

A MODO DE PREFACIO

Confesiones, explicaciones y valoraciones, al margen de la docencia y la investigación*

CDP: Profesor, por favor, cuéntenos acerca de su formación y trayectoria académicas.

Prof. José Hurtado Pozo: Quizás influenciado por mi formación preuniversitaria en escuelas y colegios públicos, en el interior del país y en la capital, mi orientación estaba dirigida a los problemas sociales. Entre los libros que mis padres dejaban a mi disposición siendo niño, recuerdo los pequeños ejemplares de los cuentos de Álvaro Yunque (*Poncho*), de Abraham Valdelomar (*Orovilca*) o de Edmundo de Amicis (*Corazón*). Lecturas que condicionaron que me inclinara más, al iniciar mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1957), hacia los cursos de Derecho penal y Criminología, en los que percibía una mayor preocupación por las personas, su contexto vital y reacción social de que eran objeto en caso de comportarse contrariamente al derecho. Lo que me lleva a preguntarme, hoy en día: ¿qué hubiera pasado si en esos lejanos e iniciales años hubieran estado de moda las concepciones normativistas extremas del funcionalismo? Tal vez, habría preferido los estudios de Sociología que comencé a realizar simultáneamente con los de Derecho (en la reciente sección organizada en San Marcos). Sin embargo, esta alternativa no era real, pues por necesidades pragmáticas tenía que seguir la carrera de Derecho con la esperanza de poder tener un trabajo y un salario más tarde.

* “Entrevista al profesor José Hurtado Pozo” realizada por María Alejandra Troncoso Torres. Publicada en *Cuadernos de Derecho Penal* [CDP], N.º 11, Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2015.

CDP: ¿Quién es el teórico del Derecho penal que más influyó en su formación profesional y académica y por qué?

Prof. José Hurtado Pozo: Su pregunta me sugiere una cuestión que siempre se me plantea cada vez que, con la ligereza que caracteriza a muchos de nosotros, alguien es tratado de “maestro” o de “maestro de maestros”. Cuando se me da este tratamiento y tengo ocasión de comentarlo, digo que tal calificación debe corresponder a quien no solo transmite conocimientos, sino también una actitud ejemplar ante los compromisos sociales y personales significativos. Es decir, cuando se da la relación estrecha del “maestro” con el “aprendiz”, que forja tanto un técnico como una personalidad ética y social. En este sentido, no he tenido la suerte de contar con un tal “modelo”, aunque sí con algunos buenos profesores conocedores de la materia y con habilidad pedagógica. No obstante, debo reconocer que sí he encontrado “contramodelos”, que seguí no de acuerdo con lo que mostraba la fotografía revelada sino con el “negativo” del film. En buena cuenta, la moraleja que deduzco es que, debido a cómo funcionan y siguen funcionando la gran mayoría de nuestras universidades, cada estudiante debe tener conciencia de que su formación depende de su capacidad de ser un buen “autodidacta”. Tampoco debo olvidar que el aspecto “negrero” de uno de ellos, me dio la gran oportunidad de reemplazarlo como “meritorio” (no remunerado) en la realización de los ejercicios prácticos. Por lo que puedo decir que tengo más de cincuenta años en la docencia y, al mismo tiempo, reconocer que, a pesar de esta larga experiencia, no logré alcanzar un buen nivel pedagógico (como pueden testificar tanto los que sirvieron de “conejillos de indias” como los que me soportaron, canoso y encorvado).

CDP: ¿Y durante su formación en Europa?

Prof. José Hurtado Pozo: La respuesta solo puede ser diferente, pero no porque en Suiza o Alemania haya encontrado el maestro que no se me cruzó en el Perú. En el primer país (1967), llegué como becado de la Confederación Suiza para realizar estudios de posgrado. Una vez optada la vía del doctorado, era cuestión de encontrar un profesor interesado en dirigir la elaboración de la tesis. La solución estaba estrictamente condicionada por el hecho que la beca había sido otorgada para estudiar en la Universidad de Neuchâtel, donde el único profesor de Derecho penal y procesal penal era François Clerc, quien era el gran procesalista en lengua francesa y un experto redomado de derecho comparado. De gran rigor académico y moral, en la primera entrevista que tuve con él, sobre mi proyecto de tesis, fue tan claro y tajante en su actitud como grande fue mi desilusión. Las razones eran claras y comprensibles. Entre ellas destaco dos: la primera, durante muchos años de experiencia personal, ningún estudiante árabe

o latinoamericano había persistido hasta finalizar sus estudios. La segunda, ante mi respuesta que no leía ni hablaba el alemán, su objeción fue que no podíamos entrar en materia hasta que, al menos, pudiese leer la lengua de Goethe. Todo esto complicado por la obligación de aprobar un examen oral y escrito sobre las principales instituciones jurídicas suizas (en realidad todas las materias de formación profesional), en razón a que no era razonable otorgar un doctorado en Derecho suizo sin estar familiarizado con este.

La hosquedad y reticencias del profesor Clerc fueron disminuyendo a medida que percibía mis esfuerzos para vencer estas barreras. Nuestras relaciones mejoraron mucho debido sobre todo a su gran humanismo y apertura académica. Al culminar mi tesis y obtener el doctorado, creo que bien merecía lo llamara, como se hace en alemán, *Doktorvater*. No me enseñó Derecho penal porque en su condición principalmente de procesalista no era un gran “dogmático”, pero sí fue para mí un modelo de profesor, investigador y persona íntegra.

En Alemania (1975), como becado de la Fundación Alexander von Humboldt, fui acogido en el Instituto Max-Planck de Friburgo de Brisgovia en condición de *Gastprofessor*. La idea que entonces tenía de los institutos alemanes era la de que se trataba de centros de estudio y difusión de la dogmática. Por tanto, eran lugares ideales para el intercambio, la discusión y transferencia de conocimientos. En la medida en que grande era la ilusión también fue enorme el desengaño. En el instituto que me acogió, esto se debió, en mi caso, tal vez a las dimensiones que tenía y al elevado número de huéspedes que de todas las latitudes lo frecuentaban. Para su buen funcionamiento necesitaba entonces un gran aparato administrativo, en el que participaban también los responsables académicos de los sectores en que estaba dividido. De modo que esperar encontrar modelos académicos, en el sentido antes indicado, resultaba imposible. Los aspectos positivos eran de otra índole: la magnífica biblioteca permitía embarcarse en serios trabajos de investigación (lo que facilitó la preparación de la primera edición de mi *Manual de derecho penal*), las relaciones personales que se multiplicaban con penalistas de diversos orígenes y orientaciones (sin esta ayuda no hubiese conocido a los colegas, luego amigos, latinoamericanos, españoles, italianos, holandeses y alemanes), los coloquios y conferencias frecuentes sobre diversos temas permitieron conocer numerosos profesores alemanes (con algunos de los cuales logré mantener contactos duraderos). De modo que no puedo reclamarme, como sucede con otros colegas latinoamericanos, discípulo de un profesor suizo o alemán. ¿Debo lamentarme o reconocer una deficiencia de mi parte? No lo sé. Pero sí estoy seguro de que, gracias a mi formación sobre todo suiza y a que mi estancia alemana tuvo lugar en un instituto en el cual el profesor responsable era sobre todo un ecléctico en la dogmática penal, no sentí

la necesidad de seguir una capilla determinada y, adoptar, más bien, una actitud pragmática orientada a analizar el Derecho y plantear soluciones con la preocupación de la mejor comprensión y aplicación del Derecho positivo nacional. De manera que, considerando que los estudios penales en el Perú no habían llegado a recepcionar cabalmente las concepciones causalistas, preferimos establecer un puente con las nuevas concepciones finalistas imperantes entonces en Europa. Casi lo mismo, hemos hecho frente al funcionalismo pues las ideas finalistas tampoco habían sido suficientemente asimiladas. Lo decisivo no es estar a la moda, sino asimilar las novedades dogmáticas en consideración a las necesidades y exigencias de la realidad social, económica y política.

CDP: Podría darnos algún detalle de los colegas latinoamericanos que conoció en el MPI?

Prof. José Hurtado Pozo: Fuera de que debería establecer una lista muy larga, carezco de las virtudes de un novelista o cuentista para presentar a cada uno de los personajes. Me limitaré a recordar solo dos de ellos. Por ejemplo, Edgardo Rotman, argentino, que monopolizaba la pieza donde se encontraban los libros sobre derecho penal latinoamericano, todas las tardes y con el noble propósito de hacer su siesta tranquilamente. Un original que había explorado temas de derecho penal económico y trepado, hecho un Spiderman, algunos edificios de Buenos Aires. Políglota, terminó como profesor e investigador en los Estados Unidos. Francisco Castillo, tico, empeñado en hacer una tesis sobre el tratamiento procesal y material del delito continuado, partiendo de la idea de que ese instituto no había sido regulado en el Código Penal de Costa Rica y sin contar, tragedia imprevisible, que décadas después desaparecería como categoría autónoma en la dogmática y legislación. Era un “corredor de fondo” que emprende esta tarea después de haberse doctorado en Francia y escrito una Parte General bajo esta influencia. Abogado penalista de mucho éxito, visita anualmente el Max Planck de Friburgo, donde recoge el material que le permite lanzarnos cada año un magnífico libro. Así pasa sus vacaciones y se complace en perturbar las de nosotros, sus lectores impenitentes. Mi orgullo es el de conservar en el cálido sur la amistad comenzada, en los años setenta del siglo pasado, en la frígida Germania.

Abusando de su paciencia, no puedo dejar pasar la ocasión para recordar a un latino (suizo italiano), Dick Marty. Nuestro primer contacto lo tuvimos en Neuchâtel, en donde él terminaba sus estudios de Derecho y yo comenzaba mi trabajo de doctorado. Nos volvimos a encontrar años después en el Max Planck de Friburgo, él como *Referendar* (especialista encargado del derecho suizo), yo como *Gastprofessor* del instituto. Su ayuda, así como la de su esposa, fue decisiva

en el ámbito académico y personal en la etapa de mi integración con mi familia al contexto alemán, sobre todo por las dificultades de comunicación en momentos cruciales de la vida de todos los días. Debido a su excelente formación jurídico-penal llegó a ser un eficaz procurador en el Ticino, su cantón de origen. Al integrarme, años más tarde (1982), a la Universidad de Friburgo (Suiza), lo encontré como parlamentario. En la actividad política llegó a destacar, tanto a nivel suizo como europeo, principalmente por su defensa de los derechos humanos y del Estado de derecho social democrático.

CDP: ¿Cómo se vinculó usted al mundo académico colombiano?

Prof. José Hurtado Pozo: Mis relaciones con parte del mundo académico colombiano son también de origen germánico e, igualmente, en el ámbito del Instituto Max Planck. Hace muchos años, en una ocasión que visité este instituto (1985), me presentaron a un joven latinoamericano con una melena leónica y una barba mefistofélica, de un negro azabache. Los factores afectivos funcionaron rápidamente, a pesar de la diferencia de edades, a favor de una relación personal y académica muy positiva. Ese joven penalista es el profesor Fernando Velásquez, ahora casi calvo, sin barba ni bigotes mexicanos. Gracias a él, cuando visité por primera vez Medellín (1987), conocí a Nodier Agudelo, con quien se había formado y, más tarde, a otros colegas de Bogotá, Cali y Buga, que no menciono para no ofender a ninguno de ellos por haberlo omitido. En los últimos años, este vínculo con Colombia se ha acentuado gracias a la interesante actividad desarrollada por Fernando en la Universidad Sergio Arboleda con la ayuda de un excelente equipo. Pero cómo no mencionar a Fernando Tocora, Carlos Gálvez Argote, Hernando Londoño Berrío y, una vez más, a Nodier Agudelo.

CDP: Profesor, volviendo a su experiencia europea, ¿podría comentar a nuestros lectores, qué lo llevo a desarrollar su trayectoria profesional en un país como Suiza?

Prof. José Hurtado Pozo: Al respecto, hay que considerar que mi primer y decisivo contacto con el mundo jurídico suizo fue como doctorando de la Universidad de Neuchâtel (1967). El tema de mi tesis era la recepción del derecho penal suizo en el Perú, limitado a la Parte general del mismo. La idea original de orientar la investigación tanto hacia el aspecto sociológico como jurídico (inspirada en parte en los trabajos sobre la *Rezeptionstheorie* realizados sobre todo por los civilistas y romanistas) fue abandonada porque, según el profesor Clerc, se trataba de un trabajo destinado al otorgamiento de un doctorado en derecho y no en sociología. El aspecto positivo fue que el análisis comparatista de los derechos suizo y peruano me permitió profundizar mis conocimientos sobre todo en la

teoría del delito y la técnica legislativa helvética en aplicar sus conceptos en la elaboración de un Código Penal.

CDP: Pero, díganos, ¿por qué escogió Suiza y no Alemania o Italia (muy influyente entonces entre los latinoamericanos por el positivismo criminológico) o España (cuyo derecho estaba en los orígenes del derecho de nuestros países y sus juristas difundían en español las ideas tudescas)?

Prof. José Hurtado Pozo: La respuesta tiene algo de anecdótico y de “histórico”. Lo circunstancial fue que al iniciar mis cursos de doctorado en la Universidad de San Marcos (1966), luego de finalizar mi formación de jurista, tuve la suerte de frecuentar al profesor Manuel G. Abastos, historiador reputado del período republicano reconvertido al derecho penal, quien me aconsejó, percibiendo mi afán de iniciar mi formación de penalista, que si alguna vez decidía estudiar en el extranjero debería hacerlo en Suiza. Consejo que me sorprendió mucho, pues ya entonces y debido a las visitas esporádicas de Jiménez de Asúa al Perú, la “voz” era ir a Alemania. Su explicación fue simple e “histórica”: me manifestó que el Código Penal peruano de 1924 era una copia casi literal de los proyectos de Código Penal suizo de 1916 y 1918 y que, en consecuencia, estudiar el derecho penal helvético implicaba estudiar las concepciones implícitas en el Código peruano. Iluminado y convencido por esta explicación, partí a la caza de una beca que me permitiera viajar a la “tierra prometida”, lo cual logré, al obtener la generosa ayuda de la Confederación Suiza. Así fue como me convertí en el primer becado penalista latinoamericano en ese país y, muchos años más tarde, el primer peruano en ser profesor y decano de una Facultad de Derecho en la Europa no hispánica. Todo esto suena muy pretencioso, pero no lo es si se tiene en cuenta que es el resultado de una “relación causal” que desencadena el recurso (muy peruano y hasta latinoamericano) de elaborar las leyes nacionales copiando las extranjeras consideradas como modelos perfectos. Seguido por el encuentro casual con un profesor que descubre a un alumno algo que nunca había sido mencionado durante los años de su formación profesional: la fuente legal foránea de la ley nacional. Continúa con el vínculo establecido con un profesor europeo de lengua francesa, docente en una universidad bilingüe, quien años después se jubila y, oportunamente, no tiene sucesor porque el perfil buscado por la facultad era el de un latino (excluidos por tanto todos los germánicos), francófono, con formación germánica (como un becario Humboldt) y doctorado en Derecho suizo. De modo que fruto del azar o de la “mano de Dios” (Maradona dixit), el que habla era el único que por suerte tenía ese perfil. Moraleja: no es tanto la persona el factor decisivo sino la serie de circunstancias sociales que coinciden en un momento dado y producen el resultado menos

esperado (al menos para el interesado directo). Cuestión de estar en el lugar y momento estelar y solo tener la habilidad de atrapar al vuelo la bella ocasión.

CDP: Describanos, de forma breve, lo más relevante de su trayectoria durante sus años como abogado penalista.

Prof. José Hurtado Pozo: Mi temprana orientación a la investigación y a la docencia me alejó de la práctica de la abogacía. Al año siguiente de terminar mis estudios, viajé a Suiza. No obstante, durante mis estudios tuve que hacer prácticas judiciales y durante unos meses tuve a mi cargo algunos pequeños casos penales. Pero esto no compensaba el enorme vacío que significa no haber experimentado el funcionamiento concreto del sistema de control social en el ámbito penal. Necesario era evitar encontrarme un día ante el reproche que se hace a veces a un sacerdote en celibato por dar consejos en materia de relaciones conyugales, cuando solo conoce las resultantes de su compromiso nupcial de por vida con la Santa Iglesia. A mi regreso de Suiza (1971), después de más de cuatro años de ausencia y consciente de que no debía ser un simple y profundo teórico, me propuse frecuentar la praxis judicial y abogadil. La oportunidad se me presentó cuando se me propuso ingresar a la carrera judicial, a lo cual accedí mediante un concurso, en el que tuve éxito por ayuda e incitación de uno de mis profesores de San Marcos y formado en Europa. Como en el caso referente a mis realizaciones en Suiza, un conjunto de circunstancias favorables me hicieron magistrado de la Corte Superior de Lima (1987), en donde durante años formé parte y presidí tribunales correccionales. Esta experiencia facilitó que me familiarizara con la aplicación del derecho en una realidad plena de desigualdades, discriminaciones, carencias materiales y personales graves. Lo que me permitió confirmar la convicción que había adquirido en Suiza en el sentido de lo lejano que, en países como el Perú, están la letra de la ley y las palabras de las declaraciones sobre derechos humanos y de la dogmática respecto de la dura y crítica situación cotidiana.

CDP: Podría explicarnos, en el ámbito del Derecho penal, ¿cuáles son los efectos de los conflictos culturales?

Prof. José Hurtado Pozo: Mi afán de tener siempre presente el contexto en el que se elabora, analiza y aplica el derecho se pone en evidencia en buena parte de nuestra modesta obra. La frustración de no poder dar a mi tesis de doctorado la orientación sociológica proyectada, fue superada con la elaboración de un pequeño libro titulado *La Ley importada (recepción del derecho penal extranjero en el Perú)*, en el que expliqué los diferentes factores, incluido el del “poder”, en la formación y la evolución del derecho positivo y de las ideas jurídico-penales en

el Perú. Fue un librito que, para mi gran sorpresa, resultó muy bien recibido y, hasta considerado por algunos, como lo más significativo que había producido.

Uno de los capítulos de este libro está dedicado al tratamiento de los indígenas en el derecho penal: ignorados del todo en el primer código republicano por considerarse que los peruanos estaban formados en el crisol de la cultura española y discriminados en el Código Penal de 1924, al clasificarse a los peruanos en civilizados, indígenas degradados por la servidumbre y el alcoholismo y salvajes. En buena cuenta, lo que hicimos fue plantear la cuestión del pluralismo cultural para determinar el tratamiento de poblaciones culturalmente diversas por parte del sistema cultural (“occidental” y cristiano) social y políticamente dominante. Veta muy rica que hemos seguido explotando acentuando el análisis del pluralismo jurisdiccional, cultural y jurídico con miras a reforzar un Estado de derecho plural y democrático. Todo esto claro en el marco del régimen constitucional y convencional internacional de los derechos humanos. ¿Tarea pendiente o superflua? ¿Incapacidad o carencia de tiempo para realizarla? La nueva edición de *La Ley importada* se ha convertido en un sueño, o mejor dicho en una pesadilla.

CDP: Podría explicar a nuestros lectores, ¿cómo se ha manejado el asunto de la responsabilidad penal de las empresas en otros países?

Prof. José Hurtado Pozo: En una oportunidad tuve la suerte de participar en un coloquio, en la Universidad del Externado de Bogotá, sobre la situación de la dogmática penal. Una de las cuestiones implícitas a la temática de las exposiciones era la de señalar cuál o cuáles eran los aspectos claves de la evolución del Derecho penal. Un colega español planteó que eran los progresos científicos que se hacían en el ámbito del sistema cerebral humano, debido a que conducían a comprobar que el comportamiento de las personas estaba plenamente determinado por el funcionamiento de dicho sistema. Lo que, en consecuencia, llevaba a demoler las bases del derecho penal actual basado fundamentalmente en el margen de libertad que permite reprochar como culpable el hecho de cometer delitos a pesar de tenerse la libertad de decidir y actuar. Sin necesidad de negar esta afirmación, habría que considerar, pensamos nosotros, que —aun cuando se llegara a probar este criterio determinista— se seguirá partiendo de la idea de la libertad personal, en la medida en que se trata de una convicción enraizada en la conciencia individual y colectiva, la misma que fundamenta la idea de la dignidad humana. Las personas no serán calificadas y sancionadas por el color de su piel o la forma de su cráneo, sino porque su autopercepción (conforme o no a la realidad) de ser libres les impide cometer actos, para cuya ejecución son condicionados por las circunstancias personales y materiales existentes.

Pensamos que, en nuestro ámbito cultural, son dos las perspectivas que marcan el desarrollo del derecho penal. Por un lado, el reconocimiento, como ya lo hemos destacado, de un nuevo sujeto del mismo. No porque recién haya aparecido, sino porque se le ha tomado en cuenta al fortalecerse el respeto de los derechos humanos. Se trata del indígena, de la persona con pautas de conducta distintas a las impuestas por el sistema cultural predominante. Las categorías conceptuales e institucionales deberán ser repensadas, en particular las referentes a las condiciones de punibilidad, en función del respeto de la diversidad cultural.

Por otro, es la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mejor dicho de las empresas. Nuevos sujetos penales, pero viejos ya en el sistema anglosajón, debido al papel importantísimo que han asumido en la vida social, económica y política en las sociedades modernas y globalizadas. La regulación penal sustantiva, procesal y de sanciones penales debe ser reelaborada o matizada de acuerdo a la índole de estas entidades colectivas y de sus actividades comerciales, financieras y de servicios. Labor que no debe implicar el debilitamiento o la flexibilización de la seguridad jurídica, ni necesariamente la creación de una segunda vía. Sin echar al tacho todo lo adquirido con grandes esfuerzos, debe buscarse el planteamiento de otro derecho destinado tanto a las personas naturales como a las jurídicas, pero que tenga como elemento fundamental el respeto de los derechos materiales y procesales de todas ellas. Puede criticarse este planteamiento como utópico, pero es de reconocer que si bien, como toda otra propuesta de esta índole, puede ser apreciada como fantasiosa, ella puede jugar el papel de la Estrella del Sur: guía de marineros que nunca la alcanzarán, pero que no se perderán y llegarán a buen puerto.

CDP: ¿Qué opina usted acerca del fenómeno expansivo del derecho, la clara propuesta del “Derecho penal del enemigo”? ¿Cree que el ordenamiento punitivo es la clave para solucionar todos y cada uno de los conflictos sociales?

Prof. José Hurtado Pozo: Debido al surgimiento, desarrollo e intensificación de la rebelión civil armada dirigida por Sendero Luminoso, se estatuyó en el Perú una legislación antiterrorista hipertrófica. No solo por el gran número de disposiciones dictadas y de procesos de excepción establecidos, sino por la gran cantidad de nuevos delitos, el aumento desproporcionado de la gravedad de las penas, la desnaturalización frecuente de categorías penales tradicionales. Mi posición fue de franca oposición a este abuso absurdo del poder punitivo del Estado frente a un hecho que era, sobre todo, de índole social, económica y política. El Derecho penal no es el medio adecuado para resolver

conflictos sociales, en la medida en que interviene, generalmente, después de que el conflicto y el perjuicio ya se han producido.

El refinamiento intelectual de tratar de explicar y justificar una legislación de esa índole mediante la concepción del “derecho penal del enemigo” se comprende quizás en el contexto de sociedades desarrolladas tanto política como socialmente, en las que se estima completamente superadas experiencias como la del nazismo. En países como los nuestros, no solo resulta inoportuno sino hasta poco novedoso. Sin la finura dogmática con la que ha sido planteada en Alemania, ella estaba materializada, en los años cincuenta, en las leyes de excepción dictadas por las dictaduras latinoamericanas para combatir los partidos calificados de internacionales y extranjerizantes, responsables de la subversión comunista. Esta legislación de emergencia se orientaba, en particular, a defender y reforzar el *statu quo* injusto imperante en nuestros países, pues la represión tenía principalmente la finalidad de reprimir todo opositor político a regímenes sociales tan injustos. No fue gracias a la legislación antiterrorista, arbitraria e injusta, que Sendero Luminoso fue vencido. La lucha militar y la batalla política fueron decisivas, pero con secuelas graves que hasta ahora perduran debido a las condiciones antidemocráticas y antipopulares con que se llevaron a cabo. La población civil sufrió la violencia ejercida por ambos contendientes, el sistema del Estado de derecho quedó gravemente afectado por el régimen dictatorial que se promovió.

De modo que ante fenómenos de esta índole hay que permanecer en vigilancia permanente y no embarcarnos en discusiones que si bien siguen la moda, descuidan el fondo del problema. Su planteamiento ha servido al menos para tomar consciencia de este riesgo. Su creador y propulsor, así como sus seguidores, deben lamentarse por el enorme daño que, a nivel de la difusión de las ideas dogmáticas, la concepción del “derecho penal del enemigo” ha causado al conjunto de los interesantes planteamientos dogmáticos que habían realizado.

CDP: ¿Sin embargo, parecería que sucesos tan graves como la muerte de los periodistas de *Charly Hebdo* en París, harían necesario adoptar medidas radicales?

José Hurtado Pozo: Su cuestión nos hace pensar a la reflexión sobre la debilidad de las “sociedades abiertas”, en oposición a las totalitarias “cerradas”, para defenderse de los enemigos de la democracia. Conocimos y apreciamos los escritos y dibujos de algunos de los periodistas asesinados cuando practicaban su arte en el seminario *Hara-kiri* de la década de los sesenta, antecesor de *Charly Hebdo*

y que fuera clausurado por una osada primera página dedicada a la muerte del general de Gaulle. Desde hace tiempo, lamento no haber conservado los pocos números de *Hara-kiri, journal bête et méchant*, en los que reforcé la convicción de que el humor es un factor indispensable a toda actividad, lo que mucho falta entre nosotros los dogmáticos penalistas ... a pesar de Ihering: *La jurisprudencia en broma y en serio* (quizás humor muy germánico y poco contagiosos).

Volviendo al tema, es de señalar que una de las causas del crimen de los extremistas fue sin duda la osadía de los periodistas a continuar, fieles al ejercicio de la libertad personal, tomando como objeto de sus crónicas y caricaturas humorísticas la religión de los victimarios. Proceder de esta manera ha sido considerado por algunos como una imprudencia, un mal cálculo de los riesgos a que se exponían sabiéndose amenazados de muerte. Por lo que agregan que debían haberse autocensurado para no provocar la reacción violenta de los terroristas.

El mayor error de quienes promueven estas opiniones es que así reconocen como límite de la libertad personal la ley moral o religiosa en detrimento de las leyes del Estado de derecho. Olvidando que, en nuestros sistemas democráticos, se reconoce, desde la Declaración de los derechos de 1789, que todos tienen el derecho pensar, opinar, expresarse dentro de los límites fijados en las leyes. Los mismos que han sido y continúan siendo precisados a lo largo de los años, mediante por ejemplo la prohibición y represión de los delitos contra el honor, la apología de los crímenes contra la humanidad, genocidio y terrorismo, la discriminación y violencia sobre las personas en razón de su origen, pertenencia a una etnia, raza, religión o a un género. Hasta llegarse, en los últimos tiempos, a abolir algunas de estas prohibiciones para facilitar el juego democrático, así por ejemplo el convertir los delitos contra el honor en ilícitos civiles y dando lugar solo a una responsabilidad de la misma índole.

Solo en este contexto deben ser apreciadas las actividades de los periodistas de *Charly Hebdo* y de sus victimarios. Los primeros solo hicieron ejercer su profesión confiados en la vigencia y el respeto de las leyes republicanas en un Estado de derecho laico y, por tanto, separado de toda institución religiosa. Hay que recordar que, en las ocasiones en que no respetaron estas pautas, fueron reprimidos, por ejemplo, como responsables de delitos contra el honor. Los segundos, desconociendo dichas leyes y pretendiendo imponer creencias y pautas religiosas, se convirtieron en "ejecutantes del mandato divino" de matar a los periodistas.

Las sociedades democráticas no deben reaccionar rebajándose al nivel de sus enemigos, quienes son sus miembros, por tanto, personas como todos los demás. Eliminarlos o excluirlos negando su condición de personas solo constituiría

la confirmación del fracaso a integrarlos socialmente. La reacción espontánea y multitudinaria de los franceses al día siguiente de la muerte de los periodistas constituyó la expresión de la confianza en el Estado de derecho y de la exigencia de que sea debidamente reforzado.

CDP: ¿Considera usted que el Derecho penal cumple con el fin de resocializar o, por el contrario, genera exclusión social a quienes fueron declarados culpables?

Prof. José Hurtado Pozo: En las constituciones y los códigos penales latinoamericanos se prevé que las penas tienen la finalidad de resocializar, reeducar, reintegrar, retribuir, algunas veces de manera cumulativa. Así mismo, las disposiciones sobre la individualización y aplicación de las penas, sobre todo la de privación de libertad, estatuyen, siguiendo las recomendaciones de las convenciones internacionales, la implementación de procedimientos y de locales adecuados para alcanzar dichos objetivos. En la realidad, estos no pueden ser realizados por la casi total ausencia de recursos personales y materiales indispensables. Los establecimientos de ejecución de penas se encuentran sobrepoblados, carentes de condiciones higiénicas normales, controlados internamente por mafias que someten y maltratan a los demás detenidos, ausencia de implementos de trabajo y enseñanza, de un personal suficiente y debidamente formado. De manera que el estudio del derecho de ejecución de penas resulta una “ciencia ficción”, porque la realidad imaginada por el legislador es completamente extraña a la realidad concreta.

Lo curioso es que, desde siempre, el afán de los gobiernos ha sido crear prisiones modelos, a imagen y semejanza de las norteamericanas o europeas. Cuando han logrado construirlas, estas se han convertido casi de inmediato en depósito de personas sometidas a simples sistemas de vigilancia y represión. También, han continuado creyendo que la solución era continuar construyendo prisiones con la finalidad de combatir la sobrepoblación. Pero irracionalmente han continuado multiplicando los delitos, aumentando la duración y severidad de las penas, restringiendo las penas sustitutivas de penas privativas de libertad, lo que conduce necesariamente a un aumento de delincuentes y, por tanto, a la imposibilidad de organizar un sistema de encarcelamiento racional.

En casi todos los países se proclama que no se prevé más la pena de muerte, lo que sería muestra de progreso y humanidad. Sin embargo, no se considera que la imposición de penas privativas de larga duración y que deben ser ejecutadas en condiciones inhumanas implica la condena a “penas de muerte lenta”, pues nada garantiza que quien es internado en una cárcel salga, al menos, en el mismo estado de salud con el que ingresó.

CDP: ¿Qué opina usted del estado actual de la dogmática penal en el continente latinoamericano y, en particular, en Colombia?

Prof. José Hurtado Pozo: Cuando era estudiante en San Marcos, las obras en boga, en el Perú, entre los estudiantes interesados en el Derecho penal eran el *Tratado de derecho penal* de Jiménez de Asúa (obra con pretensiones enciclopédicas), el *Derecho Penal Argentino* de Sebastián Soler (estudio de la legislación argentina en la perspectiva de la dogmática alemana), el *Derecho Penal* de Novoa Montreal (más sencilla que el de Soler, pero con gran sentido didáctico) y algunas otras obras como la del venezolano Mendoza Troconis o la del argentino Ricardo Núñez. De Colombia, procedía sobre todo la obra de Francesco Carrara, traducida y publicada en Bogotá. En el Perú, no había obra nacional destacada. Si no me equivoco, ningún penalista reivindicó ser finalista. Las concepciones sobre todo alemanas llegaban por intermedio de autores españoles en el exilio, el franquismo comportó un estancamiento de las obras jurídicas en España. Si se quería tener una visión global de Derecho penal español, se debía consultar el Derecho penal de Rodríguez Devesa. Luego comenzaron a aparecer las traducciones españolas, algunas anotadas, de las obras de Binding, Belling, von Liszt, Mezger, Welzel y Maurach. Un autor español llegó a decir que era conveniente que las ideas germánicas llegaran hispanizadas después de pasar por el cedazo jurídico hispánico. Situación que ha cambiado radicalmente en razón a que muchos juristas latinoamericanos van a amamantarse directamente de la ubre teutona. Muchos se reclaman luego funcionalistas seguidores de la “moderna dogmática”, sin que no lo hagan también algunos que no tienen cabal idea de lo que se trata. Nada extraño que muchas de las obras hispanoamericanas se caractericen por la utilización intensa de la dogmática alemana. Llegándose hasta considerar que solo se puede ser un buen penalista dogmático si se utiliza la bibliografía en alemán. Afirmación extrema que ha llevado a la perversión frecuente de que algunos, desconocedores del alemán, citen las obras germánicas de segunda mano. Ocultando así, el supuesto, hándicap de no ser germanófilo. Hecho curioso es que, con frecuencia, se invoque, al momento de justificar o rechazar alguna propuesta de interpretación del derecho positivo nacional, la doctrina mayoritaria y se cite autores alemanes o españoles sin esclarecer si los análisis de estos se basan en disposiciones legales, al menos, parecidas a las nacionales. Otro extremo es que algunas obras latinoamericanas parecen más bien constituir el desarrollo de las ideas y discusiones alemanas. A veces, me sucede que entiendo mejor dichas obras cuando las leo en alemán. Mientras los autores alemanes no citan, salvo en raros casos, las obras de sus colegas hispanohablantes, nosotros llegamos a enfrascarnos en discusiones esotéricas sobre si es o no necesario citar a los autores germanos. En el fondo, creo que hay un factor de

poder en esta relación cultural, que no solo es el mayor desarrollo de la dogmática penal alemana.

CDP ¿Pero en esta época de la globalización, resulta casi “natural” que se exporte concepciones dogmáticas?

Prof. José Hurtado Pozo: Claro que los medios modernos de comunicación, en particular la informática, y de transporte, más rápido y accesible que antes, facilitan que los penalistas latinoamericanas hagan estancias en Europa, principalmente en Alemania y España, para amamantarse directamente de las fuentes doctrinarias. De esta manera, se transforman en factores portadores de diversas concepciones legislativas y dogmáticas, lo que es bastante positivo. Así juegan un papel sustancial en la “circulación de modelos jurídicos”, un fenómeno social tan antiguo como el derecho.

Pero esta labor debe convertirse en un instrumento de fomento y enriquecimiento, por ejemplo, del derecho comparado. De modo que, confrontando leyes, jurisprudencias, doctrinas, se llegue a renovar y mejorar los derechos positivos nacionales. Lo que no implica que se pregone un chauvinismo que empobrezca la legislación y las culturas jurídicas locales. En este sentido, resulta poco comprensible, por ejemplo, que se perciba al causalismo, finalismo y funcionalismo como “escuelas” (a modo del viejo estilo de las escuelas clásica y positiva). Cuando solo son, no nos cansaremos de decirlo, meras propuestas de interpretación del derecho positivo formuladas desde diversas perspectivas filosóficas, sociológicas o morales. Ninguna de ellas es verdadera o falsa. Si no planteamientos más o menos conveniente para aplicar justamente el derecho a una situación humana determinada. Todas ellas contienen criterios aceptables y aprovechables para alcanzar este objetivo. Su utilización es lo que permite que se vaya constituyendo, perfeccionando, consolidando una explicación doctrinaria del derecho conforme a las leyes (frutos de un proceso democrático y pluralista) concretas que se aplican y que, conforme al principio de legalidad, son el punto de partida de toda interpretación (y, en consecuencia, de la labor constitutiva de las “doctrinas”).

CDP: Como Profesor universitario se ha granjeado siempre el afecto y la admiración de sus miles de estudiantes, producto de la forma como transmite sus conocimientos y se acerca a ellos. ¿Qué consejos les daría a los jóvenes profesores que se dedican a la enseñanza del Derecho penal?

Prof. José Hurtado Pozo: Aunque casi seguro que está exagerando por generosidad, lo cierto es que el ejercicio de la docencia es el aspecto que me ha, especialmente, atraído durante las décadas de docente. A tal punto que, ahora

en el retiro, es la actividad de profesor la que más extraño. Con la agravante de que, a diferencia de las otras (investigar, escribir, publicar, etc.), es la única que no podemos continuar realizando. La explicación de ese atractivo y esa añoranza es el contacto con los alumnos, sean jóvenes o entrados en años. No tanto por la posición de autoridad de quien transmite conocimientos y califica a sus alumnos considerando si asimilaron o no las enseñanzas teóricas expuestas. Si no más bien, por la falta de interlocutores interesados en el intercambio de ideas mediante una relación interactiva intensa. Claro que para lograr este tipo de relación se requiere un mínimo de la calidad histriónica que distingue a la gente de teatro. El docente debe despertar el interés del alumnado, mantenerlo de tal manera a promover el diálogo, satisfacer su afán de aprendizaje mediante la respuesta oportuna e incisiva, tomar en serio toda pregunta por más inoportuna o desplazada que sea, todo esto condimentado con la mínima dosis de humor. Quizás esto supone la actitud primaria de no pontificar, por lo que después de explicar largamente un tema o responder una serie de cuestiones, siempre recomiendo a mis alumnos que “no deben creer en todo lo que digo”. Fuera de lo paradójico de esta recomendación, tiene la ventaja de constituir una exigencia de que se mantenga una constante actitud crítica ante lo que se nos predica. En todo caso, ya que me he referido a la influencia alemana, no hay que hacer lo que se estilaba hacer en Alemania, en observancia del rigor y seriedad exigidos, el de leer el texto de la exposición, incluidas las notas de pie de página. Quizás por esto, en alemán, se utilice el verbo *lesen* (leer) para referirse al hecho de “dar un curso”. Tal vez caricaturizo la explicación, pero valga la pena para amenizar esta aburrida entrevista.

CDP: ¿A qué actividad investigativa dedica su tiempo actual? ¿Cuándo cree que sus miles de lectores y admiradores se podrán beneficiar de esas exploraciones académicas?

Prof. José Hurtado Pozo: Actualmente, no tengo un proyecto en marcha previsto para realizarlo durante un lapso determinado. Simple precaución en consideración a encontrarme ya en la recta final, generalmente muy intensa pero de breve duración. En este sentido, por ejemplo, me he propuesto llenar mis vacíos en el ámbito del derecho penal económico, que descuidé bastante por dedicarme sobre todo a estudiar la Parte general y la Parte especial del Derecho penal tanto suizo como peruano. Para lo cual me preocupé bastante de los problemas relativos a la teoría general del Derecho, en particular a la interpretación y aplicación de la ley. Estudios que siempre fueron acompañados por la toma en consideración del contexto histórico y social (en el sentido que hemos explicado anteriormente).

Asimismo, me distraigo un poco con la relectura de libros consultados con gran interés hace un buen tiempo o leyendo algunos que descubrimos al filo de nuevas indagaciones bibliográficas. Convencido de que las categorías jurídicas son mejor comprendidas teniendo en cuenta la perspectiva histórica, profundizo actualmente mis pobres conocimientos en historia, sociología y política, mediante la lectura de obras a las que quizás debí prestar mayor atención. El objetivo no es, por ejemplo, describir el origen y la evolución de la regulación positiva de dichas categorías. Busco más bien calar en las circunstancias sociales y políticas que condicionan su concepción y desarrollo. Por ejemplo, en el caso del denominado “feminicidio” o “femicidio”, de determinar el porqué de la previsión de una figura delictiva específica: cómo se pretende compensar la violenta y prolongada discriminación de la mujer convirtiéndola en el objeto de una protección especial. Sin embargo, mediante disposiciones que corren el riesgo de jugar el papel de un “derecho penal simbólico”, es decir carente de eficacia y proficuo en producir el efecto perverso de justificante de una deficiente política criminal.

En esta perspectiva, por ejemplo, completo mis lecturas del pensamiento de Michel Foucault mediante el estudio de algunas obras que completan un vacío del gran autor francés. Son trabajos que tratan de la “caza de brujas”, que comportó una intensa represión, sobre todo de mujeres basada en una ideología defendida y promovida por teólogos, filósofos, juristas. Cito como ejemplo, el libro de Robert Mandrou, *Magistrats et sorciers en France au XVII e Siècle* y que constituye la historia de una “verdadera revolución mental”. El sueño es efectuar algo parecido, guardando la debida distancia, con la aparición, difusión y disolución de las concepciones dogmáticas en Derecho penal.

CDP: ¿Cuál es su más grande satisfacción como académico? ¿Por qué?

Prof. José Hurtado Pozo: La de haber sobrevivido a los 50 años de actividad universitaria, en diversas latitudes, y mantener aún la fe en la justicia después de haber participado en su administración como magistrado. Y, aún todavía un poco sorprendente, con ganas de continuar en la brega a pesar de tanto desengaño cotidiano. Sobre todo, cuando siento que aún algo represento debido a las dificultades que he enfrentado al tratar de reintegrarme, parcialmente y por tiempo limitado, a la actividad académica en el Perú. En algunos casos, es como si rehacerse un “hueco” estuviera impedido con el grito de González Prada: “los jóvenes a la obra, lo viejos a la tumba”.

O cuando alguna Universidad peruana, a pesar de que nunca he tenido relaciones con ella, presenta una apócrifa edición de uno de mis libros diciendo que ha sido elaborada en el marco de sus actividades académicas.

Dejando de lado estos avatares, debo destacar que lo más satisfactorio es el ser reconocido después de años por un estudiante, quien se regocija recordando alguna anécdota, algún ejemplo didáctico o afirmando que no se aburría en mis cursos. Claro, con la amabilidad de no destacar lo desagradable que era soportar las evaluaciones escritas u orales que tuvo que pasar.

Estas experiencias han variado notablemente en la medida en que he ido desarrollando y perfeccionando el uso de la informática, principalmente con la creación, hace ya algunos años, del portal (<http://perso.unifr.ch/derechopenal/>) dedicado a la difusión en español de informaciones sobre la doctrina, legislación, jurisprudencia penales. En el mismo, se difunde la revista *Anuario de derecho penal*, editada e impresa en Lima, con las colaboraciones del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica y de la Université de Fribourg. Mediante las novedades mensuales, logro establecer un contacto enriquecedor con los numerosos visitantes del portal, y si bien es virtual también se realiza con simpatía y gran libertad.

CDP: Finalmente, Profesor Hurtado, podría compartir con nosotros el título de cinco obras de Derecho penal que en su opinión no debería dejar de leer ningún estudioso de estas disciplinas.

Prof. José Hurtado Pozo: Se trata de la pregunta más difícil que me hace y a la que me es imposible responder debido a que todavía no he escrito las cinco obras que me pide mencionar. También quizás porque mis amigos penalistas, autores de obras bastante buenas, son más de cinco y escoger entre ellos sería tarea ardua y altamente riesgosa. Tampoco bastaría mencionar los libros que siempre están en mi mesa de noche, muy recomendables y que tienen la virtud de que la lectura de dos de sus páginas me hace dormir profundamente.

Aprovecho más bien su pregunta para insistir en la recomendación que siempre hago a mis estudiantes. Un buen jurista debe poseer una rica cultura general, lo que supone haber leído selectivamente obras no jurídicas, principalmente, de historia, sociología, política, filosofía y, siempre, con la actitud del cazador de recopilar datos, opiniones, críticas relacionadas con el sistema penal. Reflexionando en este momento sobre la cuestión que me ha planteado, quizás comprendo porque en los últimos meses de 2014 he leído o releído libros como *Vigilar y castigar* de Foucault, *La guerre des forêts (Luttes sociales dans l'Angleterre du XVIIIe siècle)* de Thompson, *Denle duro que no siente. Poder y trasgresión en el Perú republicano* de Carlos Aguirre, *Género e historia* de Joan Scott y 2666, la novela de Roberto Bolaño...

José Hurtado Pozo

No se trata de una especie de “reposo del guerrero”, a lo Roger Vadim, sino continuar cultivando la música que cada uno cultiva para seguir removiendo a ritmo sostenido el conformismo, la complacencia, la abulia, la colusión ante tanta injusticia.