentos teóricos que domina a las necesidades de nuestra realidad. Esto no es un simple pronóstico sino una constatación de lo que muestran sus trabajos, así como la expresión de un deseo sincero para que Percy García Cavero persevere en el camino difícil e ingrato que ha escogido, el de la enseñanza e investigación.

Friburgo (Suiza), agosto de 2003