

Autosemblanza (Selbstdarsellung)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El autor realiza una exposición sobre su trayectoria académica y personal, enmarcada en la propia evolución de la universidad española.

Palabras clave: *Enrique Gimbernat, semblanza, Universidad Española, teoría del derecho penal.*

ABSTRACT

The author elaborates a presentation on his academic career and personal trajectory, framed in the evolution of the Spanish University.

Keywords: *Enrique Gimbernat, semblance, Spanish University, theory of criminal law.*

A. HISTORIA DE UNA AUTOSEMBLANZA

I

En 2010, editado por Eric Hilgendorf, se publicó el libro «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen» («La ciencia del Derecho penal de habla alemana en autosemblanzas») (1), libro en el que figuran contribuciones de los siguientes penalistas:

(1) WALTER DE GRUYTER, Berlín-Nueva York 2010, XIV + 702 pp.

Günther Arzt, Manfred Burgstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Diethelm Kienapfel, Karl Lackner, Ernst-Joachim Lampe, Klaus Lüddersen, Werner Maihofer, Wolfgang Naucke, Claus Roxin, Hans-Ludwig Schreiber, Friedrich-Christian Schroeder, Günter Spendel, Günter Stratenwerth, Klaus Tiedemann y Ulrich Weber. Hilgendorf afirma, en la «Introducción» del libro (2), que «no se trata sólo del desarrollo personal y científico de los autores aquí representados; la historia del desarrollo personal está incrustada, más bien, en la historia de la ciencia del Derecho penal en su totalidad, formando parte, con ello, de la historia contemporánea. A la inversa, los acontecimientos de la historia contemporánea influyen en el devenir personal y científico y, de esta manera, encuentran acceso a las autosemblanzas». Compré el libro al poco de aparecer y leí las autobiografías de los profesores que más me interesaban.

Hilgendorf efectuó la selección de los penalistas de habla alemana llamados a escribir sus autosemblanzas entre aquéllos que, al comienzo del proyecto, «habían alcanzado ya los 70 años», concediéndose a los «autores una gran libertad en la conformación y en la extensión de sus textos. La heterogeneidad de los textos refleja la heterogeneidad de las personalidades y de sus estilos y así fue aceptada» (3).

Las autobiografías contenidas en el libro tienen un gran interés, tanto en lo que dicen como en lo que callan, por lo que la obra ha encontrado una buena acogida, no en último lugar porque se le permite al lector especialista asomarse a la vida y a la obra de ilustres profesores de Derecho penal –contadas por ellos mismos (4)–, que hasta ahora sólo eran conocidos por sus aportaciones científicas.

II

Thomas Fischer es presidente de la Segunda Sala de lo Penal del Bundesgerichtshof (BGH, Tribunal Supremo alemán) y catedrático honorífico de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad de Würzburg. Se trata de un penalista heterodoxo, iconoclasta e inclasificable. Antes de empezar a estudiar Derecho a una edad relati-

(2) P. VII.

(3) *Op. cit.*, p. XIII.

(4) La única excepción la constituye Theodor Lenckner: como había fallecido en 2006, su autosemblanza ha sido sustituida por una biografía escrita por su discípulo Edward Schrammn.

vamente tardía, incluso para Alemania (a los 27 años), había sido carpintero, músico pop, conductor de camiones y repartidor de paquetería, habiendo iniciado, antes de decidirse por el Derecho, la carrera de germanística, ya que quería ser escritor. En los medios de comunicación, que se ocupan de él frecuentemente, y en los que escribe regularmente, tuvo una gran repercusión la polémica que se desató cuando el presidente del BGH le vetó para la presidencia de la Segunda Sala, por considerar que no era «idóneo» para ocuparla, alegando, entre otras razones, que tres magistrados de dicha Segunda Sala se habían trasladado a otra «porque no podían imaginarse un trabajo conjunto con Fischer». Fischer recurrió a la jurisdicción contencioso-administrativa y, finalmente, fue designado para esa presidencia que actualmente ocupa. Entre los penalistas alemanes el prestigio de Fischer se asienta fundamentalmente en que es el autor del más conocido –y mejor– «comentario breve» (5) del StGB, comentario que cada año es objeto de una nueva edición (6).

III

1. Todo esto viene a cuento porque en 2011, en el libro homenaje a la que había sido anteriormente también presidente de la Segunda Sala de lo Penal del BGH, Ruth Rissing-van Saan (7), Fischer, con el título «Spuren der Strafrechtswissenschaft. Eine Leseempfehlung» («Huellas de la ciencia del Derecho penal. Recomendación de una lectura») (8), había escrito un artículo dedicado exclusivamente a comentar precisamente el libro editado por Hilgendorf, de quien le hubiera gustado que hubiera indicado por qué eligió precisamente a esos penalistas –y no a otros más (9)– para participar en la obra y por qué no menciona si y, en ese caso, quien o

(5) Aunque tiene, en su última edición, una extensión de nada menos que 2.727 páginas. Pero es «breve», ciertamente, en comparación con los grandes comentarios del StGB como el *Schönke/Schröder*, el *Leipziger Kommentar* o el *Münchener Kommentar*.

(6) FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck'sche Kurz-Kommentare, tomo 10, 58 ed., 2015. Este comentario fue fundado por SCHWARZ, continuado por DREHER y, posteriormente, por TRÖNDLE. Actualmente su autor único es FISCHER.

(7) *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan* (BERNSMANN Y FISCHER eds.), WALTER DE GRUYTER, Berlín-Nueva York 2011.

(8) RUTH RISSING-VAN SAAN-FS, pp. 143-179.

(9) En la p. 146 n. 14 FISCHER relaciona a otros profesores de Derecho penal que también tenían méritos suficientes para haber sido incluidos en el libro de auto-semblanzas.

quiénes fueron invitados a colaborar en el proyecto, pero se negaron a hacerlo (10).

Este artículo de Fischer no siempre es precisamente amable con los penalistas alemanes que han escrito sus autosemblanzas, aunque con algunos (Arzt, Roxin, Spindel y Stratenwerth, por ejemplo) es más benévolo, e incluso laudatorio, que con otros (por ejemplo, con Hirsch) (11). En su artículo Fischer reprocha que muchos de los autores pasen como sobre ascuas por el nacionalsocialismo (12), que, cuando hablan de sus maestros, se refieran a ellos como «“respetados”, “altamente respetados”, “agradecidamente respetados” o “admirados”», sin que, por lo general, se detengan a explicar de dónde viene ese «respeto» o esa «admiración» (13), afirmando que existen indicios de que, en muchos casos –y ello no puede extrañar para quien conozca la Universidad alemana (también la española), de los años 50, 60 y 70 del pasado siglo, aunque resquicios siempre quedan–, esa relación maestro-discípulo se habría canalizado por la «subordinación», la «prestación de servicios» (¿un eufemismo para la «explotación»?) y el «sometimiento» (14).

Fischer critica que en las autosemblanzas domine (15) el «tono medio» y el «miedo al exceso» en la descripción de las propias vidas (16): «ahora murió mi padre; ahora escribí un libro; ahora me casé; ahora accedí a “Privatdozent”» (17), así como una exposición autobiográfica casi idílica de las propias vidas (18), en la que no se mencionan «experiencias de derrotas, motivos de miedo, vivencias de fracaso», ya que «quien trata de exponer su vida como si no hubiera sido una permanente búsqueda de orientación y de nadar contra los propios defectos e inseguridades, con ello, como la vida enseña, pocas veces podrá convencer a sus propios hijos ni, mucho menos aún, al resto del mundo» (19).

La mayoría de los autores describe su plan de vida por el objetivo: «yo también quiero ser catedrático» (20), pero Fischer echa de menos que expliquen por qué precisamente de Derecho penal, una materia

(10) Cfr. *op. cit.* p. 146.

(11) Cfr. *op. cit.*, pp. 152 n. 31, 160 y 166 n. 75.

(12) V. *op. cit.*, pp. 149/150, 151 ss.

(13) *Op. cit.*, p. 159.

(14) *Op. cit.*, p. 160.

(15) De ello excluye expresamente a Arzt y a Roxin (cfr. p. 149).

(16) *Op. cit.*, p. 148.

(17) *Op. cit.*, p. 149.

(18) Cfr., por ejemplo, *op. cit. loc. cit.*

(19) *Op. cit.* p. 155.

(20) *Op. cit.*, p. 157.

que se ocupa de asuntos tan dramáticos como del crimen y del castigo (21).

2. En las pp. 166 ss. de su artículo Fischer se ocupa de la relación de los penalistas alemanes cuyas autosemblanzas se recogen en el libro con la revolución estudiantil de 1968, afirmando que, «en retrospectiva, el gratuito desprecio de algunos autores por las demandas de los del 68 tal vez podría haberse atenuado algo» (22).

En Alemania la revolución estudiantil había precedido en el tiempo a las de California y París. Ya en 1967 se registraban en las ciudades alemanas importantes manifestaciones de estudiantes en las calles, produciéndose en una de ellas, en la celebrada en Berlín el 2 de junio de 1967, con motivo de la visita a Alemania del Sha de Persia, la muerte a tiros del estudiante Benno Ohnesorg a manos del policía Karl-Heinz Kurras (probablemente, se trató de un asesinato, ya que, como ha podido comprobarse muchos años más tarde, después de la caída del muro y de la incautación de los archivos de la Stasi, Kurras era un agente de los servicios secretos de la DDR, por lo que no parece descabellado pensar que, al matar a Ohnesorg, cumplía órdenes de aquéllos con la finalidad de incrementar los disturbios antisistema de los estudiantes de la República Federal). La muerte de Ohnesorg, como el atentado contra el carismático líder estudiantil Rudi Dutschke, también en Berlín, el 11 de abril de 1968, quien años más tarde, el 24 de diciembre de 1979, moriría por las secuelas que le habían dejado las balas que dispararon contra su cabeza, contribuyeron a arrojar más leña al fuego de las protestas estudiantiles.

Ciertamente que, como en EE UU y Francia, también en Alemania el movimiento estudiantil tenía, como ejes centrales de la protesta, entre otros, la oposición a la agresión norteamericana en Vietnam y la lucha por la liberación sexual, y que, entre sus ideólogos figuraban, igualmente, Wilhelm Reich, Erich Fromm y Herbert Marcuse (a este último se acudía con tanta frecuencia, como argumento de autoridad, que, en España, cuando esa frecuencia se convertía en monotemática, siempre había alguien que introducía el contraargumento: «¡De Marcuse no se abuse!»).

Pero en Alemania la protesta tenía también su origen en dos motivos adicionales de, por así decirlo, carácter regional: en primer lugar, era el reflejo del conflicto de los hijos con los padres que –salvo heroicas excepciones– habían vivido como adultos la dictadura nacionalsocialista, colaborando esos padres con ella activa o pasivamente y que, en el entorno familiar, habían cubierto con un manto de silencio qué

(21) Cfr. *op. cit.*, pp. 157/158.

(22) *Op. cit.*, p. 169.

es lo que habían hecho o dejado de hacer durante los negros años del régimen hitleriano; y, en segundo lugar, en Alemania las protestas estudiantiles tuvieron también, como uno de sus objetivos principales de combate, la estructura férreamente jerarquizada de la Universidad de los Ordinarien, objetivo este último genuinamente alemán de la revuelta de los estudiantes, y en el que figura la fecha del 9 de noviembre de 1967 como la que marca un antes y un después, a partir de la cual la Universidad alemana ya nunca volvió a ser la misma.

El 9 de noviembre de 1967, en el Audimax de la Universidad de Hamburgo, tenía lugar el relevo del antiguo rector Karl-Heinz Schäfer por el nuevo, Werner Ehrlicher, vistiendo ambos las espectaculares galas de las vestiduras académicas alemanas, mucho más ostentosas que las españolas, que consisten simplemente en colgarse al cuello, sobre la toga con puñetas y la muceta de doctor, la medalla de catedrático o de profesor titular, cubriéndose la cabeza con el birrete reglamentario. Encabezaban la procesión universitaria el rector saliente y el entrante, y delante de ellos se colocaron dos estudiantes que despleaban una pancarta de tela negra con una frase escrita en letras blancas. Lo cómico de la situación residía en que el público asistente sí que podía leer la frase escrita en la parte anterior de la pancarta, mientras que Schäfer y Ehrlicher, de espaldas a dicha pancarta, no podían ver el texto que les precedía, por lo que siguieron avanzando presidiendo la comitiva. Aquella frase, que ha hecho historia, rezaba: «Unter den Talaren Muff von 1000 Jahren» («Debajo de las togas hedor a moho de 1000 años») (23). A partir de entonces, y durante muchos años, desaparecieron las ceremonias solemnes de las universidades alemanas, por el temor de los catedráticos a que sus galas sirvieran de pretexto para ridiculizarles. (Con motivo de mi nombramiento como doctor honoris causa por la Universidad de Munich, en 1999, a Bernd Schünemann, que fue quien me invistió con el título honorífico, en una sala adyacente, y antes de iniciarse la comitiva hasta la Grosse Aula de la Universidad, que es donde iba a celebrarse la ceremonia, le costó Dios y ayuda, y una eternidad, revestirse con los complicadísimos atributos y ornamentos de decano de la Facultad de Derecho, confesándome que los había sacado del baúl de los recuerdos donde reposaban desde hacía muchos años sin ser utilizados. En cualquier caso, y a pesar de los «Talaren», y posiblemente porque ya había pasado mucho tiempo desde aquel 16 de noviembre de 1967 en la Universidad de Hamburgo, en la ceremonia no se registró ningún incidente).

(23) Quien desee ver alguna imagen de aquella esperpéntica situación no tiene más que teclear en Google esa frase alemana.

Pero a lo que iba: coincido con Fischer en que la revolución estudiantil del 68 no sólo –pero sobre todo, en Alemania: ¡quién la ha visto y quién la ve!– ha supuesto, para bien, una transformación de la sociedad y de sus valores como pocas otras revoluciones del siglo xx. Pero me parece demasiado pedir una actitud comprensiva para ella por parte de quienes fueron precisamente una de sus principales víctimas: los catedráticos alemanes (24); especialmente, los de Derecho penal, ya que para aquellos revolucionarios ese Derecho era la máxima expresión de la represión y de la estigmatización y lo único que había que hacer con él era «abolirlo» (25).

3. Fischer, que encabeza su artículo con una cita de Kafka, se sorprende de que, a pesar de que la mayoría de los penalistas incluidos en el libro confiesa su devoción por la literatura, ninguno de ellos menciona para nada a este escritor (26), a pesar de que algunas de las obras del doctor en Derecho Franz Kafka están enmarcadas dentro de una atmósfera jurídica y, precisamente, juridicopenal. No albergo ninguna duda de que la obra de Kafka, como afirman los expertos –entre ellos, mi admirado crítico literario Marcel Reich-Ranicki–, es una de las cumbres, no sólo de la literatura en lengua alemana, sino, en general, de la literatura universal. Pero tal vez a mis colegas alemanes les haya sucedido lo mismo que a mí: que, a pesar de que en muchas ocasiones he iniciado la lectura de los escritos de Kafka –cuyas obras completas se encuentran en una de las estanterías de mi biblioteca–, el aburrimiento que se iba apoderando de mí me ha impedido siempre leerlos hasta el final.

4. Las críticas de Fischer a los catedráticos alemanes que han escrito sus autosemblanzas hay que tomarlas, sin embargo, *cum grano salis*, porque a veces me asaltan dudas sobre su imparcialidad.

Independientemente de que las vidas de esos catedráticos han discurrido sin sobresaltos, al menos en apariencia, por una senda tan abu-

(24) No se libraron de sus furibundos ataques ni siquiera profesores tan intachables como el liberal ROXIN o el izquierdista ADORNO: cfr. GIMBERNAT, ADPCP 2011, p. 7.

(25) En el verano de 1969, durante una estancia de estudios en el Instituto Max Planck de Friburgo, fui testigo de los ataques personales y de las pintadas que tuvo que soportar JESCHECK, un profesor ciertamente conservador, pero también un demócrata por encima de cualquier sospecha. Precisamente en aquel verano, e influido por –y compartiendo en una gran medida– los principios de la revolución de 1968, escribí mi artículo: «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en el que trataba de hacer compatibles dichos principios con una fundamentación racional del Derecho penal –del que, como acabo de indicar, los ideólogos más extremos del 68, irrealistamente, proponían su abolición– y de la dogmática que le interpreta.

(26) Cfr. *op. cit.*, p. 158 n. 51.

rrida, previsible y reglamentada como es la de la carrera académica en Alemania, en contraste con la mucho más aventurera e interesante de Fischer (cfr. supra 2), lo que no sé si ha generado en éste una sensación de superioridad sobre aquéllos, o de envidia, o de ambas cosas a la vez, independientemente de todo ello, a lo largo del artículo se hace referencia en varias ocasiones a la tensa relación que existe en Alemania –y que no tiene correspondencia en España– entre magistrados (27) y profesores universitarios (28), dedicando Fischer un apartado especial a la relación entre «jueces y científicos» (29). Los jueces son los que crean «herstellen») el Derecho (30), mientras que los dogmáticos carecen de ese «poder» (31), son «impotentes en la práctica» (32), lo que supone para estos últimos una «herida narcisista» (33), «herida narcisista» que también sufren los jueces, a su vez, cuando en los comentarios críticos de los académicos a sus sentencias les sugieren que no alcanzan «el nivel de discusión de la dogmática juridicopenal elaborada por la teoría del Derecho penal» (34).

5. En una entrevista publicada en el Bonner Rechtsjournal (35), a la pregunta de si, con su artículo, ha provocado el enfado de algunos catedráticos, Fischer responde que, «sorprendentemente, algunos de los aludidos directamente han reaccionado sintiéndose ofendidos, mientras que otros lo han hecho de una manera muy positiva. He recibido muchas cartas sobre este artículo. Es evidente que quien se siente directamente afectado reacciona de una manera distinta porque tiene una visión mucho menos objetiva de la quien no se siente afectado», insistiendo en que «hay que plantearse la pregunta de por qué los representantes de esta ciencia nos tienen que contar que se les daba muy bien el latín o que casi nunca han cometido un error», concluyendo la entrevista con esta frase: « Me ha parecido muy interesante

(27) Ciertamente que también FISCHER es catedrático honorífico («Honorar-professor») de la Universidad de Würzburg; pero esta categoría de catedráticos no-funcionarios de la Universidad ha sido creada, por lo general, para personas que –sin haber recorrido las diferentes etapas que exige la Universidad alemana para alcanzar una cátedra– desempeñan su profesión principal en la praxis y que imparten la docencia –muchas veces sin retribución alguna– como una actividad secundaria.

(28) «... una vida de catedrático en la ciencia del Derecho penal... es posible sin haber visto nunca una prisión por dentro o un delincuente real de cerca» (FISCHER, *op. cit.*, pp. 174/175).

(29) Cfr. *op. cit.*, pp. 176-179.

(30) *Op. cit.*, p. 176.

(31) *Op. cit.*, p. 178 n. 106.

(32) *Op. cit.*, p. 178.

(33) *Op. cit.* loc. cit.

(34) *Op. cit.* loc. cit.

(35) BRJ 1/2012, pp. 14/15.

la discusión [sobre mi artículo]. De las muchas cartas recibidas y del intercambio de correspondencia se podría volver a hacer un pequeño libro que sería muy instructivo. Pero ciertamente que no lo voy a hacer».

IV

Creo que fue en otoño de 2011, dentro del marco de unas Jornadas en memoria de Hans-Heinrich Jescheck, organizadas por el Instituto Max Planck de Friburgo, cuando, en uno de los actos programados con ese motivo, compartí mesa, en el transcurso de una cena, con Eric Hilgendorf, quien me indicó que, a la vista de la buena acogida que había tenido el libro de autosemblanzas de los catedráticos de lengua alemana, estaba preparando, también como editor, uno semejante en el que se recogerían las autobiografías de profesores extranjeros (de habla no alemana) de Derecho penal que hubieran tenido relación con la ciencia germana, invitándome a participar en el proyecto, invitación que agradecí y que acepté. Esa invitación se formalizó mediante un correo electrónico que Hilgendorf me dirigió en abril de 2012.

En cuanto me fue posible sacar algo de tiempo libre, me puse manos a la obra, leí las autosemblanzas de los profesores alemanes que me había saltado cuando compré el libro, releí las que ya conocía y, una vez concluida esa tarea, leí también por primera vez el artículo de Fischer.

Como expongo en la autosemblanza que figura a continuación, si es que alguien tiene el tiempo y la curiosidad de leerla, pertenezco a una generación de catedráticos españoles que inició, encontrando continuidad en sus discípulos y en los discípulos de sus discípulos, la transformación de la ciencia penal patria hasta conducirla al rango de excelencia de la que hoy goza, indiscutida e indiscutiblemente, a nivel universal. El acceso a la Universidad con la categoría de funcionarios de esa generación se inicia en el siglo pasado con las oposiciones a cátedra de 1963, en las que obtiene plaza Juan Córdoba y Marino Barbero, y termina con las oposiciones (esta vez a profesor agregado) de 1970 que ganamos Antonio Beristain y yo, habiendo ingresado como profesores numerarios el resto de esa generación en las oposiciones intermedias de 1965, 1967 y 1969: no son todos lo que están, pero sí están todos los que son. De las circulares dirigidas por Hilgendorf a los autores españoles que iban a participar en el libro –los destinatarios no figuraban ocultos– deduje, tal vez erróneamente, que yo era el único miembro de esa generación, a la que antes me he referido, que iba a escribir una autosemblanza: algunos de esos miembros, des-

graciadamente, habían fallecido ya y los restantes, posiblemente, bien no disponían de tiempo para hacerlo, bien pensaron que el proyecto no era lo suficientemente atractivo, bien simplemente no tenían ganas de contar su vida.

Como Hilgendorf sugería que en las contribuciones se tratara la «propia biografía personal y científica» y, además, «las conexiones con la historia contemporánea», decidí que mi autosemblanza debería levantar acta, antes de que falleciera el último miembro de mi generación, de cómo era la España que nos tocó vivir y de cómo era la Universidad española –tan distinta de la actual– en la que se desarrolló nuestra carrera académica. Aunque nací en 1938, en plena Guerra Civil, además de lo que aprendí en los libros tenía muchos testimonios directos –muchas veces transmitidos por catedráticos españoles de Derecho penal mayores, o mucho más mayores, que yo– de lo que había sido la monarquía de Alfonso XIII, la II República y aquella terrible contienda bélica entre hermanos; y del franquismo, en toda su interminable extensión en el tiempo, y porque lo tuve que sufrir en mis propias carnes, no tenía que recurrir a testimonio alguno para establecer esa conexión entre la historia contemporánea de España y mi biografía personal y científica, porque me bastaba yo solo para describir las circunstancias que marcaron a esa generación de penalistas españoles, a la que pertenezco, y que revolucionó la ciencia penal española.

Enfrascado en la redacción de mi autosemblanza –y teniendo en cuenta, aunque, como ya he indicado, sólo *cum grano salis*, las críticas de Fischer a las autobiografías de los profesores de lengua alemana– me olvidé –o me quise olvidar– de que aquélla, según las instrucciones recibidas, no podía exceder de 15 páginas escritas a espacio y medio con una dimensión de letra de 12, por lo que, al final, mi contribución alcanzó una extensión de, nada menos, 87 páginas. Como, de acuerdo también con las instrucciones, las contribuciones se podían escribir en la lengua materna, encargándose el editor de la traducción, escribí la autosemblanza en español, reproduciendo en alemán aquellos textos que originariamente se habían escrito en este idioma (y que, en la autosemblanza que se publica a continuación, manteniendo el idioma original, he traducido al español).

En agosto de 2013 envié a Hilgendorf mi autosemblanza, quien, muy amable y cordialmente, después de elogiar mi texto, me indicó que, en esa extensión, no podía incorporarse al libro programado, ya que, de las contribuciones recibidas, la de mayor extensión alcanzaba 25 páginas, por lo que, si se publicaba también la mía, se «destruiría la arquitectura del volumen», preguntándome si podría elegir –de lo que

se alegraría mucho— unas 25 páginas del texto para que esta nueva versión pudiera ser publicada.

Lamentándolo mucho no me fue posible atender la petición de Hilgendorf, porque, teniendo en cuenta la estructura que había dado a mi autosemblanza, fueran las que fueran las 25 páginas que eligiera, están serían difícilmente inteligibles sin tener en cuenta las 62 restantes. La única solución que se me alcanzaba para que mi contribución pudiera incorporarse al libro (36), habría sido la de escribir otra autosemblanza completamente distinta y ni me encontré con fuerzas para hacerlo, ni tampoco me pareció posible, después de haber escrito la primera, condensar en otra nueva el contenido de aquella.

A continuación publico mi autosemblanza tal como acabé de redactarla el 28 de agosto de 2013, habiendo añadido únicamente —porque la he podido encontrar con posterioridad— la carta que dirigí a Welzel en julio de 1966 (*infra* B XVII), poniendo al día mis contribuciones publicadas en alemán que figuran al final de este artículo.

B. AUTOSEMBLANZA

I

Mi padre, José Gimbernat Serviá, nacido en 1896, a quien no se le daban muy bien los estudios, había abandonado su ciudad natal, Gerona, con 15 o 16 años, trasladándose a Barcelona con la intención de convertirse en un comerciante. En esta ciudad, y como aprendiz, durmió al principio en el mostrador de una tienda de telas hasta que llegó a convertirse en un viajante que representaba productos textiles catalanes. Se vanagloriaba de que con 24 años (en 1920) poseía ya un automóvil, obviamente un instrumento de trabajo para él con el que recorría toda España vendiendo productos de la industria textil catalana, precisamente la industria que había convertido a Cataluña en la región más rica de España. Presumía también ante sus hijos y ante su mujer, muchos años después, cuando la compra de un automóvil empezó a convertirse en un fenómeno de masas, y ya que poseía uno de los permisos de conducción más antiguos de España, y probable-

(36) Que actualmente se encuentra en preparación y que aparecerá en marzo de 2016: *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts* («La ciencia extranjera del Derecho penal en autosemblanzas. La recepción internacional del Derecho penal alemán») (*Hilgendorf* ed.).

mente con razón, de ser un gran conductor, cualidad que ciertamente no he heredado de él, aunque compenso mis pobres habilidades extremando la precaución cuando estoy al volante de un coche. A principios de los años 30 del pasado siglo mi padre consiguió una representación fija en Madrid de una empresa textil catalana, así como de otra que fabricaba pieles para guantes, lo que hizo posible que abandonara la agotadora y nómada vida de un viajante de comercio para instalarse definitivamente en la capital de España. Según me contó mi madre, Ana Ordeig Salas, nacida en 1903, a quien ahogaba la vida provinciana y beata de su también ciudad natal Gerona, a finales de 1934 o principios de 1935 vino a Madrid –tal vez era la primera vez que salía de Cataluña–, acompañada de su amiga Carmen Gimbernat, hermana de mi padre, instalándose ambas durante unos diez días en el piso de mi padre en Madrid, dedicándose éste durante aquellos pocos días a mostrar a su hermana y a mi madre la capital de España. Una vez finalizada la visita, mi padre acompañó a las dos mujeres a la estación de ferrocarril para que tomaran el tren de regreso con destino a Gerona, despidiéndose de ellas. A los pocos minutos de abandonar el tren la estación de Madrid, mi madre se quedó atónita al encontrarse con que mi padre –que supuestamente se había quedado en Madrid– viajaba en el mismo tren, comprendiendo mi madre inmediatamente que la única razón que podía explicar la presencia de aquel inesperado compañero de viaje era la de que quería pedirla en matrimonio, un flechazo que posiblemente ya había adivinado mi madre durante su estancia en Madrid. No me extraña para nada el impacto que mi madre provocó en mi padre y que explica el fulminante amor a primera vista que éste experimentó: a pesar de que mi madre tuvo que abandonar el colegio cuando sólo era una niña, a causa de la temprana muerte de mi abuela materna, que falleció cuando aquélla sólo tenía 12 años, con lo que tuvo que dedicar su tiempo a aprender lo necesario para convertirse en una excelente ama de casa y en una fantástica cocinera, a fin de atender a sus dos hermanos pequeños y a mi abuelo, no obstante esa falta de estudios, mi madre era una mujer de una personalidad arrebatadora, poseedora de una gran inteligencia crítica, de una extraordinaria simpatía y con una conversación tan amena que uno podía pasarse horas escuchando las cosas que contaba y que se le ocurrían. Aunque los dos habían nacido en Gerona, mis padres no se habían conocido en esa ciudad, que mi padre –siete años mayor que mi madre– había abandonado tan pronto, pero esos diez días que estuvieron juntos en Madrid bastaron para que mi padre cayera rendido a sus pies.

Se casaron en septiembre de 1935 y el 25 de julio de 1936 –exactamente una semana después del estallido de la Guerra Civil española– venía al mundo, en Madrid, mi único hermano, José Antonio.

II

Los países democráticos, arrastrados por la appeasement policy del Reino Unido, que querían evitar a toda costa una guerra contra la Alemania nazi, llegaron a un Acuerdo de No-Intervención en la Guerra Civil española. Pero mientras que esos países democráticos (fundamentalmente Reino Unido, Francia y EE. UU.) dejaron desamparado al Gobierno también democrático de la República, respetando escrupulosamente el Acuerdo, no sucedió lo mismo con las potencias fascistas, con Italia, Portugal y, especialmente, con Alemania (Legión Cóndor, Guernica), las cuales ayudaron tanto con efectivos humanos como materiales a los golpistas españoles, ayuda que contribuyó decisivamente a la victoria militar final de Franco. La República, abandonada de esta manera por los Estados democráticos, tuvo que buscar auxilio en el único país dispuesto a hacerlo, en la Unión Soviética, con lo cual el Partido Comunista español –que hasta entonces había sido un partido electoralmente insignificante– alcanzó una importancia determinante dentro del bando republicano.

La atención que el mundo dedicó a la Guerra Civil española sólo puede compararse –si hay que buscar un paralelo– con la que décadas más tarde se prestó a la de Vietnam, desencadenando movimientos universales de apoyo a la causa republicana. Una oleada de idealismo solidario recorrió el universo entero, y ciudadanos antifascistas de todo el mundo se alistaron –en un movimiento en gran parte espontáneo– en las «Brigadas Internacionales», integradas por jóvenes mayoritariamente sin experiencia militar que acudieron a España a defender a la República, pagando muchos de ellos con su vida el idealismo que había encaminado sus pasos hacia mi país. La contienda provocó también manifiestos de los más destacados intelectuales (Einstein, Chaplin) a favor de la República y en España estuvieron, como testigos del horrible enfrentamiento civil, personalidades que posteriormente se convirtieron en destacados políticos de sus respectivos países, como Willy Brandt, Palmiro Togliatti o Tito. Por su parte, la elite de los escritores de la época, como Hemingway, dos Passos, Arthur Koestler, Orwell o Malraux, vinieron a España atraídos por la batalla que se libraba entre las ideologías –la democrática, la comunista y la fascista– que fueron las determinantes en el siglo xx, legando importantes obras literarias que tuvieron como escenario la Guerra Civil española, tales

como «For Whom the Bell Tolls» (1940), de Hemingway, o «L'Espoir» (1937), de Malraux, y, dentro del campo de la poesía, el libro de poemas de Pablo Neruda «España en el Corazón».

Ciertamente, por tanto, que la heroica lucha de los republicanos españoles dividió a la opinión pública internacional entre los defensores de la democracia y de los totalitarismos fascistas; pero también es cierto que la represión y las purgas que se llevaron a cabo en el bando republicano por los todopoderosos comisarios soviéticos, que habían venido a España desde la URSS, mostró también al mundo el verdadero rostro del comunismo estalinista (hasta entonces casi oculto dentro de las en gran parte impenetrables fronteras de la Unión Soviética), lo que tuvo como consecuencia que eminentes escritores, que hasta entonces habían militado en o simpatizado con el Partido Comunista, durante o después de su paso por la Guerra Civil Española alumbraran importantes obras literarias, denunciando –lo que tuvo un gran impacto en la opinión pública mundial– al totalitarismo soviético, tal como hicieron, por ejemplo, Arthur Koestler con «Darkness at Noon» (1941), o George Orwell, con «Homage to Catalonia» (1938) y «Animal Farm» (1945).

Es un hecho histórico que en las retaguardias de ambos bandos se asesinaron a muchos españoles que, con el estallido de la guerra, se habían visto sorprendidos en la zona equivocada, pero mientras que en el territorio republicano los autores de esas criminales represalias las llevaron a cabo al margen de las directrices y del asentimiento del débil Gobierno civil republicano –como la mayoría de los mandos militares se habían adherido al golpe de Estado, en la zona republicana se tuvo que armar al pueblo para poder combatir, en lo posible, al disciplinado ejército nacional–, el Ejecutivo franquista gobernaba férreamente su territorio, por lo que tales asesinatos de simpatizantes republicanos en la retaguardia de la zona nacional se ejecutaron con el beneplácito –cuando no siguiendo la órdenes– del Gobierno militar.

A pesar de que en el segundo semestre de 1938 la guerra ya estaba perdida para los republicanos, el Jefe de Gobierno de la República, Juan Negrín, un catedrático de fisiología de la Universidad de Madrid (hoy Complutense), que se había formado en Alemania, en las Universidades de Kiel y de Leipzig, y a la vista de lo que parecía una guerra inminente entre el Reino Unido y Francia por una parte, y Alemania, por otra, a causa de la política expansionista nazi, trató desesperadamente de prolongar la Guerra Civil, confiando en que, con el inicio de la Segunda Guerra Mundial, el conflicto civil español se internacionalizara, incorporándose entonces la República española al bando de los Aliados. Pero el Pacto de Munich de 30 de septiembre de 1938, con el

sometimiento de Chamberlain y de Daladier a la voluntad de Hitler, acabó con las últimas esperanzas de los antifascistas españoles de alcanzar una victoria militar, y cuando finalmente estalló la Segunda Guerra Mundial hacía ya varios meses que la contienda civil española había terminado con la victoria de Franco.

III

Ya en julio de 1936 las tropas nacionales se dirigieron a Madrid con la intención de conquistarla, pero la legendaria defensa por los republicanos de una capital de España cercada consiguió que ésta resistiera durante casi tres años («¡No pasarán!») hasta su definitiva caída en marzo de 1939. Esa larga batalla de Madrid hizo que pronto escasearan los alimentos a la vez que la convirtieron en una ciudad muy peligrosa como consecuencia de los bombardeos a los que era sometida por la aviación franquista. Esta situación fue, sin duda, la que impulsaron a mis padres a tomar la decisión de que mi madre –que ya estaba embarazada de mí– y mi hermano José Antonio se trasladaran a una ciudad menos peligrosa y con menos problemas de abastecimiento, como lo era Sevilla, situada en la zona nacional, ciudad que fue la elegida porque allí se había ido a vivir con su marido la ya mencionada hermana de mi padre, y amiga de mi madre de Gerona, Carmen Gimbernat, con lo que quedaban solucionados también los problemas de alojamiento. A finales de 1937 mi madre logró salir de Madrid junto a mi hermano José Antonio. Como no era fácil pasar de una zona a otra, los hermanos de mi madre, José María y Enrique, que llevaban varios años establecidos en Londres, reclamaron a mi madre para que, supuestamente, se trasladara a Inglaterra a vivir con ellos hasta que finalizara la contienda civil. De esta manera, mi madre obtuvo un salvoconducto para abandonar Madrid con destino al Reino Unido; pero una vez en Francia, y tal como estaba previsto, se desplazó por vía marítima desde Francia a Sevilla, ciudad en la que permaneció hasta el final de la Guerra. Mi padre, en cambio, optó por quedarse en Madrid, ya que, con su optimismo incorregible que hemos heredado tanto mi hermano José Antonio como yo, era de la opinión de que la separación familiar iba a durar muy pocas semanas –muy pocos meses, como mucho–, puesto que, según mi padre, era inminente la terminación del conflicto bélico; pero ese pronóstico no se cumplió y dicha separación se prolongó durante casi un año y medio, razón por la que, en ausencia de mi padre, vine al mundo en Sevilla el 7 de mayo de 1938. En abril de 1939, a los pocos días de concluir la Guerra, mi madre con sus hijos pudo reunirse finalmente en Madrid

con mi padre, quien sólo entonces pudo conocer a su hijo Enrique que contaba ya con casi un año de edad. Desde entonces, y hasta la fecha, mi existencia ha transcurrido en Madrid: la única y maravillosa ciudad del mundo en la que he querido vivir y en la que quiero morir.

IV

El fascismo de Franco coincidía con el de Hitler y el de Mussolini en constituir una dictadura de derechas implacable con los discrepantes, donde no existía libertad de prensa ni de expresión ni de asociación, y donde estaban prohibidos todos los partidos políticos menos el Partido Único (la Falange); este Partido había sido fundado por José Antonio Primo de Rivera –fusilado al comienzo de la Guerra Civil–, un joven abogado que copió miméticamente, tanto en las formas como en el fondo, las ideas y la estructura de los partidos nacionalsocialista alemán y fascista italiano. Pero, a diferencia de las Dictaduras alemana y italiana, el Régimen franquista se caracterizó, además, por un elemento ulterior, a saber: por que, en materia moral, cedió todas las competencias a una Iglesia católica ultramontana que impuso en toda España un insostenible control de las costumbres: una Iglesia católica que había apoyado entusiásticamente el levantamiento militar, calificando a la Guerra Civil de «Cruzada» contra las fuerzas (republicanas) del mal, de tal manera que los españoles nos vimos asfixiados por una doble dictadura: la política, de Franco, y la religiosa, de la jerarquía católica, razón por la cual esa dictadura ha sido calificada, con un término muy preciso, como «nacionalcatólica» y su ideario, como el del «nacionalcatolicismo».

V

Además de los centenares de miles de muertos causados en ambos bandos durante la Guerra Civil, y además de los múltiples asesinatos ejecutados en la retaguardia de la zona nacional predominantemente por los pistoleros falangistas, ya durante la contienda y en los primeros años del dominio del franquismo en toda España (y hasta 1945) la represión contra los derrotados –y ello constituye probablemente el mayor abuso que nunca se ha producido en la historia del Derecho penal (37)– fue llevada a cabo por tribunales penales militares. En vir-

(37) Ciertamente que el número de muertes atribuibles al nazismo es muy superior al que provocó la dictadura española; pero los millones de asesinatos cometidos por el Régimen de Hitler se produjeron al margen de la legalidad en los campos

tud de unos procedimientos que se llamaron redundantemente «sumarísimos de urgencia» –y en los que sin las mínimas garantías se imponían todos los días centenares de gravísimas condenas– la mitad de España (la España republicana) fue criminalizada, ya que, retroactivamente, fue considerado delito haber combatido con el Ejército de la República, así como la pertenencia o la mera simpatía con los hasta entonces legales partidos republicanos. En virtud de un argumento jurídico disparatado y perverso, se consideró incursos en un delito de rebelión militar del Código de Justicia Militar de la República a todos aquellos ciudadanos «leales» que habían defendido con las armas al legítimo Gobierno de la República frente a los auténticos «rebeldes» que, a las órdenes de Franco, se habían sublevado militarmente contra el Estado de Derecho en el que estaba constituida la República española. Para fundamentar esta ficción que convertía en «rebeldes», en el sentido del Código de Justicia Militar republicano, a los «leales» a la República, se acudió, como fundamentación jurídica, al Derecho natural y a la vieja teoría escolástica del «tiranicidio» (la República habría sido la «tirana», por lo que estaba justificado su derrocamiento), de tal manera que en las sentencias militares condenatorias de la época pueden leerse frases como la siguiente: «... desde el momento en que el Ejército se alzó en armas el 17 de julio último [de 1936], adquirió de hecho y derecho el poder legítimo, lo mismo en su origen que en su ejercicio y, por consiguiente, convierte en rebeldes a todos los que a dicho movimiento se oponen...». Es difícil de determinar cuántas personas fueron ejecutadas en virtud de sentencias militares por rebelión, pero en cualquier caso se trata de decenas de miles –Guy Hermet las fija en más de 192.000 fusilados–, y de centenares de miles de españoles los que fueron condenados a larguísimas penas privativas de libertad, cumpliéndose muchas de ellas, a la vista del tan elevado número de reclusos, además de en las prisiones, también en campos de concentración.

de exterminio, mientras que las sentencias de los tribunales alemanes de aquella época, imponiendo penas de muerte (se calcula que unas 16.000, 15.000 a partir de 1941) o de prisión no alcanzan en número, ni de lejos, a las decretadas por los tribunales militares franquistas. De ahí que la brutal represión contra los discrepantes políticos que se practicó en España, mediante la *perversa cobertura del Derecho penal*, constituya, por su número, un caso único en la historia que, por lo que alcanzo a ver, no tiene precedentes ni en la dictadura nacionalsocialista ni en ninguna otra dictadura. Por lo demás, las numerosas penas de muerte impuestas por los Consejos de Guerra alemanes durante el conflicto bélico pertenecen a otro capítulo, ya que la mayoría de ellas obedecieron al delito de desertión, un delito sancionado también por aquellas fechas con pena de muerte en los Códigos Penales Militares de los países democráticos y no democráticos, cuando se cometía en tiempo de guerra.

Una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, eminentes juristas alemanes, como Radbruch, creyeron que una de las razones por las que los tribunales alemanes habían impuesto penas de muerte, sin que apenas opusieran resistencia los magistrados que las dictaron, residía en que éstos habían sido educados en las Universidades en la doctrina del positivismo jurídico, según la cual era Derecho –por muy injusto que fuera su contenido– cualquier norma dictada por el legislador dentro de sus competencias. De esta manera, llegó a hablarse en Alemania, en los primeros años de la postguerra, de un «renacimiento del Derecho natural» –«renacimiento» que fue acogido con gran entusiasmo por los iusnaturalistas nacionalcatólicos oficiales españoles («¡ya lo había dicho Santo Tomás de Aquino!»)–, en la creencia de que, si en las Universidades alemanas se hubiera formado a sus estudiantes de Derecho –y futuros jueces– en la doctrina del Derecho natural, éstos, al comprobar que el Derecho positivo estaba en contradicción con el natural, habrían negado a aquél el carácter de «Derecho» y, en consecuencia, se habrían opuesto a aplicar las injustas leyes nacionalsocialistas.

Pero esta atribución al «positivismo jurídico» de la obediencia de los magistrados alemanes a las injustas leyes al tiempo vigentes es errónea, porque, primero, ha sido refutada por la historia, y porque, segundo, parte de un mundo axiológico incompleto en el que parece que las únicas normas existentes son las jurídicas.

Está refutada por la historia porque, como acabo de señalar, en España, para aplicar un Derecho injusto, se acudió a un procedimiento inverso al seguido por los magistrados alemanes: sobre la base de la teoría iusnaturalista del tiranicidio (la República española habría sido la «tirana»), los tribunales españoles se apartaron de una interpretación «positivista» del Código de Justicia Militar republicano, interpretación según la cual nunca habrían podido ser considerados «rebeldes» quienes precisamente habían permanecido leales a la República, para acoger una tesis, fundada pretendidamente en el Derecho natural, que, según la sentencia antes citada, «convierte en rebeldes a todos los que a dicho movimiento [de los militares insurrectos] se opone». El Derecho positivo, por muy injusto que sea, no deja de ser «Derecho» (aunque ciertamente injusto), ya que es el realmente existente y, consiguientemente, vigente; y si eso no era Derecho, que se lo vayan a contar a las decenas de miles de personas que fueron ejecutadas en virtud de sentencias (también injustas, pero que no por ello dejaron de ser sentencias), dictadas por los tribunales militares españoles en los primeros años del franquismo.

Ciertamente, por tanto, que la aplicación de un Derecho injusto por los jueces se puede explicar tanto con el positivismo jurídico como con el iusnaturalismo –durante el franquismo una muy importante y obligatoria asignatura de la licenciatura de Derecho era el Derecho natural, lo que no obstaba para que todos los catedráticos españoles de esa disciplina estimaran concorde con aquel Derecho las antidemocráticas leyes franquistas–, pero es que no se ve el motivo por el cuál –y aquí reside mi segundo argumento– el problema de la existencia de leyes injustas en un determinado país pueda encontrar solución precisamente dentro de ese complejo normativo que es el Derecho: el Derecho tiene como elemento esencial el de que sus normas se pueden imponer mediante la coerción, y esa coerción, que es monopolio del Estado (sea éste o no democrático), rige en todo caso, independientemente de la justicia o no de las leyes vigentes y, consiguientemente, aplicables.

Pero es que el mundo no empieza y termina con el Derecho. Si los jueces alemanes y españoles fueron capaces de aplicar Derechos injustos, la razón de ello no hay que buscarla en si –sobre la base de la formación jurídica recibida– creían o no que aquéllos eran auténticos «Derechos» (que sí que lo eran), sino en si eran unos fanáticos identificados con la ideología totalitaria de sus Estados o en si, sin serlo, no tuvieron el «coraje moral» suficiente –ese «coraje moral» que, según Stefan Zweig, es «der einzige Heroismus auf Erden, der keinen fremden Opfer fordert» [«el único heroísmo sobre la Tierra que no exige víctimas ajenas»]– para afrontar los gravísimos riesgos que encerraba la no aplicación del Derecho realmente existente: el conflicto que se les planteó a estos últimos jueces no fue, por consiguiente, uno intra-jurídico, sino otro de distinta naturaleza entre normas jurídicas vigentes que estaban en contradicción con los principios éticos en los que creían (38). Por lo demás, este conflicto podía surgir no sólo entre los magistrados encargados de aplicar el Derecho, sino también entre los

(38) Me abstengo de emitir juicio moral alguno sobre estos jueces alemanes de carrera, integrantes de tribunales civiles, que tuvieron la mala suerte de vivir en esa época y que no fueron capaces de jugarse la hacienda y, tal vez, también la vida, haciendo prevalecer sus principios éticos sobre el Derecho que jurídicamente estaban obligados a aplicar, pues probablemente tenía razón RUDOLF AUGSTEIN, el fundador y editor de «Der Spiegel», que hizo la guerra como soldado de la Wehrmacht, donde llegó a alcanzar el grado de teniente, de que «mit Leuten, die das Leben im Dritten Reich nicht erfahren haben, über das Leben im Dritten Reich zu diskutieren, ist sinnlos» [«no tiene sentido hablar de la vida en el Tercer Reich con gente que no ha experimentado la vida en el Tercer Reich»]. Algo parecido, aunque en referencia a una situación completamente distinta, expresó ARTHUR MILLER cuando, a la salida de la sala donde se había negado a testificar ante el House Committee on Un-American Activities, declaró: «No me siento tan inocente como para maldecir a otros que no han sabido ser fuertes».

juristas a quienes correspondía interpretarlo, conflicto que en 1970, y en clara alusión al Derecho franquista (la dictadura española terminó con la muerte del «Generalísimo» el 20 de noviembre de 1975), yo proponía afrontar de la siguiente manera (39):

«Die Dogmatik aber ist eine neutrale Wissenschaft in dem Sinne, dass sie ebenso fortschrittliche wie reaktionäre Gesetze auslegt. Daraus entstehen nicht zu verkennende Gefahren, wenn der Strafrechtler willig ist, alles, was ihm sozusagen hingeworfen wird, auszulegen: Mit einem zugespitzten Beispiel ausgedrückt: Wenn der Strafrechtler sich bei einem Gesetz, das Diebstähle von Tätern unter sechs Jahren mit der Todesstrafe ahndet, lediglich um die Frage kümmert, wann im Sinne des auszulegenden Gesetzes das sechste Lebensjahr vollendet wird. Dass so eine verabsolutierte Dogmatik, die von allem, was nicht die richtige «Gesetzesauslegung» ist, absieht, den Fortschrittsfeinden Hilfe leistet, liegt auf der Hand. Aber dies gilt nicht nur für die Rechtsdogmatik, sondern für jede verabsolutierte Wissenschaft. Wie jeder andere Intellektueller soll sich der Strafrechtsdogmatiker nicht nur mit «partiellen Wahrheiten», sondern mit der «Wahrheit als Ganzem» beschäftigen. Daher meine ich –um ein Beispiel zu geben–, dass in einem Land mit einer faschistischen Staatsverfassung, in einem Land, dessen Strafrecht jene von Welzel so zutreffend beschriebenen Merkmale aufweist (40), der Rechtsdogmatiker die Staatsschutzvorschriften nur dann auslegen soll, wenn er dabei zu einer Lösung kommt, welche die in der Rechtsprechung herrschende einschränkt, und dass er sich weigern muss, jede Arbeit zu veröffentlichen –mag seine Ansicht «dogmatisch» richtig sein–, in der er eine der herrschenden Praxis gegenüber ausdehnende Auslegung vertritt».

[«Pero la dogmática es una ciencia neutra. Lo mismo interpreta leyes progresistas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo

(39) *Gimbernat*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, ZStW 1970, p. 410. La versión española de este artículo, con el título: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», se ha publicado en: *Problemas Actuales del Derecho Penal y Procesal*, Salamanca 1971, pp. 87-109; y en: *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho*. En Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, pp. 495-523. Por lo demás, este trabajo, que tal vez sea la obra más conocida de entre las que he publicado, ha aparecido también como libro en Latinoamérica: v. GIMBERNAT, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, Editorial Temis, Bogotá 1983; 2.ª ed., Ara Editores, Lima (Perú) 2009.

(40) En este lugar de mi artículo citaba a WELZEL, *Strafrecht*, 1967, pp. 458/459: «Nun gibt es keinen Staat an sich, sondern nur konkrete Staaten mit bestimmter Verfassung und bestimmten politischen Verhältnissen. Daraus aber entsteht die Gefahr, dass das jeweilig bestehende Regime das Strafrecht benutzt, um seine Herrschaft zu sichern. In solchen Fällen wird das Strafrecht zum Mittel des politischen Kampfes missbraucht und der politische Gegner zum kriminellen Verbrecher gemacht. Jede Verfassung, die der Opposition nicht die Möglichkeit gibt, legal zur Herrschaft zu gelangen, macht den politischen Gegner zum «Illegalen» und missbraucht das Strafrecht zum politischen Kampf».

sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen; expresándolo con un ejemplo extremo: si el penalista ante un legislador que castiga con la pena de muerte el hurto cometido por niños mayores de seis años, sólo se muestra preocupado por determinar cuando se puede decir realmente que el autor ha cumplido, en el sentido de la ley interpretada, los seis años. Que la dogmática, al absolutizarse de esta manera, al prescindir de todo lo que no sea la interpretación “correcta” de la ley, puede convertirse en cómplice de los enemigos del progreso es evidente; pero lo mismo rige para cualquier otra ciencia absolutizada. Como cualquier otro intelectual, también el penalista ha de ocuparse, no de “verdades parciales”, sino sólo de la “verdad como totalidad”. Por ello, y para dar un ejemplo, pienso que en un país con una Constitución estatal fascista, en un país cuyo Derecho penal político presenta aquellas características que tan acertadamente ha descrito Welzel (41), el dogmático penal sólo puede interpretar las disposiciones sobre seguridad del Estado en tanto en cuanto llegue a una solución restrictiva frente a la dominante en la jurisprudencia y negarse a publicar cualquier trabajo en el que –aunque la interpretación sea “dogmáticamente” correcta– amplíe el alcance de tales disposiciones en relación a la doctrina dominante en la praxis»].

VI

En los primeros años de la Dictadura apenas existió –si prescindimos de algunos admirables héroes aislados– resistencia contra el Régimen franquista. El pueblo español estaba aterrorizado, y tenía todo el motivo para estarlo: a la Guerra Civil, que había provocado centenares de miles de muertos, siguió la brutal represión ejercida por los tribunales militares –a la que ya he hecho referencia– contra toda persona que mostrara o hubiera mostrado simpatías republicanas e incluso contra aquellos que se mostraran tibios en su adhesión a la causa nacionalcatólica. Por otra parte, y para evitar su condena a muerte o a largas penas de prisión, aproximadamente un millón de españoles durante la Guerra, o en las últimas semanas de la contienda, partió para el exilio, bien atravesando entre grandes penalidades, muchas veces a pie, la frontera con Francia, bien, en mucha menor

(41) En este lugar de mi artículo citaba a WELZEL, *Strafrecht*, 1967, pp. 458-459: «Pero no existe ningún Estado en sí, sino sólo Estados concretos con una determinada Constitución y con determinadas circunstancias políticas. Y de ahí surge el peligro de que el correspondiente régimen existente utilice al Derecho penal para asegurar su dominio. En tales casos se abusa del Derecho como medio de lucha política y se convierte al enemigo político en criminal. Toda Constitución que no conceda a la oposición la posibilidad de llegar legalmente al poder convierte al enemigo político en «ilegal» y abusa del Derecho penal para la lucha política».

medida, por vía marítima desde los puertos españoles. La mayoría buscó acogida directamente, y en una primera oleada, en Latinoamérica, donde la comunidad del idioma hacía más fácil integrarse en la vida laboral; y otros muchos, y en una segunda oleada, también en Latinoamérica, cuando los numerosos refugiados españoles que se encontraban en Francia, después del triunfo de la invasión alemana, comprobaron que tampoco se encontraban seguros en este país, tal como tuvieron la desgracia de experimentar en sus propias carnes, el ex presidente de la Generalidad de Cataluña, Lluís Companys, o el destacado político socialista Julián Zugazagoitia, quienes –reclamados por Franco– fueron entregados por la Gestapo desde Francia a España, donde fueron fusilados.

El triunfo de Franco en la Guerra Civil supuso una catástrofe para la ciencia y la cultura españolas de la que todavía no nos hemos recuperado. Para acabar con el aislamiento científico en el que vivían los investigadores españoles, se crea en 1907, bajo la presidencia del catedrático de histología y anatomía patológica de la Universidad de Madrid y Premio Nobel de Medicina Santiago Ramón y Cajal, la Junta de Ampliación de Estudios, gracias a cuyas becas muchos científicos españoles, tanto de las ciencias de la naturaleza como de las del espíritu, pueden «ampliar sus estudios» con los mejores profesores y en los mejores laboratorios del extranjero, fundamentalmente en Alemania, el país que durante la primera mitad del siglo xx fue indiscutiblemente, y en todas las ramas de la ciencia, el más avanzado de todos. Con el derrocamiento del rey Alfonso XIII y el advenimiento de la República el 14 de abril de 1931, la ciencia española había alcanzado un desarrollo sin precedentes en nuestra historia, porque los becados de la Junta, al regresar a su país, aplicaron aquí los métodos de investigación y de enseñanza que habían aprendido en el extranjero, formado escuelas de investigadores que tenían ya entonces un importante presente del que se adivinaba que iba a desembocar en un esplendoroso futuro.

Pero tras la derrota republicana España se convierte, por dar tres ejemplos de ilustres compatriotas pertenecientes al mundo del arte, y como se ha dicho gráficamente, en un país en el que Picasso no pinta, el violonchelista Pau Casals no da conciertos y Buñuel no puede rodar sus películas. Nuestros mejores científicos y artistas son encarcelados o ejecutados o tienen que partir hacia un interminable exilio que se prolonga durante 40 años. De los pocos profesores de Universidad simpatizantes con la República que voluntaria o forzosamente se quedan en España, unos son depurados –cuando no fusilados o condenados a penas de prisión– y pierden su cátedras o permanecen aislados

en su propio país en lo que se ha dado en llamar el «exilio interior» y otros, finalmente, se convierten repentinamente en franquistas. Las cátedras vacantes son ocupadas entonces, con alguna excepción, por profesores cuyo único mérito consiste en su fidelidad a la Dictadura.

México, Argentina y Chile son los principales países latinoamericanos en los que se exilian nuestros refugiados republicanos. El más generoso de ellos fue probablemente México, cuyo presidente al tiempo de la Guerra Civil española, el gran Lázaro Cárdenas, y venciendo la resistencia de muchos ciudadanos mexicanos partidarios de Franco, abrió de par en par las puertas de su país a los españoles perdedores de aquella Guerra. Y a México, en dos de sus Universidades, he tenido la oportunidad de expresarle públicamente mi gratitud.

La primera se produjo con ocasión de mi investidura, el 16 de noviembre de 2000 –junto con Claus Roxin–, como Doctor *honoris causa* por la Universidad Autónoma de Tabasco, donde, en mi discurso de aceptación del grado honorífico, pronuncié las siguientes palabras:

«Pero ese amor y esa debilidad [más] por México provienen también de la generosidad con la que, bajo el mandato presidencial del gran mexicano Lázaro Cárdenas, este país acogió a los exiliados republicanos, representantes de la España democrática con la que me he identificado desde mi más temprana juventud, y de los que quiero mencionar, entre cuatro ejemplos elegidos casi al azar, al gran poeta León Felipe, al genial Luis Buñuel, al filósofo y discípulo de Ortega y Gasset José Gaos, y, finalmente, al penalista –discípulo de Jiménez de Asúa– Mariano Jiménez Huerta: aunque lo habían perdido todo en la Guerra Civil española, aquí se trajeron, arrebatándosela a Franco, y como escribió León Felipe, la canción:

«Franco, tuya es la hacienda,
la casa,
el caballo
y la pistola.
Mía es la voz antigua de la tierra.
Tú te quedas con todo y me dejas desnudo y errante
por el mundo...
Mas yo te dejo mudo... ¡mudo!
y ¿cómo vas a recoger el trigo y a alimentar el fuego
si yo me llevo la canción?».

Que 60 años después el español que les habla sea premiado con un tan alto honor por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, me permite, al ser objeto también de la generosidad de México, establecer un ulterior punto de contacto y de identificación con otros españoles a quie-

nes siempre consideré mis héroes y que pagaron con el destierro, cuando no con la vida o con la cárcel, su lucha y su amor por la libertad».

Y la segunda ocasión, cuando fui también investido *doctor honoris causa*, el 27 de octubre de 2006 –junto con el penalista argentino Raúl Zaffaroni–, por la Universidad Autónoma de Michoacán, con sede en la capital de ese Estado mexicano, Morelia, donde, asimismo en mi discurso de aceptación, me expresé como sigue a continuación:

«Esta investidura como Doctor honoris causa por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo despierta en mí un sentimiento de gratitud que va más allá del que uno experimenta en actos como éste tan solemnes y honrosos. Porque Morelia y su Universidad están vinculados como pocas ciudades y como pocas instituciones en el mundo a los exiliados republicanos, es decir: a aquellas personas que sirvieron a este profesor que les habla, nacido en 1938, a aprender que el país en el que estaba haciéndose un hombre era algo más que el erial intelectual y científico que le rodeaba, y que al otro lado del océano seguía vivo el ejemplo de tantos españoles eminentes que habían luchado por la libertad porque habían creído en ella.

A esta ciudad en la que hoy les dirijo la palabra, gracias a la generosidad del ofrecimiento que le hizo el presidente Lázaro Cárdenas al entonces jefe de Gobierno de la República Juan Negrín, arribó en 1937 –de entre los 25.000 exiliados antifascistas acogidos por este país– un importante número de desamparados niños españoles, que pronto serían conocidos como los “niños de Morelia”, para recibir una educación progresista en el “Internado España-México”, y en esta Universidad Michoacana pronunciaron conferencias, dictaron cursos o pertenecieron a su claustro de profesores, compatriotas míos, cuya relación, aunque sea fragmentaria, produce el escalofrío que uno siente cuando se refiere a eximios cultivadores de las letras y de las ciencias de cuyas enseñanzas nos privó la dictadura franquista: María Zambrano y el antiguo Rector de mi Universidad José Gaos, García Bacca y Fernando de Buen, León Felipe y Juan Xirau, Bergamín y Fernando de los Ríos, Giral y Recasens Siches, relación en la que también quiero incluir a un Doctor honoris causa por esta Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, a Pablo Neruda, porque, aunque nacido en Chile, llevaba, como titula uno de sus mejores libros de poemas, a “España en el corazón”.

Esta dignidad que hoy generosamente se me confiere tiene todavía para mí un ulterior significado, porque el 3 de octubre de 2005 se le otorgó a Amalia Solórzano, a la [casi centenaria] viuda de Lázaro Cárdenas, la medalla de oro de la Universidad Complutense, y qué mayor satisfacción puede recibir un profesor de precisamente ese centro de estudios madrileño que el de ser distinguido –en ese cruce de honores– por la Universidad del Estado del que fue cuatro veces gobernador el michoacano [Lázaro Cárdenas] –junto a Morelos y Ocampo– más ilustre de la historia y el mejor amigo que España haya tenido nunca en México».

VII

Leyendo las autobiografías de los penalistas alemanes, recogidas en «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen» (42), compruebo que todos ellos hacen referencia a la época en que les tocó vivir su infancia y/o su primera juventud, es decir: al Tercer Reich, a la Segunda Guerra Mundial y a la terrible postguerra alemana. Pero, como estos acontecimientos sucedidos en Alemania constituyen los más relevantes de la historia mundial del siglo xx, y prescindiendo de que tales autobiografías se dirigen predominantemente a lectores alemanes, por ello los profesores germanos no precisan dedicar demasiado espacio a exponer cómo fueron aquellos acontecimientos de sobra conocidos por cualquier persona medianamente informada.

Por mi parte, en cambio, y con esta amplia referencia que acabo de hacer a la Guerra Civil y a la Dictadura que surgió de ella, como consecuencia de la victoria militar de las tropas fascistas, he tratado de situar al lector en cómo era la sociedad española en la que transcurrió mi infancia, mi adolescencia y gran parte de mi juventud (hasta mis 37 años, ya que, sólo tras la muerte de Franco en 1975, la democracia inicia en España una marcha triunfal e imparable), referencia que me ha parecido imprescindible, en primer lugar, porque el conocimiento de la realidad española de aquellos largos años está mucho menos generalizado que los acontecimientos que se desarrollaron en Alemania entre la toma del poder por Hitler y los primeros años de su postguerra, y, en segundo lugar, porque esta autobiografía está concebida predominantemente para lectores de habla alemana que no tienen por qué disponer de una información detallada de la historia del siglo xx de mi país.

VIII

Como cualquiera que haya aguantado hasta aquí la lectura de estas páginas habrá ya podido adivinar, desde muy joven decidí apartarme intelectualmente tanto de la doctrina política como religiosa del nacionalcatolicismo, circunstancia que hay que reconducir a diversos factores.

Por una parte, al ambiente liberal que se respiraba en mi familia, ya que, aunque mi padre era tan franquista como buena persona (43),

(42) *Supra* n. 1.

(43) Uno tiene ya los suficientes años como para haber podido comprobar, a lo largo de su vida, que la calidad y la bondad de las personas no tienen nada que ver ni

mientras que mi madre rechazaba al régimen de Franco, lo que fue motivo de frecuentes discusiones entre los dos, ambos respetaron siempre mis opiniones y me dieron una libertad en mi vida privada muy superior a la que disfrutaban muchos de mis amigos.

Un ulterior factor fue el de que tuve la fortuna, desde mi primera adolescencia, de entablar amistad con varias personas, todas ellas mayores que yo, de mentalidad democrática, que me recomendaron lecturas de autores prohibidos o casi prohibidos por la Dictadura, libros que leí con avidez y que influyeron decisivamente en mi formación intelectual antifranquista. Entre esos autores quiero destacar, por una parte, a la llamada Generación del 98, siendo de entre todos ellos los que ejercieron sobre mí una mayor influencia el novelista Pío Baroja y los filósofos Miguel de Unamuno y José Ortega y Gasset. Y, por otra parte, y entre los autores extranjeros, fueron mis preferidos Freud, Erich Fromm, Sartre, Camus, el dramaturgo americano O'Neill, el filósofo francés Ernest Renan –autor de «La vie de Jésus», y a quien Pío XI calificó de «blasfemo europeo»– y Bertrand Russell, el filósofo inglés al que más tarde me referiré más detalladamente. Ciertamente que en la España de los años 50 no era fácil acceder a las obras de estos autores, algunos de los cuales figuraban incluso en el Index Liber Prohibitorum. Pero existieron tres circunstancias que a mí, como a otros españoles de mi generación, nos permitieron, no obstante todas esas dificultades, leer esos libros calificados por el Régimen de «subversivos». En primer lugar, a que muchos de ellos se encontraban en bibliotecas públicas, como la de Buenavista, que estaba a un minuto andando de mi casa, o la del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (la institución franquista que había exproliado todos los libros pertenecientes a la Junta de Ampliación de Estudios), bibliotecas que, ignoro por qué –tal vez porque sólo una minoría de españoles conocía su existencia–, no habían sometido sus fondos anteriores a la Guerra Civil a ninguna clase de depuración, ni política ni religiosa. En segundo lugar, a que los amigos a los que antes me he referido tenían en su poder muchos de los libros que me recomendaban y que no tuvieron ningún inconveniente en prestármelos. Y, finalmente, y por lo que se refiere a la literatura posterior a la Guerra Civil (como la de los escritores Sartre y Camus), porque algunas librerías progresistas de Madrid vendían a personas de confianza, en sus trastiendas y tomando toda clase de precauciones, obras importadas de esos autores traducidas al castellano en editoriales argentinas, edito-

con sus posiciones políticas ni con sus creencias o no-creencias religiosas: he conocido socialistas malvados y franquistas generosos y miembros del Opus Dei admirables y ateos despreciables. Y, naturalmente, también viceversa.

riales de entre las que destacaba, por su admirable labor a favor de la cultura, la Editorial Losada de Buenos Aires (la «editorial de los exiliados»), fundada en 1938 por el republicano español Gonzalo Losada.

El último y decisivo factor que contribuyó a mi formación anti-franquista y antirreligiosa fue el de mi tío José María Ordeig, hermano de mi madre, que desde los años 30 del pasado siglo vivía en Londres junto con su hermano Enrique, y que no regresó a España hasta 1960 (mi tío Enrique lo había hecho ya en 1950). Como mi padre trabajaba a comisión, y nunca tuvo un sueldo fijo, la economía familiar estaba sometida a grandes fluctuaciones. En épocas de bonanza económica nacional mi padre conseguía vender las telas y las pieles para fabricación de guantes suficientes como para que en mi familia se disfrutara de una cierta prosperidad; en cambio, cuando España pasaba por una crisis económica –que fue lo que sucedió en España entre 1959 y 1963 (año de la muerte de mis padres), como consecuencia del llamado «plan de estabilización»– venía el tiempo de las penurias. Pero gracias a que entre 1950 y 1958 mi padre pasaba por una época de vacas gordas, y a la facilidad de tener un pariente tan próximo que vivía en Londres, mi familia pudo enviarme a Inglaterra en los veranos de 1954 (a un pequeño pueblo inglés llamado Ludlow, donde viví en la casa de un profesor de Instituto) y de 1956 (a Cambridge, donde me alojé en la casa de un catedrático de filología griega de aquella Universidad). Por aquella época, y debido a la dificultad de obtener divisas, cuyo cambio en relación con la peseta era además muy desfavorable, los obstáculos que se le presentaban a un español para visitar el extranjero eran casi insuperables; pero mis padres, decididos a que aprendiera inglés, se gastaron en mí los pocos ahorros de los que disponían, solucionándose los problemas del cambio de divisas por el procedimiento de que José María pagaba directamente a mis anfitriones los gastos de alojamiento y comida y a mí los gastos de bolsillo necesarios, cantidades que, posteriormente, cuando mi tío José María nos visitaba en España, le eran reembolsadas por mi padre en pesetas.

En 1954, el año de mi primera visita a Inglaterra, España era un país autárquico, aislado del mundo, en el que todavía no se había iniciado el turismo masivo que años más tarde nos llegó fundamentalmente de Europa, y en el que cuando a uno, casualmente, se le ofrecía la rara oportunidad de hablar con un extranjero tenía la sensación de que lo estaba haciendo con un ser superior que tal vez provenía del planeta Marte. Un día del verano de 1954 subí en Madrid al avión de Iberia con destino a Londres, que, como todos los aviones comerciales de la época, tenía unos motores propulsados por hélices, y en el que creo recordar que no había ni primera clase ni clase ejecutiva, sino una

clase única, que nunca iba llena, con todo el espacio entre las filas más que suficiente para estirar las piernas, un ejército de azafatas para atender a los viajeros y un almuerzo en el que a uno le ofrecían, como segundo plato, pollo asado, un raro manjar en aquellos lejanos tiempos en que todas esas aves eran de corral. Mi tío vino a recogerme al aeropuerto y, en el camino hacia su casa, fuimos recorriendo Londres. No podía dar crédito a mis ojos: ante mi vista se desplegaban la Cámara de los Comunes, el Big Ben, el Puente y la Torre de Londres, y el Palacio de Buckingham, unos edificios y unos monumentos que, hasta entonces, había creído que sólo existían en las películas que proyectaban en los cines españoles, y que ahora, al verlos al natural, despertaban en mi una sensación de estupefacción mezclada con la de que todo aquello que se ofrecía a mi vista era irreal. Tanto en 1954 como en 1956, y además de mis estancias en Ludlow y en Cambridge, bien al inicio de mi llegada a Inglaterra, bien cuando ya me disponía a regresar a España, disfrutaba de una semana en Londres invitado en la casa de mi tío José María. Con mi tío, que era licenciado en Derecho y una persona muy culta, mantenía largas conversaciones, a veces hasta muy entrada la madrugada, charlando de política, de religión o de literatura, y sobre todo, y comparándolas, de las enormes diferencias existentes entre el maravilloso sistema democrático por el que se regía el Reino Unido y la siniestra Dictadura española. A José María fue a la primera persona a quien oí hablar de Bertrand Russell, un filósofo que me abrió de par en par las hasta entonces sólo semiabiertas puertas del socialismo democrático, de una moral sexual que en nada se parecía a la que predicaba el cristianismo, del pacifismo y del ateísmo. (Si, como consecuencia de mi ateísmo, cuando me llegue la hora me envían al infierno, pediré hablar con Pedro Botero para decirle, que si no me saca de las llamas, estoy dispuesto a llegar hasta al Tribunal de Estrasburgo para hacer valer mi derecho humano a «[no] ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»). De Bertrand Russell leí entre otros, algunos de esos libros comprados de segunda mano, «Marriage and Morals», «Education and the Social Order», «Why I am Not a Christian and other essays on religion» y «A History of Western Philosophy»; posteriormente, a partir de 1959, cuando me fui a vivir a Hamburgo, me suscribí a la revista «New Statesman and Nation», en la que Russell solía escribir sus artículos de prensa. Siendo todavía un joven de 19 años tuve el atrevimiento de dirigirme a Bertrand Russell en una larga carta en la que le expresaba mi agradecimiento por cómo su obra –y también su ejemplar vida, tan coherente con su obra– habían influido en mi formación intelectual; y el entonces ya anciano filósofo tuvo el gesto de

contestarme con una carta, fechada el 27 de diciembre de 1957 –y que, enmarcada, figura en un lugar destacado de mi despacho–, en la que me escribía que era un consuelo saber que sus libros podían «help to prevent the feeling of powerlessness which is apt to beset sane men in the present state of the world». En Inglaterra, por tanto, me convertí definitivamente en un librepensador y, last but not least, tuve mis primeras aventuras eróticas, imposibles de emprender en España, donde las chicas con las que trataba estudiaban o habían estudiado en colegios de monjas, y no sólo no estaban dispuestas a cometer, no ya un pecado mortal, sino ni siquiera uno venial: una amiga mía española que consultó a un sacerdote si podía dar un beso en la boca a su novio recibió como indignada respuesta: «¡Ya tendréis tiempo de besaros cuando os caséis!». Cuando regresaba a España desde Inglaterra y, posteriormente, desde Alemania, nada más pisar la frontera me daba de frente con los tricornios de los guardias civiles, y a uno –como a tantos otros españoles de mi generación– se le caía el alma a los pies, porque de repente adquiría plena conciencia de que abandonaba la fantástica libertad de la que había disfrutado durante un cierto tiempo para ingresar, otra vez, en la mazmorra del nacionalcatolicismo.

IX

En junio de 1955 terminé el bachillerato y se me presentó, como cuestión inmediata, la de decidir cuál iba a ser mi futuro. Siguiendo una tradición catalana, según la cual las representaciones comerciales pasaban de padres a hijos, mi padre –y, con menos intensidad, también mi madre– me insistían en que me dedicara a esta actividad mercantil, enviándome mi padre, en el verano de aquel año, 15 días a Barcelona, a la oficina comercial de la empresa textil cuya representación en Madrid ostentaba, para que fuera introduciéndome en la que habría de ser mi futura profesión, una profesión que aún detestaba más después de mi corta estancia en la ciudad condal. Se me helaba la sangre cuando, aquel verano, oía que mi padre les decía a su clientes madrileños: «En octubre de este año Enrique vendrá ya a repartir facturas», al tiempo que, para dorarme la píldora, me aseguraba: «Si te quedas conmigo nunca te faltarán mil pesetas en el bolsillo». Pero no era ese, ni mucho menos, el destino que yo había pensado para mí: sentía el más profundo de los rechazos a cualquier clase de actividad práctica (a mí lo que me gustaba, y me sigue gustando, es la teoría), quería ser una persona independiente que no tuviera que depender ni de fabricantes, ni de clientes ni de nadie, como afortunadamente –y lo considero uno de los factores que mayor felicidad me ha procurado en

la vida— lo he llegado a ser y, finalmente, y como se puede deducir de las personas que egosintómicamente había tomado como modelo, yo me imaginaba en un futuro como un intelectual y, si ello era posible, y como Bertrand Russell, como un intelectual comprometido. Por primera vez en mi vida les dije a mis bondadosos padres, a pesar de que para ellos iba a suponer una importante decepción: «no». Por lo demás, si hubiera hecho caso a mis padres habría sido un desastroso representante comercial, no sólo porque no soy especialmente sociable, sino también porque, para acabarlo de arreglar y aunque mis padres nunca quisieron darle a ello mayor importancia, soy daltónico, con lo que es fácil de imaginar que el fabricante catalán me habría despedido en el momento en el que alguno de sus clientes madrileños se hubiera quejado de que su nuevo representante en la capital de España, cuando le pedían una tela azul, les mostraba una verde, y una verde cuando estaban interesados en una de color azul. No sólo por todos estos factores mi negativa a elegir esa profesión fue un acierto, sino, además, porque tampoco se habría cumplido la profecía de mi padre de que nunca me habrían faltado mil pesetas en el bolsillo, ya que —aunque en aquel momento era imprevisible, por supuesto, la globalización que se nos venía encima— prácticamente todas las empresas catalanas de fabricación de productos textiles y de pieles para guantes están actualmente quebradas ante la imposibilidad de competir con la industria china.

Durante los últimos cursos de bachillerato me había planteado la posibilidad de estudiar una de estas tres carreras: medicina, filosofía o Derecho, habiéndome decidido, finalmente, por esta última. En medicina mi vocación se dirigía a la psiquiatría (una especialidad por la que siempre se sienten inclinadas las personas que no acabamos de estar muy bien de la cabeza); pero el obstáculo insalvable que me hizo descartar desde un principio esta opción profesional residía en que, para estudiar medicina, hay que estar dispuesto a acostumbrarse a la visión de la sangre, algo que no soporto y sigo sin soportar, hasta el punto de que, cuando se proyecta en el cine cualquier escena violenta, inmediatamente tengo que retirar la vista de la pantalla. Si hubiera estudiado filosofía, me habría inclinado por la rama de la filosofía pura; pero a esta orientación profesional se oponían, en primer lugar, los pocos rendimientos económicos que se podían obtener de la misma y, en segundo lugar, que, ciertamente me gusta la teoría, pero tampoco tanto como para dedicar toda mi vida al pensamiento especulativo, sin que —tal como sucede con la filosofía— de ahí pueda extraerse resultado práctico de ninguna clase.

Así como de la medicina lo único que me habría interesado habría sido la psiquiatría, yo estudié Derecho sólo porque ello era imprescindible para poder dedicarme a lo único que de verdad me interesaba de esa carrera: al Derecho penal: yo no estudié Derecho para ser un jurista, sino para convertirme –todavía no sabía muy bien si como abogado, juez, fiscal o profesor universitario– en un penalista. A esta específica vocación había contribuido, todavía de una manera un poco difusa, que pensaba que el Derecho penal, al tratar del comportamiento desviado, y al tener como objeto de estudio al delincuente –aún no distinguía muy bien entre el Derecho penal y la criminología–, podría acercarme más al alma humana con lo que se cubría la curiosidad que sentía por la psiquiatría y por la psicología. Además, como la ciencia del Derecho es una ciencia del espíritu, de esta manera podría dedicar mi vida también al pensamiento especulativo, pero con la diferencia frente a, por ejemplo, la lógica filosófica, de que, mientras que ésta carece de efectos en la vida real, la resolución de un problema penal mediante la aplicación de los previos conocimientos jurídico-teóricos, tiene, en cambio, como consecuencia práctica, la absolución o condena de un acusado o, en este último caso, la subsunción del comportamiento en un determinado precepto penal, y, con ello, la aplicación de una pena más o menos grave. Finalmente, y ya desde muy pequeño, he sido –y lo sigo siendo– un gran aficionado al cine, y uno de mis géneros favoritos era –ahora ya no lo es tanto– el de las películas, generalmente americanas, en las que se narraban procesos penales, especialmente cuando trataban de abogados defensores –creo que un cierto quijotismo es uno de los rasgos de mi carácter– que lograban salvar a un inocente de la pena de muerte.

La carrera de Derecho se estudiaba entonces en España en cinco cursos, que comenzaban en octubre y concluían en junio del año siguiente –ahora, y después del plan Bolonia, se estudia en cuatro–, constando cada curso de un promedio de cinco asignaturas, que hay que ir aprobando año por año, mediante exámenes finales que tienen lugar en junio y, si se suspende alguno o algunos de ellos, con la posibilidad de repetir la prueba en septiembre. Al acabar la carrera, y a pesar de que ello habilitaba ya para el ejercicio de la profesión de abogado, el licenciado sólo sabe un poco más de Derecho que cuando terminó el bachillerato. Ello obedece a dos factores. El primero, a que se le da tanta importancia a la filosofía del Derecho, al Derecho romano, al Derecho canónico o a la historia del Derecho como al Derecho civil o al Derecho administrativo; o a la economía, a la Hacienda pública o al Derecho internacional público o privado como al Derecho penal o al Derecho constitucional, con la consecuencia de

que, como naturalmente es imposible aprender en tan poco tiempo tantas ramas del Derecho –muchas de ellas absolutamente prescindibles o que sólo tendría sentido aprender en una eventual especialización post-licenciatura para quien tuviera interés en esas ramas del Derecho– los estudiantes terminan la carrera sin conocer mínimamente ninguna de ellas. El segundo factor reside en que las enseñanzas jurídicas en España tienen un carácter casi exclusivamente teórico, ignorándose, con ello, que, así como en la medicina lo que se exige del facultativo es su capacidad de subsumir las dolencias de una persona determinada en el concepto abstracto de una enfermedad, para así poder tratarla terapéuticamente, así también a lo que el jurista va a dedicar toda su vida es a examinar los casos concretos que se le someten para determinar en que norma deben ser subsumidos y, de esta manera, poder determinar cuál es la consecuencia jurídica que debe vincularse al supuesto de hecho. En la enseñanza del Derecho en España no se explica para nada el mecanismo de la subsunción, sino únicamente conocimientos de carácter teórico, consistiendo la materia de examen en, por ejemplo, la asignatura de Derecho penal, en preguntar, en abstracto, qué es la legítima defensa o la estafa, y no, en cambio, lo que obligaría a tener que aplicar la técnica de la subsunción, si un determinado supuesto de hecho está o no amparado por una legítima defensa o es constitutivo de un delito de estafa.

X

En segundo o tercer curso de carrera ya había decidido que lo que quería ser era catedrático de Derecho penal y sabía también que si pretendía ser un buen especialista de esa materia tendría que ampliar mis estudios en Alemania, que había sido, era y sigue siendo La Meca de la ciencia jurídica para aquellos ordenamientos que, como el español, no pertenecen al ámbito de la Common Law. Entretanto me había hecho novio de una estudiante alemana de Hamburgo, a quien había conocido en Madrid, quien más tarde se convertiría en mi primera mujer. Decidí entonces acabar la carrera cuanto antes, estudiando cuarto y quinto curso de la licenciatura en uno solo, teniendo que aprobar en 1959 nada menos que 11 asignaturas, para lo cual tuve que encerrarme en mi casa para estudiar horas y horas, y dejar de acudir a la Facultad, en la que, a lo largo de mi carrera, sólo había tenido dos o tres profesores de los que valiera la pena asistir a sus clases. Por lo que se refiere al Derecho penal, que se estudiaba en segundo (Parte General) y tercer curso (Parte Especial), mi vocación se vio sometida a una dura prueba, ya que el catedrático de la asignatura era Isafías Sánchez-

Tejerina, un ignorante profesor, que al encontrarse enfermo, era sustituido en las clases que recibíamos por su hijo, Juan Antonio, que era aún más ignorante que su padre. Isaías Sánchez-Tejerina, cuyos deplorables manuales de Parte General y de Parte Especial teníamos que estudiar obligatoriamente, ya que constituían toda la materia de los respectivos exámenes, era, además de un incompetente penalista, un falangista partidario de las penas corporales, que había formado parte, a partir de 1939, de la comisión de depuración del profesorado universitario «no adicto al Régimen», y en cuya lección inaugural del curso 1940-1941, pronunciada en la Universidad de Salamanca, había defendido que el golpe de Estado de Franco estaba justificado por tratarse de una «legítima defensa colectiva» contra la República, con lo que creía haber encontrado un ulterior argumento para apoyar la tesis de que los españoles leales a la República habrían sido los auténticos rebeldes. Pero mi vocación por el Derecho penal estaba ya tan arraigada que ni siquiera Isaías Sánchez-Tejerina y su hijo pudieron conmoverla, es más: la afianzaron, ya que no creo que existan dos libros, como los manuales de Sánchez-Tejerina, en los que haya escrito nunca tantos comentarios críticos marginales.

XI

En verano de 1959 me traslado a Hamburgo para especializarme en Derecho penal. Pero ahora ya no viajo hasta allí en uno de esos aviones en los que ofrecían pollo para comer durante el trayecto. Mi padre, al despedirse de mí por primera vez en la madrileña Estación del Norte, me dice, con un semblante de tristeza y de pesar que nunca olvidaré, que la situación económica por la que está atravesando es muy mala, que esta vez apenas va a poder ayudarme y que en Alemania tendré que ganarme la vida con mis propios medios, una pésima situación económica que no sólo afectaba a mi familia, sino a España entera, teniendo que emigrar en aquellos años –finales de los 50 y casi toda la década de los 60– millones de españoles al extranjero, principalmente a Francia y a Alemania («Gastarbeiter»), ya que en nuestro país se había hecho imposible para ellos encontrar un puesto de trabajo. Tanto ese primer viaje a Hamburgo como los posteriores, los realizo en las clases más baratas de los trenes, cargado de maletas llenas de libros, en unos trayectos interminables, ya que había que cambiar de tren dos veces: en la frontera franco-española, y en París, no sólo de tren, sino también de estación (Gare d'Austerlitz-Gare du Nord, a la ida, y du Nord-Austerlitz, a la vuelta).

Como en Hamburgo tengo que financiarme yo mismo la estancia, me gano la vida trabajando, generalmente en tareas de carga y descarga, ya que mis todavía escasos conocimientos del alemán no me permiten desempeñar otra clase de trabajo que no sean los de carácter físico. Las horas que tengo libres las dedico a estudiar el idioma y como, por causa de Sánchez-Tejerina, prácticamente no sé nada de Derecho penal, me compro la Parte General de Reinhart Maurach. Ciertamente que Maurach no era un penalista de una gran originalidad –prácticamente su única aportación a la ciencia del Derecho penal había sido su poco convincente y poco seguida teoría de la «responsabilidad por el hecho» («Tatverantwortung»)–, pero en aquel momento era el mejor manual que existía de Parte General –en realidad, era excelente– por su claridad y, sobre todo, porque reflejaba con una gran fidelidad y neutralidad cuál era la situación real de la dogmática penal alemana y cuál había sido su evolución anterior. Leí y releí el libro de Maurach tantas veces que, cuando recuerdo como lo hacía, casi me parece verme como un alumno musulmán recitando el Corán en una madraza. Todavía conservo en mi biblioteca aquel libro (segunda edición de 1958), con las páginas negras de tanto haberlo subrayado con lápiz: gracias a él no sólo aprendí Parte General, sino también alemán y multitud de sus términos juridicopenales cuyo significado en español iba anotando en los márgenes.

Mi idea era establecer contacto con algunos de los profesores de Derecho penal de la Universidad de Hamburgo para transmitirles mi deseo de estudiar con ellos. Pero antes de hacerlo tenía que cumplir dos requisitos. El primero, haber aprendido el suficiente alemán como para poder dirigirme a esos profesores y para poder leer sin muchas dificultades los textos juridicopenales escritos en ese idioma. El segundo requisito era poder atender a mi subsistencia sin tener que ganarme la vida trabajando –al menos, no con esa intensidad–, ya que, si quería cumplir el propósito que me había llevado a Alemania, necesitaba la mayoría de las horas del día –y de la noche– para dedicarme prioritariamente al Derecho penal. Este segundo requisito no era nada fácil de cumplir, porque en aquel entonces apenas existían becas para españoles en el extranjero: ni para Alemania ni para ningún otro país. Pero un día mi padre me escribe diciéndome que se acababa de convocar en España una única beca de intercambio, de un año de duración, con precisamente la Universidad de Hamburgo. Envié toda la documentación requerida a mi padre para que la presentara en el Ministerio español de Asuntos Exteriores y, poco tiempo después, recibí la inmensa alegría –me es imposible de describir el grado de su intensidad– de que la beca me había sido concedida.

En el verano de 1960 solicito una entrevista con Rudolf Sieverts, uno de los dos catedráticos ordinarios de Derecho penal de Hamburgo, para exponerle cuál era la razón de mi presencia en Alemania. Sieverts me pregunta si quiero especializarme en criminología o en dogmática penal, y, como entretanto ya había aprendido a diferenciar entre una y otra, le contesto, sin dudarlo, que en esta última. A pesar de que Sieverts se había habilitado con una importante monografía de carácter dogmático [«Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen» («Contribución a la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto»), 1934], me explica que su verdadera especialidad es la criminología y el Derecho penal de menores, por lo que me pone en contacto con el otro catedrático de Derecho penal de Hamburgo, Heinrich Henkel, que es quien cultivaba en esa Universidad la dogmática penal.

Mi primera entrevista con Henkel fue decisiva para lo que ha sido el resto de mi vida profesional. En primer lugar, lo que me propone Henkel es que, para especializarme, lo que tengo que hacer es redactar una tesis doctoral bajo su dirección. En segundo lugar, Henkel, en la misma entrevista, me propone ya como tema de tesis el de la teoría de la causalidad adecuada, a la que él había dedicado cuatro años antes un breve comentario jurisprudencial (44). Y, finalmente, me indica que, para las cuestiones de detalle, me ponga en contacto con un asistente y discípulo suyo: ese asistente y discípulo suyo era nada menos que un muchacho de 29 años llamado Claus Roxin, quien ya había publicado su tesis doctoral «Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale», y que en aquel momento estaba elaborando su escrito de habilitación, también nada menos que «Täterschaft und Tatherrschaft». Ambos, Henkel y Roxin, fueron revisando el texto de mi tesis –también en sus aspectos gramatical y estilístico– a medida que iba elaborando sus distintos capítulos.

De aquella entrevista salí en estado de «shock». A Henkel le había dicho que estaba dispuesto a doctorarme, porque realmente no me había dejado otra opción; pero, por una parte, mi estancia en Hamburgo estaba limitada en el tiempo ya que, de momento, sólo tenía asegurado el colchón económico de un año que me aseguraba mi beca de la Universidad de Hamburgo, y, por otra, delante de mí tenía la enorme tarea de acabar de aprender alemán y de poner en pie una tesis sobre un tema que, si no hubiera sido por mi casi memorización de la Parte General de Maurach, me habría sonado a chino: la causalidad adecuada. No obstante todas estas dificultades que se presentaban como casi insuperables, llevado por mi optimismo habitual pensé que

(44) Cfr. HENKEL, Nota a una sentencia del OLG de Stuttgart de 17.2.1956, NJW 1956, pp. 1451-1452.

yo sí las vencería, optimismo habitual que es el que explica que, a pesar de que por fuera a veces aparezca como una persona algo insegura, en el núcleo de mi personalidad tengo una gran confianza en mí mismo, autoconfianza que, a lo largo de mi vida, me ha llevado en muchas ocasiones a arrojarme a la piscina sin saber previamente si estaba llena o vacía, lo que, cuando estaba llena, constituye la explicación de algunos de mis logros, pero también, cuando estaba vacía, de estrepitosos fracasos que a punto estuvieron de dejarme espiritualmente tetrapléjico para siempre (mi mujer, Nieves, dice que mi tendencia a meter la pata sólo puede compararse con mi habilidad para volver a sacarla). En cualquier caso, Henkel me había mostrado el único camino posible para mi propósito un tanto inconcreto de la especialización: ésta no se podía conseguir leyendo dispersamente obras de penalistas y sentencias inconexas, sino redactando una obra monográfica que, además de permitirme conocer exhaustivamente una parcela del Derecho penal –una parcela que, tal como acabé planteando la tesis, era una muy extensa–, me serviría también para aprender el método de investigación jurídica.

A ese método de investigación, que ha marcado toda mi ulterior obra científica, me referí el 9 de mayo de 2008, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en las palabras de agradecimiento que pronuncié en la entrega, con motivo de mi 70 cumpleaños, de los «Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat» (45), palabras que reproduzco a continuación:

«Pero, prescindiendo de los resultados –mejores o peores– que haya podido alcanzar con mis investigaciones, sí quiero hacer una referencia a cómo ha sido mi método de trabajo. Lo que ha marcado para siempre mi trayectoria investigadora ha sido la circunstancia de que mi primera obra científica, dirigida por el profesor Heinrich Henkel –mi tesis doctoral entregada en la Universidad de Hamburgo en 1962–, la escribo en alemán y que tiene que cumplir los requisitos que se requieren en una institución alemana con un alto nivel de exigencia. Ese nivel de exigencia consiste, por una parte, en que, a diferencia de cómo en aquella época se estilaba en España, las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales sobre las que se construía la tesis tenían que aspirar a la exhaustividad, y las citas que en la obra se hacían tenían que responder a una realidad: eran de libros, de artículos o de sentencias efectivamente leídos y cuando, muy excepcionalmente, se citaba de segunda mano, porque se trataba de una obra a la que había sido imposible acceder, así se tenía que hacer constar; y, por

(45) Carlos GARCÍA VALDÉS, Antonio CUERDA, Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, Rafael ALCÁZER y Margarita VALLE (coordinadores), 2 tomos, XXXV + 2462 pp. Madrid 2008. Esas palabras de agradecimiento se reproducen en el prólogo a mi libro «Cursos causales irregulares e imputación objetiva», Montevideo-Buenos Aires 2011.

otra, en que, también a diferencia de lo que sucedía en España por aquel entonces, se podía –y se debía– discrepar de cualquier autor, por muy eminente que fuera, y de cualquier sentencia, por muy alto que fuera el tribunal del que había emanado, si el doctorando creía que no eran convincentes: en la ciencia no existía el argumento de autoridad, sino únicamente el de la razón. Así sucede –tanto por lo que se refiere a la riqueza del material que se maneja como a la libertad de criticar todo lo que al autor, aunque sólo sea un principiante, le parezca criticable– con numerosos artículos y monografías de Derecho penal –muchos de ellos de una calidad insuperable– que se publican hoy en día en España, pero creo que mis obras, una vez que empezaron a aparecer en español, alguna influencia han tenido en ese radical cambio que ha experimentado la investigación del Derecho penal en nuestro país.

Para mí, la investigación es una lucha. Cada vez que me decido a abordar un tema parto de la creencia de que cualquier problema juridicopenal, por difícil que sea, se puede resolver, y además, y confieso mi inmodestia, que lo puedo resolver yo; si no lo puedo resolver, entonces lo dejo aparcado, aunque no me doy fácilmente por vencido. Y parto también de la creencia de que el planteamiento de ese problema y su solución –una vez que ésta ha sido alcanzada– se pueden exponer de una manera relativamente sencilla y fácil de ser entendida por el lector.

Thomas Mann decía que un escritor –y todos los que nos dedicamos a la investigación jurídica somos también escritores– es una persona a la que el escribir le resulta más difícil que a todas las demás personas. Al menos por lo que a mí se refiere, le doy la razón a Mann. Muchos de mis escritos, antes de darlos a la imprenta, han sufrido 10, 20, tal vez 30 versiones, aunque nunca he pretendido establecer competencia alguna con nadie, sino sólo conmigo mismo. Como John Irving, yo también soy un “reescriptor incansable”, porque suscribo la siguiente frase del novelista norteamericano: “Llevas a cabo una pequeña cosa una y otra vez hasta que al resto del mundo le parece que no requiere más esfuerzo y que es completamente natural. Pero no es en absoluto sencillo aparentar naturalidad; nada realmente bueno en el ámbito de las actuaciones creativas se consigue de forma natural”».

La causalidad adecuada era una teoría causal más, por lo que mi tesis se podría haber limitado a exponer, primero, su origen y desarrollo, después, cuál era su contenido actual, y, finalmente, si era o no la teoría correcta de la causalidad, para lo cual era preciso estudiar y exponer también el resto de las teorías causales, especialmente la ya entonces –y ahora– dominante teoría de la condición. Pero me pareció que, teniendo en cuenta la situación de la teoría jurídica del delito a finales de los 50 y principios de los 60 del pasado siglo, en mi obra debía abordar también las teorías causal, final y social de la acción, cuya discusión se encontraba en aquel momento en plena ebullición, así como, aunque sólo fuera marginalmente, otros problemas tales como la tentativa, el dolo, la participación delictiva o los comporta-

mientos alternativos conforme a Derecho, con lo que, al final, mi tesis se convirtió en una extraordinariamente formativa, en la que no sólo me había ocupado de una concreta teoría causal, sino de bastantes otras cuestiones de las consideradas nucleares de la Parte General del Derecho penal (46).

XII

Como en aquellos años España era todavía un país en vías de desarrollo, y al igual que me había sucedido pocos años antes con Inglaterra, quedé conmocionado por muchos de los avances materiales que se habían alcanzado en Alemania. Cuando venían a visitarme a Hamburgo algunos de mis amigos españoles –entre ellos, mi íntimo amigo Jorge de Esteban (47)–, yo disfrutaba provocando su asombro: ponían los ojos como platos cuando les llevaba a Karstadt o a Kaufhof para que pudieran subir, por primera vez en su vida, por una escalera mecánica, cuando les hacía notar que en el tranvía en el que viajábamos había de todo... ¡hasta calefacción!, cuando en la Mensa les instaba a que metieran una paja de plástico, rompiendo un pequeño agujero, por un extraño tetraedro elaborado con un material igualmente extraño del que, cuando se sorbía, manaba leche (¡era el Tetra Brik!), o cuando les invitaba a introducir algunos marcos en unas sorprendentes máquinas (algunas, manuales, otras, incluso, eléctricas), que, accionando el correspondiente mecanismo, administraban toda clase de artículos, desde productos alimenticios hasta paquetes de cigarrillos. Naturalmente que, con el transcurso del tiempo todas esas comodidades y todos esos aparatos –y muchos otros entonces, también en Alemania, todavía inimaginables– se fueron introduciendo paulatinamente en

(46) Mi tesis doctoral: «Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht», Hamburg 1962, se recoge ahora en mi libro, de recopilación de algunas de mis obras publicadas en Alemania, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Kausalität, Handlung und Unterlassung*, Lit Verlag, 2013, pp. 1-142.

(47) Amigo del colegio desde los siete años. Posteriormente estudiamos ambos la carrera de Derecho en la Complutense, acabando ambos nuestra carrera académica en la misma Universidad, él, como catedrático de Derecho constitucional, y yo, de Derecho penal. Sobre la base en gran parte de las cartas que desde Alemania (primero, desde Hamburgo, y, posteriormente, en ulteriores estancias, desde Friburgo) escribía a DE ESTEBAN, éste, muchos años más tarde, publicó una larga semblanza mía: cfr. DE ESTEBAN, *Testigo de una vocación. Enrique GIMBERNAT visto por un constitucionalista*, en: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, 2008, pp. 3-71.

España, hoy un avanzado Estado industrial. Pero el español que llegaba a Alemania en aquellos años no salía de su asombro cuando se encontraba, de golpe, con todos ellos juntos y ya en funcionamiento.

Como gran aficionado al cine, en Alemania pude disfrutar por primera vez de muchas películas míticas antiguas que, por motivos políticos o religiosos, estaban prohibidas en España, como «El Acorazado Potemkin» y «Octubre», de Eisenstein, «Der blaue Engel», de von Sternberg, «El Gran Dictador», de Chaplin, o «Citizen Kane», de Orson Welles, así como de otras modernas, que se estrenaban por aquellos años y que no se pudieron ver en España hasta después de la muerte de Franco, como «Viridiana», de Buñuel –aunque, lamentablemente, no en su versión original española, sino en la doblada al alemán–, «La Dolce Vita», de Fellini, y las creaciones de la Nouvelle Vague –aunque el cine francés no ha sido nunca una de mis debilidades, más bien: todo lo contrario–; y, last but not least, las películas, prohibidas en España indiscriminadamente y en su totalidad, de quien era en aquel momento el sex symbol por el que yo bebía los vientos: Brigitte Bardot.

Al principio de mi estancia en Alemania, cuando aún no conocía muy bien el alemán, fui a un cine a ver un documental que me habían recomendado sobre la dictadura nazi, pero sin que se me informara con más precisión sobre su contenido. En la oscuridad de la sala de proyección, y aunque no entendía nada de lo que decía la voz en off del narrador, aparecieron ante mis ojos unas imágenes terribles, sobrecogedoras, espantosas, pero que desconocía cuándo y dónde se habían grabado, y que mostraban montones de cadáveres humanos desnudos, que no eran más que huesos recubiertos de pellejos y que eran empujados por máquinas-pala dentro de unas fosas comunes, donde, inanimados, se desplomaban con unos movimientos incontrolados como si fueran peleles. A través de este documental francés, el famoso «Nacht und Nebel» («Nuit et brouillard»), en el que se muestran las imágenes del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau inmediatamente después de su liberación, tuve noticia por primera vez del genocidio nazi, genocidio que, mediante una implacable censura de cualquier medio de comunicación, había sido eficazmente ocultado a los españoles por el franquismo, que tenía muchas razones para esa ocultación: porque los rebeldes habían derrotado a la República en la Guerra Civil gracias, en una importante parte, a la ayuda de la Alemania nazi, con el envío a España, entre otros refuerzos militares, de la «Legión Cóndor», porque Franco había cooperado con Hitler durante la campaña rusa con la incorporación a ésta de una división entera (la «División Azul», la «Blaue Division»), porque el Partido Único de la Falange estaba inspirado, en gran medida, en el Partido Nacionalso-

cialista Obrero Alemán (NSDAP), y porque, finalmente, la mayoría de los políticos españoles franquistas y muchos de los medios de comunicación que se publicaban en España por aquel entonces eran abiertamente germanófilos (mejor dicho: «filonazis»), una actitud que se habría revelado como insostenible —¿qué digo?: como repugnante— si se hubiera conocido la verdadera dimensión del genocidio cometido durante el Tercer Reich. Sólo en los años finales del franquismo y, sobre todo, a partir de la llegada de la democracia a España el pueblo español pudo ser informado con toda amplitud de aquel exterminio (48).

Naturalmente que también aproveché mi estancia en un país democrático para ejercer yo mismo la libertad de expresión y para disfrutar del uso que otros hacían de ella. En el primer aspecto, trataba de transmitir a mis interlocutores alemanes y de otras nacionalidades la opresiva realidad de la dictadura franquista, un tema que siempre despertaba un gran interés, a juzgar por la atención que se me prestaba y por las numerosas preguntas que se me formulaban sobre la situación política española. Estas charlas se desarrollaban en el Europa Kolleg, un colegio mayor de Hamburgo, en el que convivían alemanes y extranjeros de todas las nacionalidades, en el que residí durante muchos meses y del que guardo un maravilloso recuerdo, y, otras veces, en alguna reunión organizada por la asociación estudiantil SDS.

Por lo que se refiere a actos políticos en los que se ejercía la libertad de expresión, sólo voy a mencionar tres de ellos.

El primero, un mitin —el primero al que asistía en mi vida— multitudinario celebrado en Hamburgo por el SPD. Por supuesto que los oradores dedicaban sus discursos a criticar al Gobierno de Adenauer, entonces en el Poder (en España, si alguien hubiera criticado en un marco así al Gobierno de Franco, la policía habría entrado a palos en el recinto, deteniendo a todo bicho viviente que se hubiera puesto a su alcance, quienes, posteriormente, habrían sido condenados a largas penas de prisión), que es lo que sucede en todos los países democráticos, especialmente en períodos electorales, y que me mostró de la manera más diáfana que la confrontación entre distintas opciones pertenece a la esencia de la democracia, que era todo lo contrario de lo que sucedía en España, donde no existía opción, y donde todo aquel que osara criticar al Gobierno era degradado a la categoría de delin-

(48) A ello contribuí yo también, modestamente, y tempranamente, con mi traducción al castellano del libro de Eugen KOGON, «Der SS-Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager», 1.^a ed. española, Taurus, Madrid 1965; 2.^a ed., Alba Editorial, Barcelona 2005.

cuenta. En aquel mitin uno de los políticos que intervino fue Willy Brandt, quien me fascinó con la oratoria llena de convicción, electrizante, de la que hizo gala, con un discurso que me mostró por primera vez lo que los alemanes llaman hablar «druckfertig» («listo para la imprenta»).

El segundo acto político del que guardo recuerdo fue una concentración en la Rathausmarkt, con motivo de una reunión que se celebraba en Hamburgo de la Internacional Socialista; los más importantes líderes socialistas europeos fueron vitoreados por la multitud cuando se asomaron al balcón principal del Ayuntamiento, encontrándose entre ellos el laborista Clement Atlee, que había sido Premier británico entre 1945 y 1951, y una de las «bestias negras» del franquismo, porque había venido a España durante la Guerra Civil, arengando a las «Brigadas Internacionales», y porque, durante su mandato, no había dejado pasar ninguna oportunidad para atacar a la dictadura española, al contrario lo que hizo su antecesor (y sucesor) en la jefatura de Gobierno, Winston Churchill, más bien complaciente con Franco, por el temor de que, si éste era derrocado, y tal como había sucedido en Francia y en Italia, en España el comunismo podría alcanzar también una importante influencia política.

Pero fue el tercer acto político en el que estuve presente el que me causó una mayor impresión. Se había anunciado un coloquio, que se iba a celebrar en un aula del Hauptgebäude («Edificio Principal») de la Universidad de Hamburgo, entre un miembro del Bundestag cristiano-demócrata y otro socialdemócrata, sobre si España debía ser admitida o no en la OTAN. En el coloquio, al que no asistían demasiadas personas, el primero sostuvo que, dado que la OTAN era una alianza militar anticomunista contra el Pacto de Varsovia, no veía inconveniente alguno en que España, situada en un lugar estratégico de Europa, se incorporara a dicha Alianza. Del diputado socialdemócrata me había llamado la atención su pobladísima cabellera, de la que era evidente que se sentía muy orgulloso y que continuamente se atusaba, de un color negro tan azabache que le confería un aspecto poco alemán; pero cuando empezó a hablar me olvidé de su pelo: argumentó que España no era un país democrático, que la OTAN era una Alianza para defender la libertad, y que, consiguientemente, mientras España no se convirtiera en un Estado de Derecho, no podía ser admitida en ese bloque militar. Cada respuesta del parlamentario cristiano-demócrata era contestada por el socialdemócrata con una catarata de argumentos, de una contundencia implacable, y expresados con una formulación tan demoledora, que aquél fue haciéndose cada vez más pequeño hasta quedar prácticamente mudo. Nunca había presenciado,

y nunca he vuelto a presenciar, una capacidad dialéctica y de expresión como la que desplegó el hombre de pelo negro como el azabache en aquel acto. Cuando hubo finalizado, leí en el cartel que anunciaba el coloquio los nombres de los dos participantes: el demócratacristiano se llamaba Gerd Bucerius y el socialdemócrata, Helmut Schmidt, y, en relación con este último, pregunté a las personas que me habían acompañado al acto: «¿Quién es ese tío?», sin que supieran darme otra contestación que la de que era un simple parlamentario del Bundestag. Pocos meses después, en diciembre de 1961, Schmidt era nombrado senador de Interior («Innensenator») del Gobierno de Hamburgo, sin que sea necesario, por conocida, describir cuál ha sido su ulterior trayectoria política hasta convertirse actualmente, con 95 años, y con la misma lucidez que tenía cuando le escuché en aquel verano de 1961 en Hamburgo, en el político más respetado de Alemania, en una auténtica leyenda viva. Desde aquella primera gran impresión que me causó Schmidt, he seguido intermitentemente sus pasos, bien a través de las entrevistas a las que se sometía y de las crónicas publicadas en «Der Spiegel» –revista que empecé a leer en 1961 y de la que sigo siendo suscriptor en la actualidad–, bien con la lectura de algunos de sus libros, últimamente de «Auf eine Zigarette mit Helmut Schmidt» y «Außer Dienst».

XIII

Después de mi entrevista con *Henkel*, inmediatamente me puse a elaborar mi tesis doctoral al tiempo que continuaba profundizando en el idioma alemán. Nunca había trabajado tanto en mi vida y durante tanto tiempo seguido, y nunca he vuelto a hacerlo. Durante dos años, mis jornadas fueron de 12 y 14 horas diarias, incluyendo sábados y domingos, jornadas que seguía manteniendo durante mis únicas vacaciones de unos diez días que dos veces al año pasaba en España junto a mis padres, trasladándome a Madrid con las maletas llenas de libros ya que no me podía permitir perder ni un solo minuto. Recuerdo que una de aquellas vacaciones la dediqué íntegramente –tomando las correspondientes notas– a leer la monografía de Armin Kaufmann «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte». El libro era fascinante y en él Kaufmann ponía de manifiesto su extraordinaria inteligencia, extrayendo del principio que, según él, regía para los delitos de omisión –del «Umkehrschluß» (del «argumento de la inversión») frente al delito de acción–, con una admirable coherencia, toda una serie de conclusiones para los delitos omisivos que solucionaban prácticamente todos los problemas que éstos presentaban. La construcción de

Armin Kaufmann de los delitos de omisión no sólo era un monumento intelectual a la lógica, sino que, además, no se podía negar que emanaba de ella una cierta belleza. Pero la construcción de Kaufmann era falsa porque toda ella se edificaba sobre un principio equivocado: el de que el delito de omisión es el reverso del anverso que constituye el delito de acción, y «wer das erste Knopfloch verfehlt, kommt mit dem Zuknöpfen nicht zu Rande» («el que se equivoca con el primer ojal, ya no puede acertar con el abotonado»). Años más tarde tuve la oportunidad de coincidir en distintas ocasiones con el noble ser humano que era Armin Kaufmann. Recuerdo una vez que asistiendo ambos a un Congreso en México, en 1977, cuyos organizadores me habían comprado el billete de ida y vuelta Madrid-México DF-Madrid, me vi en la necesidad de adelantar el vuelo de regreso, por urgentes e inaplazables motivos personales, con lo que, como no era posible el cambio de día por tratarse de un billete cerrado, tenía que pagarme de mi bolsillo dicho vuelo, sin que dispusiera en México del dinero en efectivo que se necesitaba para abonarlo. En aquella época en España apenas se conocían las tarjetas de crédito, por lo que el alemán Armin Kaufmann, que sí poseía una de ellas, se ofreció inmediatamente a adelantarme el precio del regreso, abonando el importe con su tarjeta. Finalmente, el problema pudo resolverse sin tener que acudir a la generosidad –y a la confianza– de Kaufmann; pero han transcurrido muchos años y sigo recordando, agradecido, el gesto de Armin Kaufmann, cuya temprana muerte supuso una pérdida para la ciencia penal, que se quedó demasiado pronto sin las siempre agudas e inteligentes aportaciones de un verdaderamente grande.

Pero volvamos a Hamburgo y a mi doctorado. En el verano de 1961 había concluido mi beca de la Universidad de Hamburgo, pero, con la concesión de una nueva beca, esta vez española, de la recién creada Fundación Juan March –la noticia de que me había sido otorgada supuso otra alegría de una intensidad que me es difícil describir (recuerdo que envié a mis padres un telegrama con el siguiente texto: «Beca Juan March obtenida»)–, quedaban cubiertos económicamente 12 meses más para mi dedicación exclusiva y excluyente a mi proyecto de investigación. Mi tesis marchaba a buen ritmo y la «Materialsammlung» (la «recopilación de material») se hallaba ya muy avanzada, no obstante lo cual tenía mis dudas –era mi primer trabajo de investigación y, por consiguiente, carecía de cualquier experiencia previa sobre cuánto tiempo necesitaba todavía para concluirlo– de si esos 12 meses serían suficientes para culminar mi doctorado en Hamburgo, teniendo en cuenta, además, que éste exigía no sólo la presentación de una tesis, sino también la redacción de una exégesis de

Derecho romano y la superación del examen «rigorosum», en el cual tres catedráticos de Hamburgo me iban a preguntar sobre los Derechos civil, penal y público alemanes.

Como no fue hasta junio de 1962 –justo cuando se terminaba mi beca March– que presenté mi tesis doctoral, calculé que todavía necesitaba seis meses adicionales para poder preparar y superar los dos trámites –exégesis y rigorosum– que aún me restaban para concluir el doctorado. Pedí entonces a la DAAD una ulterior beca para ese medio año, beca que me fue concedida por un procedimiento de urgencia y sin ninguna dificultad, ya que a mi solicitud acompañé la ya completamente redactada tesis doctoral que acababa de depositar en la Universidad.

Me dediqué entonces a estudiar el ya casi olvidado Derecho romano del que me había examinado seis años antes en la Universidad de Madrid y a consultar algunas exégesis que habían presentado otros ya doctores, entre ellas, la de mi amigo del Europa Kolleg Rudolf Gärtner, quien pocos años después obtendría una cátedra de Derecho privado en la Freie Universität Berlin, a quien le manifesté que no tenía ni idea de cómo abordar esa prueba y que estaba francamente asustado. Gärtner –un hombre muy inteligente y con mucho sentido del humor– trató de tranquilizarme, contestándome –hay que tener en cuenta que Gärtner era iusprivatista–, cuando le pregunté si la exégesis le había resultado muy difícil: «Hat Spaß gemacht!» («Ha sido divertido»), lo que no respondía a mi pregunta, porque yo me daba por satisfecho con realizar un trabajo aceptable sin que tuviera ninguna aspiración a que, además, me resultara divertido. El día señalado acudí a la Facultad de Hamburgo, donde se me entregó como «Aufgabe» («Tarea»), la siguiente: «C [Corpus Iuris Civilis]. 4.58.3 debe ser traducido y comentado». Se trataba de un rescripto imperial sobre un supuesto de hecho de la compraventa de un esclavo que había huido, planteándose el problema de si era el comprador o el vendedor quien debía asumir el perjuicio causado con la huída. Finalmente, la exégesis no me resultó tan difícil: me di cuenta entonces de que, al redactar la tesis doctoral, y entre las muchas cosas que había aprendido, figuraba también el método de investigación jurídica, que podía aplicarse a cualquier rama del Derecho. Consulté 37 fuentes bibliográficas y recuerdo que, incluso, creí haber descubierto dos o tres interpolaciones en el texto del Codex. En cualquier caso, el gran romanista Max Kaser, que fue quien me corrigió la exégesis, quien me examinó de Derecho privado en el rigorosum y quien –junto al entonces Rector, mi querido Rudolf Sieverts– firmó, como Decano de la Facultad, mi título de Doctor, me dijo, al concluir el rigorosum, que había escrito

una excelente exégesis y que esperaba que, con todo lo conseguido ya en Hamburgo, un día llegaría a ser catedrático de Derecho penal en España.

Debió ser en julio cuando empecé a preparar el *rigorosum*. De las tres materias de que me iban a examinar, el Derecho penal, naturalmente, no tuve ni que prepararlo, estudiando para el Derecho público los aspectos más esenciales de la Ley Fundamental de Bonn. Mi mayor preocupación residía en el Derecho civil, en el que las preguntas solían versar sobre la Parte General y el Derecho de obligaciones, para lo cual me puse a estudiar, casi con la misma intensidad con que lo había hecho en su día con el Maurach, los dos tomos de «Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts», de Ennecerus/Nipperdey, y los también dos tomos del «Lehrbuch des Schuldrechts», de Karl Larenz, lo que me permitió descubrir el apabullante edificio conceptual que había construido la dogmática alemana del Derecho civil, ante el que quedé deslumbrado.

El 15 de enero de 1963 rendí mi examen *rigorosum* concluyendo así mi doctorado en Hamburgo. Muchas veces, a lo largo de aquellos dos años y medio de trabajo extenuante había dudado de que pudiera alcanzar aquella meta con la que había soñado tanto tiempo. Pero, si la alcanzaba, no tenía la menor duda que ese día sería uno de los más felices de mi vida, porque aquello significaría que había ganado la primera apuesta importante que había hecho a favor de mi mismo. Pero, para mi desgracia, las cosas no sucedieron como había imaginado, porque, ante la aparición de tremendas e inesperadas preocupaciones, la satisfacción que podría haberme proporcionado mi doctorado había quedado relegada a un segundo plano.

XIV

En aquellos tiempos, e independientemente de que eran disparatadamente caras, las conferencias telefónicas con el extranjero eran muy complicadas, porque no se podían hacer directamente, tal como se hace ahora marcando el correspondiente prefijo del país con el que se quiere hablar, sino sólo a través de operadora y siempre con una demora difícil de calcular previamente. En los más de tres años que estuve en Hamburgo nunca hablé con mis padres por teléfono. Pero la comunicación con ellos era permanente a través del correo postal, escribiéndonos, al menos, una vez por semana, largas cartas. Debido al ingente trabajo que tenía que desarrollar en 1962, éste fue el primer año de mi estancia en Alemania en el que no pasé unos días en Madrid con mis padres durante el verano. Mi última visita había tenido lugar

en Semana Santa, y todavía recuerdo cómo, desde la escalerilla del avión –fue la primera y única vez que utilicé ese medio de transporte para desplazarme entre los dos países–, agitaba mi mano despidiéndome de mis padres, quienes respondían a mi saludo desde una distancia muy cercana –todavía no se habían inventado los *finger*, y las despedidas en los aeropuertos no se diferenciaban mucho de las que se producían en las estaciones de ferrocarril– y, aunque ni he creído ni creo para nada en las premoniciones, viendo la tristeza por mi partida en el rostro de mis padres, se apoderó de mí la sensación de que –sin saber muy bien por qué– las cosas ya no volverían a ser nunca iguales.

Desde agosto de 1962 la correspondencia con mis padres se había ido espaciando. Pero estaba tan enfrascado con la preparación del *rigorosum* que esa circunstancia no despertó en mí ninguna señal de alarma. A finales de noviembre de ese año recibí un carta de mi hermano José Antonio: me decía –pero no en tono muy alarmista– que a mi padre se le había descubierto un tumor en el pulmón cuya naturaleza se desconocía y que iba a ser intervenido, al parecer por un cirujano muy competente, en la segunda quincena de diciembre, y que mi regreso a Madrid se hacía muy urgente. Me quedé muy preocupado, pero, como para combatir su angustia uno tiene sus mecanismos de defensa, «negué» que hubiera alguna posibilidad de que el tumor fuera canceroso así como que la intervención quirúrgica pudiera fracasar. Como mi hermano, después del día señalado para la intervención, tampoco se puso en contacto conmigo, interpreté ese silencio, en mi negación de la gravedad de la situación, como una confirmación de que –como yo mismo me había acabado de creer– las cosas habían salido bien. La verdad no se me reveló hasta el 27 de diciembre de 1962: ese día recibí una carta de José Antonio en la que me escribía que el tumor era maligno y que el cirujano ni siquiera había operado, porque, al abrir, se había encontrado con que el cáncer había metastizado en el hígado, un cáncer que en ese órgano en aquellos tiempos equivalía a una sentencia de muerte, ya que no era susceptible de ser tratado con las dos únicas terapias descubiertas hasta entonces para tratar de combatir la enfermedad: la cirugía y la radiación.

Un sentimiento que hasta entonces no había conocido de temor y temblor se apoderó de mí, y salí a la calle, anonadado, sin rumbo fijo. Mis padres no habían tenido hasta entonces ninguna enfermedad seria y, aunque para aquellos tiempos, mi padre tenía ya una considerable edad (66 años), la idea de que pudiera morirse hasta entonces ni se me había pasado por la cabeza.

Creo que fue al día siguiente (el 16 de enero de 1963) de haber rendido el *rigorosum* cuando abandoné definitivamente Hamburgo

para reunirme con mis padres. A mi llegada a la estación de Madrid vinieron a recibirme mi madre y mi hermano, quienes me advirtieron de que mi padre estaba muy desmejorado. Pero ese aviso no me sirvió para nada ante el panorama con el que después me encontré. Al entrar en mi casa de Madrid y ver a mi padre, que me saludó con un «Hola, Enrique», no sé ni cómo pude mantenerme de pie. Mi padre, que durante toda su vida había sido más bien grueso, había adelgazado hasta tal punto que se había convertido en una persona irreconocible que tenía ya en su rostro el sello de la muerte (todavía tenía en mi memoria su aspecto de siempre cuando me despidió, hacía sólo unos meses, en el aeropuerto de Madrid) y su voz estaba tan apagada que ya no tenía nada que ver con el timbre potente con el que le había escuchado desde mi infancia.

Al poco de llegar a Madrid, por la noche, en el salón de nuestra casa, mi madre me dice que en el verano de 1962 le habían extirpado una mama, me enseña la cicatriz, pero me tranquiliza enseguida, mostrándome un informe de anatomía patológica en el que se hace constar que el tumor no es maligno.

Pocos días después, mi padre, aprovechando que mi madre no está en casa, me llama a la alcoba y me comunica que a mi madre le han operado del pecho, entregándome a continuación una llave que él guarda para que abra un armario, cerrado a cal y canto, de donde extraigo un ulterior informe anatomopatológico en el que se hace constar que el tumor de mi madre es maligno. Mi padre empieza a llorar, me dice que él saldrá pronto de su enfermedad, pero que el pronóstico de mi madre es pesimista y que, según los médicos, y como mucho, le quedan cinco años de vida, y en ese momento a mi padre el llanto apenas le permite hablar: seguía tan enamorado de mi madre como en aquel lejano día de 1935, en el que se subió al tren en el que mi madre regresaba desde Madrid para declararse a ella y pedirle en matrimonio.

En aquel entonces el cáncer era una enfermedad de la que se ocultaba casi todo y sobre la que las personas legas en medicina apenas teníamos información. Salí del dormitorio sin saber muy bien si había que creer a mi padre o a mi madre sobre la enfermedad de ésta, por lo que, angustiado, me dirigí a José Antonio para que me contara toda la verdad. Y sólo entonces fue cuando mi hermano decidió revelarme todo el drama que se había vivido en mi casa en los últimos meses. En el verano de 1962 se le había descubierto a mi madre un tumor, siendo sometida a una mastectomía. Una vez realizada la biopsia, se comprobó que el tumor ya se había extendido a los ganglios, por lo que el pronóstico no daba lugar a ninguna esperanza, si bien, posteriormente,

a mi madre se le administraron algunas sesiones de radioterapia con la única finalidad de poder prolongarle la vida algún tiempo. Mi padre y mi hermano decidieron entonces ocultar la enfermedad a mi madre y, para ello, acudieron al procedimiento, entonces bastante habitual, de pedir a los médicos un informe anatomopatológico falso del tumor extraído, para así encubrir el engaño ante mi madre con una apariencia de verosimilitud. Por consiguiente, y desgraciadamente, el informe auténtico era el que me había enseñado mi padre. A las pocas semanas de la operación de mi madre, los médicos diagnosticaron a mi padre —que estaba adelgazando alarmantemente— un tumor en el pulmón. Se decidió operarle, pero, como ya he indicado anteriormente, y a la vista de que el tumor había metastazado en el hígado, los cirujanos se limitaron a «abrir y cerrar», ya que, en aquellos años, el hígado era «inoperable». El acuerdo que entonces se estableció entre mi madre y mi hermano fue el de ocultarle a mi padre la enfermedad, asegurándole que había sido sometido a la operación prevista, que el tumor supuestamente intervenido no era maligno y que la operación había resultado todo un éxito.

A su vez, mi padre y mi hermano por una parte, y éste y mi madre, por otra, resolvieron ocultarme todo. Yo ya había entregado mi tesis doctoral en Hamburgo, pero mi familia sabía que necesitaba la máxima concentración —y tranquilidad— para poder preparar y llevar a cabo las difíciles pruebas que aún me quedaban para alcanzar el doctorado.

Esta fue la última, conmovedora y sacrificada manifestación del infinito amor —esta vez, del amor en tiempos difíciles— que siempre habían profesado mis padres por su hijo Enrique. Ni pude estar con ellos cuando ingresaban en los quirófanos para ser sometidos a graves e inciertas intervenciones quirúrgicas —de la operación de mi madre sólo tuve noticia meses después de que fuera practicada—, ni les pude acompañar en sus visitas a los médicos en las que sólo escucharon malas, terribles noticias. Renunciaron a mi compañía y a mi apoyo precisamente cuando más los necesitaban, porque lo más importante para ellos era mi futuro, y éste, en aquel momento, se estaba decidiendo en la lejana Alemania, donde estaba a punto de recoger los frutos del enorme esfuerzo que había realizado durante casi tres años con la consecución de unos saberes y de un título que han marcado toda mi futura vida científica. Y ese ocultamiento fue también una manifestación del gran amor de José Antonio por mí, pues tuvo que cargar sobre sus hombros el peso de aquellos terribles meses en los que iba con mi madre al oncólogo para hablar de la enfermedad de mi padre, y a veces, y en el mismo día, otra vez al médico, acompañando

a mi padre para informarse de la evolución de la enfermedad de mi madre.

Desgraciadamente, en los pocos meses que transcurrieron hasta el fallecimiento de mis padres, y viviendo ya en Madrid, tampoco pude prestarles toda la ayuda que necesitaban y que tanto merecían. Yo había formado ya una familia, con una hija que había nacido en agosto de 1962, y tenía que enfrentarme a las difícilísimas tareas de ganarme la vida en un país en el que prácticamente carecía de conexiones, de encontrar un piso donde vivir y de resolver mil problemas cuya solución me superaba: con 24 años era una persona muy formada intelectualmente, pero que hasta entonces había vivido en la torre de marfil de los libros (jurídicos y no jurídicos), y con una considerable inmadurez para afrontar los escollos que la vida práctica me presentaba todos los días.

Ni José Antonio ni yo nos arrepentimos nunca de haber engañado a cada uno de nuestros padres sobre la verdadera naturaleza de sus enfermedades –lo que conllevaba la a veces insoportable tensión psicológica que generaba en nosotros hablar con cada uno de ellos de la enfermedad del otro y haciendo toda clase de esfuerzos para que ninguna palabra ni ningún gesto delatara que aquel a quien nos dirigíamos también padecía la misma dolencia–, engaño que, por lo demás, era lo habitual en aquel tiempo, al menos en España, a diferencia de lo que sucede ahora, en donde el conocimiento de la enfermedad por parte del paciente es muchas veces el presupuesto imprescindible para que pueda someterse a los a veces muy penosos remedios terapéuticos que hoy existen para combatir y curar el cáncer, mientras que en los años 60 del pasado siglo, al no haberse descubierto aún tales remedios, el anuncio a una persona de que tenía un tumor maligno, equivalía, casi siempre, a hacerle saber que su vida estaba llegando irremediablemente a su fin. En cualquier caso, y a la vista de que cada uno de mis padres estaba ocultando la enfermedad al otro, ni mi hermano ni yo dudamos que, al mentirles a ellos, estábamos actuando también tal como ellos habrían deseado.

Años más tarde, leyendo la biografía de Freud de Ernest Jones, supe que, cuando a Sigmund Freud se le descubre en 1922 un cáncer de boca que, 17 años más tarde, en 1939, le llevó a la muerte, tuvo lugar una reunión de sus discípulos en la que deliberaron si deberían o no comunicar la enfermedad al maestro, decidiendo finalmente hacerlo. Cuando años más tarde Jones puso en conocimiento de Freud aquella deliberación, éste se limitó a preguntarle: «Mit welchem Recht?» («¿Con qué derecho?»).

Mi padre falleció en abril de 1963 y, seis meses más tarde, en octubre del mismo año, moría mi madre, recién cumplidos los 60 años.

He empezado a escribir esta parte de mi biografía referente a la enfermedad y muerte de mis padres y, a medida que lo iba haciendo, iba tomando conciencia no sólo de por qué lo hacía, sino también de por qué lo hacía con una cierta extensión, siendo así que podía haber prescindido de relatar ese episodio de mi vida, ya que el editor de este libro nos ha dado a los invitados a participar en él la más completa libertad para configurar como queramos esta exposición de nosotros mismos. No tengo la menor duda de que si he escrito lo que he escrito, ello obedece a que es la primera y última oportunidad que se me presenta de aliviar en parte –aunque ellos ya no puedan leer mis palabras– el enorme sentimiento de culpa que arrastro desde entonces por no haber podido –ni sabido– acompañar a mis padres, como hubiera deseado, en la horrible tragedia que se abatió sobre ellos en los últimos meses de su vida, sentimiento de culpa aún más profundo porque mis padres –que tenían una infinita capacidad de amar– me habían querido con todas sus fuerzas, algo que, creo yo, explica las calidades humanas, si es que las tengo, que tal vez puedan encontrarse en mi personalidad. José Antonio, en cambio, sí que puede leer estas páginas, que me sirven para mostrarle mi infinito agradecimiento por la pesada carga que durante demasiado tiempo tuvo que soportar él solo sin que su hermano estuviera a su lado.

XV

Quien tenga algún conocimiento de cómo funciona nuestra Universidad se preguntará cómo es posible que exista alguien tan despedido como yo, que se va a Alemania por las buenas, con la intención de conseguir en el futuro una cátedra de Universidad, sin haber seguido el camino preestablecido consistente en, *primero*, encontrar un profesor español que le admita como discípulo para, *después*, y en su caso, cursar estudios en el extranjero y, una vez finalizados éstos, regresar a España para seguir la carrera académica junto al catedrático nacional que previamente le había admitido. Como en tantas ocasiones en mi vida, yo había empezado a construir la casa por el tejado, de tal manera que fue desde Alemania, con la tesis ya terminada, cuando por primera vez me puse en contacto con un catedrático español de cuya mano pudiera ingresar, como investigador, en la Universidad de mi país.

Sería en julio de 1962 cuando leí en un periódico español –mis padres me enviaban cada semana una remesa con todos los periódicos

que se habían publicado en esos siete días que, aunque leía con retraso, me permitían no perder el contacto con mi patria— que Antonio Quintano Ripollés, un magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, acababa de obtener una cátedra en la Universidad de Madrid (hoy: Complutense de Madrid), en aquellos tiempos la única existente en la capital de España. Averigüé el domicilio de Quintano en Madrid y le escribí una carta, a la que adjuntaba mi tesis alemana, preguntándole si me podía admitir en su recién estrenada cátedra. Quintano, a quien mi tesis alemana le pareció una más que suficiente tarjeta de presentación, me respondió con una cariñosísima carta, diciéndome que, por supuesto, contara con él y que me ayudaría en todo lo posible, al tiempo que me solicitaba un artículo para la revista de la que él era el entonces secretario de redacción —el «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»—. Ese artículo, con el título de «La causalidad en Derecho penal», se publicó en el fascículo III de 1962 de la revista y todavía pude mostrárselo a mi padre semanas antes de su fallecimiento. No sé si a todo el mundo lo sucede lo mismo con su primera publicación; pero, por lo que a mí se refiere, no hacía más que mirar y remirar mi trabajo, fijándome especialmente en el encabezamiento de las páginas impares, en las que aparecía, nada menos que en letra impresa, mi nombre «Enrique Gimbernat Ordeig».

En muchos sentidos, Quintano era un personaje muy singular, que a veces vestía de una manera un tanto extravagante, con su capa española, su corbata de pajarita y una pipa que nunca se le caía de los dientes: no tengo la menor duda de que una de las razones por las que yo también he acabado fumando en pipa —a pesar de que es un actividad cuyo aprendizaje lleva un cierto tiempo (en España se dice: «Es más difícil que fumar en pipa»)— tiene que ver con un mecanismo de identificación con mi admirado maestro. Quintano, sin ser catedrático había ganado su plaza de la capital de España en competencia con un catedrático de provincias, Rodríguez Devesa, en una oposición de carácter nacional, cuando ya había cumplido los 59 años.

Cuando le escribí a Quintano desde Hamburgo yo sólo le conocía por sus libros y por sus artículos, a través de los cuales no era difícil adivinar que su ideología era liberal —él se autocalificaba de anarquista—, una circunstancia que para mí fue decisiva en la elección de mi maestro español y que encontraba una ulterior confirmación por la íntima amistad que Quintano mantenía con el catedrático republicano español, exiliado en Argentina, Luis Jiménez de Asúa, a quien ya me he referido anteriormente y todavía me volveré a referir.

Aunque ahora ya no es posible, en aquellos años era compatible ejercer simultáneamente de catedrático y de magistrado, cargo este

último que Quintano aprovechaba, desde el Tribunal Supremo, para, en cuanto encontraba el menor resquicio, absolver o, al menos, rebajar la pena de los delincuentes políticos que venían condenados por el tribunal de instancia, lo que, en alguna ocasión, obligó al legislador franquista a modificar el Código Penal para tapar ese resquicio de impunidad que Quintano había descubierto. Me consta que la dictadura sopesó alguna vez la posibilidad de encontrar algún procedimiento para remover a Quintano de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, donde no le estaba causando más que problemas, pero nunca se decidió a dar el paso ante el temor de provocar un escándalo fuera de nuestras fronteras, ya que Quintano, un asistente habitual a Congresos internacionales, tenía muy buenas relaciones con los más eminentes penalistas extranjeros de la época, por su sabiduría, por su simpatía y por su don de gentes, todo ello potenciado por su extenso conocimiento de idiomas, ya que se manejaba con soltura en alemán –su mujer era austríaca, por lo que decía que, si bien el alemán no era su «Muttersprache» (su «lengua materna»), si que era su «Schwiegermuttersprache» (su «lengua materno-política»)–, francés, inglés, e incluso ruso. Con Quintano daba gusto hablar. No sólo por su modestia, por su inmensa cultura –especialmente en literatura y en artes plásticas–, sino también por su sentido del humor. Quintano, que muchas veces, al terminar sus clases, me llevaba desde la Facultad hasta su otro lugar de trabajo, el Tribunal Supremo, para acercarme a la estación de metro desde la cual yo regresaba a mi casa, era un pésimo conductor, de tal manera que esos trayectos se caracterizaban por los continuos frenazos y acelerones que daba, así como por cómo rechinaba insoportablemente el motor cuando cambiaba de marcha. Consciente de que lo suyo no era la conducción, cuando viajaba a su ciudad natal, Burgos, quien se ponía al volante –en España apenas existían mujeres que supieran conducir– era su esposa, Johanna Heilpern, si bien, pocos kilómetros antes de llegar a su destino, era él quien pasaba a conducir el vehículo con el argumento de que, si veían que era Johanna la conductora, «en el pueblo van a pesar que soy marica». Quintano y yo nos entendimos siempre maravillosamente bien, carecía de la vanidad que caracterizaba a los catedráticos de entonces –de los que todavía, en la actualidad, sobrevive alguna especie–, le profesé un enorme cariño –creo que correspondido–, cariño que, hasta la muerte de ésta, también sentí por su viuda, y que sigo manteniendo actualmente con su hijo, Juan Antonio, y siempre me he sentido orgulloso de haber sido discípulo suyo, en realidad: su único discípulo, circunstancia que encuentra su explicación en su tardío acceso a la cátedra y en su prematura muerte.

XVI

Por lo que se refiere a mis circunstancias económicas, mis primeros años en España fueron muy angustiosos, teniendo en cuenta, además, que mi familia había aumentado con el nacimiento, en octubre de 1965, de mi segundo hijo. El único puesto vacante en la cátedra de Quintano era el de profesor ayudante con una retribución mensual, creo recordar, de unas 200 pesetas al mes (algo menos de dos euros), a las que había que sumar una beca mensual que me había sido concedida por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de aproximadamente 900 pesetas (algo más de cinco euros). Disponía, por consiguiente, de unos nueve euros mensuales que podrían equivaler, tal vez, a un valor actual de 100 euros. Eso era lo único seguro, pero el hecho es que, con mayores o menores dificultades, con épocas mejores o peores, siempre supe apañármelas para vivir modestamente, pero sin privaciones, y siempre con la esperanza de que, en el término de unos años, podría obtener una cátedra que resolvería para siempre mis problemas económicos. Mis ingresos adicionales provenían, por una parte, de las traducciones del alemán. Y así traduje para la editorial Ariel, la «Methodenlehre der Rechtswissenschaft», de Karl Larenz (49), para Tecnos, la «Einführung in die Rechtsphilosophie», de mi maestro alemán Heinrich Henkel (50), y para la Editorial Reus, «Sexualität und Verbrechen» (51). Pero, en materia de traducciones, para mí la persona clave fue Jesús Aguirre (en aquellos tiempos, el «cura Aguirre») y, posteriormente, y en virtud de su matrimonio con Cayetana Fitz-James Stuart, el Duque de Alba («Chus Alba»), que a principios de los años 60 del siglo xx, y después de haber estudiado teología en Munich con una beca Humboldt, se había hecho cargo, con un espectacular éxito comercial, de la dirección de la Editorial Taurus, para la que traduje el ya mencionado libro de Kogon, «Der SS-Staat» (52). Estábamos a principio de los 60 del pasado siglo y en pleno Concilio Vaticano II, que dio origen dentro de la hasta entonces ultraconservadora Iglesia española a un movimiento de renovación progresista entre determinados sectores del catolicismo patrio, movimiento que, en los años siguientes, proporcionó al franquismo considerables quebraderos de cabeza. El éxito de Aguirre consistió en que empezó a publicar en su editorial libros de teólogos progresistas, la

(49) Metodología de la ciencia del Derecho, Barcelona 1966, 383 pp.

(50) Introducción a la filosofía del Derecho, Madrid 1968, 757 pp.

(51) Sexualidad y crimen (editado por BAUER, BÜRGER-PRINZ, GIESE y JÄGER), Madrid 1969, 439 pp.

(52) Indicaciones *supra* nota 48.

mayoría de ellos alemanes y que estaban teniendo una gran influencia como asesores de algunos de los cardenales que asistían a aquel acontecimiento religioso. De Karl Rahner Jesús Aguirre publicó prácticamente sus obras completas, que en España se convirtieron en un best seller. A pesar de mi ateísmo, tengo que confesar que la Iglesia Católica fue para mí «providencial», ya que el cura Aguirre, de vez en cuando, me encargaba también la traducción de algún libro de esos teólogos, de los cuales el único que conservo es mi traducción del libro de Oscar Cullmann, «Der Staat im Neuen Testament» (53).

En 1965 conseguí una beca de un año de la Fundación Juan March –esta vez, para «Estudios en España», la anterior de 1961, que me había permitido financiar una año de mi estancia en Hamburgo, era para «Estudios en el Extranjero»–, que me fue concedida para desarrollar una investigación sobre la participación delictiva, beca que me permitió concluir mi monografía «Autor y cómplice en Derecho penal» (54) y cubrir relativamente bien mis necesidades económicas durante aquel año de 1965.

A finales de 1965 solicité para el año 1966 (de enero a septiembre) una beca de la Alexander von Humboldt-Stiftung para investigar en el Institut für ausländisches und internationale Strafrecht de Friburgo (en junio de 1966 el Instituto fue admitido en la Max-Planck-Gesellschaft, lo que tuvo lugar en una ceremonia a la que asistí, en medio de la euforia de Jescheck y de todos los integrantes de la institución). Al despedirme de Roxin en Hamburgo en enero de 1963 –Roxin ya estaba preparando su traslado a Göttingen, donde acababa de ser nombrado catedrático–, recuerdo la frase con la que aquél me despidió: «Wir bleiben in Verbindung» («Seguimos en contacto»), un contacto que se ha extendido durante más de medio siglo –con frecuentes encuentros en España, Alemania y Latinoamérica, con ocasión de Congresos o de otros acontecimientos (55)– y que se ha transformado en una gran amistad que considero uno de los más valiosos regalos que me ha aportado mi vida académica. Roxin –junto con Henkel y Quintano Ripollés– fueron los tres catedráticos que avalaron mi solicitud ante la Fundación Humboldt y, con esas referencias, no tuve problema

(53) El Estado en el Nuevo Testamento, 1966, 143 pp.

(54) Enrique GIMBERNAT, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid 1966, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 349 pp. [Segunda edición, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires 2006, XXVI + 334 pp., con un anexo «Concurso de leyes, error y participación en el delito»].

(55) El 16 de noviembre de 2000, y en una ceremonia conjunta, Roxin y yo fuimos investidos doctores «honoris causa» por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (México) y el 24 de septiembre de 2007, y también en una ceremonia conjunta, por la Universidad Santa María, Caracas (Venezuela).

alguno para que se me concediera la beca solicitada por un período que se extendió de enero a septiembre de 1966.

XVII

El Instituto de Friburgo era todavía una institución bastante familiar, con un viejo y único edificio en la Güntertalstrasse, hasta el punto de que, gracias a la generosidad de Jescheck, que me facilitó una llave de entrada a su sede, acostumbraba a pasar la noche entera trabajando en sus locales en medio de la más absoluta y concentradora soledad.

En 1966 apareció en la NJW mi artículo «Finalität und Vorsatz. Zugleich eine Besprechung von Welzel: Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft» («Finalidad y dolo. Al mismo tiempo una reseña de Welzel: De lo permanente y de lo pasajero en la ciencia del Derecho penal») (56), artículo que coincide, en lo fundamental, con el texto que escribí en castellano, como «Excurso: la polémica Roxin-Welzel», en mi monografía «Delitos cualificados por el resultado y causalidad» (57), en el que me mostraba muy crítico con la teoría de la acción finalista de Welzel. Cuál no sería mi sorpresa (58) cuando, poco tiempo mas tarde, Welzel me dirigió a mi entonces domicilio particular de Madrid, en la calle Virgen del Coro 1 –que no sé cómo había averiguado– una carta de varios folios, y que desde allí me fue reenviada a Friburgo, donde, como ya he indicado, me encontraba disfrutando de una beca Humboldt, carta extraordinariamente crítica conmigo y en la que afirmaba que, si había podido escribir ese artículo, era porque desconocía completamente su obra científica.

Cuando escribí mi autosemblanza para el libro editado por Hilgen-dorf no pude encontrar rastro alguno de aquel intercambio de correspondencia con Welzel, que se remonta a casi medio siglo atrás. La carta de Welzel, que originó mi respuesta, sigo sin poderla hallar, posiblemente porque la quise guardar, casi como una reliquia, en algún lugar muy especial, en vez de entre la correspondencia de 1966.

(56) NJW 1966, pp. 533-534 (= GIMBERNAT, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, 2013, pp. 143-148)

(57) Y que se contiene en las pp. 111-115 de la 1.^a ed. (Madrid 1966) del libro, y en las pp. 119-122 de la 3.^a ed. (Montevideo-Buenos Aires 2007).

(58) Sorpresa que, en realidad, no estaba justificada, pues, según me indicó Thomas WÜRTEMBERGER, WELZEL era un celoso guardián de su doctrina, contestando (o increpando) en publicaciones o en cartas personales a todo aquel (desde el más eminente catedrático hasta el más modesto ayudante) que de alguna manera ponía en cuestión sus tesis.

En cambio, y repasando las amarillentas hojas de la correspondencia de aquel lejano año, he podido dar con mi contestación, que había copiado con el papel carbón que se utilizaba entonces, contestación que reproduzco a continuación y de la que puede deducirse, porque entrecomillo varias frases de la carta de Welzel, cuál era el contenido de ésta.

Freiburg i. Br., 16.7.1966

Sehr verehrter Herr Professor Welzel!

Ich danke Ihnen sehr für Ihren Brief vom 17.5 –den ich nun erst vor kurzem lesen konnte– und für die Aufmerksamkeit, die Sie meinen NJW-Aufsatz geschenkt haben. Schon seit Jahren empfinde ich für Sie und für Ihr Werk eine tiefe Bewunderung; umso grösser daher meine Freude, als ich Ihren Brief empfang.

Aber –und vor allem in der Wissenschaft– man kann jemanden bewundern, ohne alle seine Ansichten zu teilen. Weil ich Ihre Ansichten hinsichtlich des Handlungsbegriffs nicht teile, habe ich den NJW-Beitrag geschrieben; und ich würde ihn wieder schreiben, denn Ihr Brief hat mich nicht zu überzeugen vermocht.

«Sie sind offenbar der Ansicht», schreiben Sie in Ihrem Brief, «ich hätte in meiner Auseinandersetzung mit Roxin meine Ansicht geändert, indem ich früher Tatbestandsvorsatz mit finalem Handlungswillen identifiziert hätte, «nunmehr» aber zwischen beiden unterschiede. Wenn Sie der Meinung sind, dass hierin eine Änderung läge, so ist sie jedenfalls viel älter als Sie meinen». Um diese Behauptung zu beweisen, zitieren Sie dann eine Stelle der 3. Aufl. (1954) Ihres Lehrbuches.

Damit beweisen Sie nichts, von dem ich nicht überzeugt wäre. Denn ich habe nirgends gesagt, sie hätten erst bei der Auseinandersetzung mit Roxin Ihre Meinung geändert: Ihre Schrift, das ist, was ich geschrieben habe, «zeigt wie keine andere, worin die Schwächen der finalistischen Theorie liegen» (S. 533); aber diese Schwächen sind früheren Ursprungs; sie tauchten auf, wie ich in der S. 534 ausführe, als Sie die Lehre der potentiellen Finalität aufgaben; und das taten Sie nach der Veröffentlichung des Buches von Niese «Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit», also: im Jahre 1951.

Ich fasse zusammen: Um darzulegen, dass Sie Ihre Meinung nicht in 1964 geändert haben, zitieren Sie aus einem Buch aus 1954, in dem Ausführungen enthalten sind, die mir Ihrer jetzigen Ansicht übereinstimmen; da ich aber nur gesagt habe, Sie wären zu dem Unterschied zwischen Finalität und Vorsatz schon im Jahre 1951 gekommen, brauchten Sie, um das Gegenteil zu beweisen, Stellen aus Veröffentlichungen von Ihnen, die vor 1951 erschienen sind, vorzubringen. Das ist auch, was ich im folgenden tun werde.

Roxin, führen Sie in Ihrem Brief weiter aus, habe Ihnen unterstellt: «Die finale Handlungslehre behaupte, ausserhalb des Tatbestandsvorsatzes gäbe keine finale Handlung! Auch Sie wollen mir diesen Unsinn

ernsthaft imputieren». Und Sie meinen weiter: «Für die von Ihnen behauptete These, die finale Handlungslehre habe irgendwann einmal die Meinung vertreten, nur der Tatbestandsvorsatz sei ein finaler Handlungswille und ausserhalb des Tatbestandsvorsatzes gäbe es keine finale Handlung, besteht nicht einmal der Schatten eines Beweises».

Dazu ist folgendes zu sagen:

Erstens: Sie haben doch behauptet, nur der Tatbestandsvorsatz sei ein finaler Handlungswille.

Zweitens: Dogmatisch-geschichtlich betrachtet war diese Behauptung kein «Unsinn».

Drittens: Es gibt viel mehr als der Schatten eines Beweises, dass Sie so was behauptet haben.

Ich möchte mich zunächst mit den 1. und 3. Punkten (die finale Handlungslehre hat finalen Handlungswillen mit Tatbestandsvorsatz identifiziert) befassen. Auf den 2. Punkt (innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Strafrechtsdogmatik war dies kein Unsinn, sondern ein Fortschritt der kausalen Handlungslehre gegenüber) werde ich später zurückkommen.

Dass die finale Handlungslehre behauptet hat, ausserhalb des Tatbestandsvorsatzes gäbe es keine Handlung lässt sich auf Grund folgender Argumente beweisen.

1. Schönke, Mezger, Maihofer und Baumann, um nur wenige Strafrechtler zu nennen, haben wiederholt gegen die finale Handlungslehre eingewandt, sie könne das Vorliegen einer Handlung bei dem fahrlässigen Delikt nicht erklären, denn bei diesem strebe der Wille den tatbestandlichen Erfolg nicht an. Offenbar ist dies Ihrer Theorie vorgeworfen worden, weil jene Autoren gedacht haben, die finale Handlungslehre identifiziert Finalität und Vorsatz und daher waren die nichtvorsätzliche auch nichtfinale Taten. Sie aber meinen: Alle diejenigen, die solchen Einwand vorgebracht haben, haben mich missverstanden. Das ist natürlich eine sehr komplizierte Erklärung. Können so viele qualifizierte Leute etwas so leichtes nicht schaffen, wie den Sinn, von dem was sie lesen (Ihre Schriften) zu verstehen? Liegt nicht näher zu meinen, jene Strafrechtler haben gut verstanden was Sie früher sagten (Finalität ist gleich Vorsatz) als Ihre Erklärung zu akzeptieren: ich habe Finalität nie mit Vorsatz identifiziert und bin missverstanden worden? Um so näher liegt die erste Erklärung (Sie sind gut verstanden worden) anzunehmen, wenn man in Betracht sieht, dass Sie jetzt gute Gründe haben, um sich auf ein Missverständnis zu berufen, denn: Ihre Ansicht ist nun die, dass die Gleichsetzung von Vorsatz und Finalität ein «Unsinn» ist.

2. Zwei Finalisten: zu Dohna (vgl. Der Aufbau der Verbrechenlehre, 3. Aufl., 1947, S. 14/15) und Niese (a.a. O., S. 65) haben ganz eindeutig und ausdrücklich den fahrlässigen Delikten den Handlungscharakter abgesprochen; eben deswegen, weil sie die Lehre der potentiellen Finalität ablehnten und, da sie Vorsatz mit Finalität identifizierten, diese

bei der Fahrlässigkeit nirgends finden konnten. Auch ein Missverständnis? Diesmal von den Finalisten selbst?

3. Aber durchschlagener als alle diese Argumente sind, sehr verehrter Herr Professor Welzel, ihre eigenen Ausführungen.

a) «Dass Handlungselement besteht daher hier (sc. bei den fahrlässigen Delikten) nicht in einer wirklichen, sondern nur in einer möglichen finalen Beziehung» [ZStW 58 (1939), S. 559]. Wieso in einer möglichen finalen Beziehung? Was hinderte Sie damals in der wirklichen Finalität das Handlungselement der Fahrlässigkeit zu erblicken? Wohl nur Ihre Gleichsetzung von Finalität und Vorsatz!

b) Heute sagen Sie, dass die fahrlässigen Handlungen ebenso Handlungen sind wie die vorsätzlichen. Früher –in 1944 [Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Aufl. (1944), S. 32]– sahen für Sie die Sachen ganz anders aus: Die fahrlässigen Taten «sind ... zwar bloss Verursachungen»; nicht dadurch, dass sie wirklich final seien, sondern «dass sie durch den möglichen Einsatz der Zwecktätigkeit vermeidbar waren, sind in den Umkreis menschlichen Handelns erhoben». Ja: Sie nannten die fahrlässigen Verhalten nicht einmal Handlungen, sondern nur: «Handlungen im weiteren Sinne» [ZStW 58 (1939), S. 516]. Wieso nur Handlungen im weiteren Sinne, wenn sie so final sind wie die vorsätzlichen Handlungen? Wieso ist die Vermeidbarkeit des Erfolges durch den möglichen Einsatz der Zwecktätigkeit und nicht die aktuelle Finalität das, was die Fahrlässigkeit in den Umkreis menschlichen Handelns erhebt? Warum musste Sie überall suchen, um das Handlungselement der Fahrlässigkeit zu begründen, nur in einer Stelle nicht, nämlich: wo dieses Element tatsächlich liegt: in der wirklichen, ausser tatbestandlichen Finalität des fahrlässigen Verhaltens? Weil Sie Finalität mit Vorsatz identifizierten und nicht sagen konnten, dass die Fahrlässigkeit final (also: vorsätzlich!) wäre.

c) Wenn Mezger und Schönke sich mit dem Bedenken meldeten, für die finale Handlungslehre seien die fahrlässigen Delikte keine Handlungen, warum antworteten Sie nicht –wie Sie es heute tun würden–, dass auch der fahrlässige Täter final (aktuell) handelte? Warum verteidigten Sie sich vielmehr mit der Behauptung: «Die fahrlässige Handlung ist eine völlige eigenständige Handlungsform (!) neben der vorsätzlichen Handlung» [Der allgemeine Teil, 3. Aufl. (1944), S. 33]? Nicht die aktuelle Finalität mache aus dem fahrlässigen Verhalten eine Handlung, antworteten Sie damals (a.a.O.) auf die Einwände von Mezger und Schönke, sondern was ganz anders: «Was beide (sc. die fahrlässige und die vorsätzliche Tat) unter den Oberbegriff der Handlung stellt, ist das Moment der Finalität, das aber bei der vorsätzlichen Handlung als wirkliche Zwecktätigkeit real-gestaltender Faktor (aktuelle Finalität), bei der fahrlässigen Handlung als mögliche Zwecktätigkeit nur Bezugsmoment ist (potentielle Finalität)». Wie kann man sich erklären, dass Sie auf das Moment der potentiellen Finalität greifen mussten, um die Fahrlässigkeit unter den Oberbegriff der Handlung zu stellen? Wohl nur so: weil Sie damals unter Finalität Vorsätzlichkeit verstanden und konnten daher

nicht sagen, dass die fahrlässige Handlung final (was bedeutet hätte: vorsätzlich) war.

d) Ich könnte weiter aus Ihren vor 1951 verfassten Schriften zitieren, denn die Stellen auf welchen meine These sich stützen kann, sind sehr zahlreich. Aber irgendwann muss man zum Schluss kommen und ich möchte nicht langweilig werden. Daher nur noch eine –die letzte– Zitierung. Auf der Seite 17 Ihrer Schrift: «Um die finale Handlungslehre» (1949) schrieben Sie: «Gerade die finale Handlungslehre wird nicht müde zu betonen, dass die fahrlässige Handlung nicht zielgerichtet, nicht aktuell final ist, sondern dass sie nur ein Verursachungsvorgang ist, der sich dadurch vom blossen Naturgeschehen unterscheidet, dass er durch den potentiellen Einsatz der Finalität zweckmäßig vermeidbar war». Offenbar sind Sie nun müde geworden diese Ansicht zu vertreten: denn für Sie ist jetzt die fahrlässige Handlung zielgerichtet und aktuell final, und was sie vom blossen Naturgeschehen unterscheidet ist nicht –wie damals– die Vermeidbarkeit durch potentiellen Einsatz der Finalität, sondern –das ist, was Sie heute meinen– eben ihre aktuelle Finalität.

In Ihrem Brief fragen Sie mich, warum können Sie nicht sagen, dass die fahrlässige Handlung nur eine «vermeidbare Verursachung» sei, und schreiben: «Warum denn nicht? In Bezug auf den verursachten Erfolg ist das fahrlässige Delikt gewiss nicht final! D. h. der verursachte Erfolg steht beim fahrlässigen Delikt nicht nur ausserhalb des Tatbestandsvorsatzes, sondern ausserhalb jeden finalen Handlungswillens!». Mit diesen aus Ihrem Brief entnommenen Ausführungen widerlegen Sie nicht meinen Einwand: Sie gehen einfach an ihm vorbei! Jawohl: Im Bezug auf den verursachten Erfolg ist das fahrlässige Delikt nicht final. Aber in allen Stellen Ihrer Schriften, die ich zitiert habe, erwähnten Sie diese Binsenwahrheit (die Fahrlässigkeit ist nicht vorsätzlich) innerhalb eines ganz merkwürdigen Zusammenhanges: Sie wollten darlegen, worin das Handlungselement der Fahrlässigkeit vorliege, was ist das, was die Fahrlässigkeit in den Umkreis menschlichen Handelns erhebt, was vorsätzliche und fahrlässige Tat unter den Oberbegriff Handlung stellt. Und dann sagten Sie: Was aus der Fahrlässigkeit eine Handlung mache, sei nicht ihre aktuelle, sondern ihre potentielle Finalität. Was hinderte Sie in der aktuellen Finalität der Fahrlässigkeit ihren Handlungscharakter zu erblicken, wenn nicht Ihre Vermengung von Finalität und Vorsatz?

Und nun komme ich zu meiner These zurück, dass diese Identifizierung von Finalität und Vorsatz damals kein Unsinn war. Ebenso wie es kein Unsinn war, dass in der Strafrechtswissenschaft jahrzehntelang die Ansicht vertreten wurde, dass die inadäquaten Handlungen, deren Kausalität für den Erfolg heute wohl ausser Frage steht, solchen Erfolg nicht verursacht hatten. Vor 30 Jahren hatte man die Verursachungs– von der Unrechtsfrage nicht genügend differenziert und darum war man gezwungen, Kausalitätstheorien aufzustellen, die mit der Kausalität nichts zu tun hatten. Aber die ganze Auseinandersetzung war nicht umsonst; denn im Ergebnis (die objektive Vorausschbarkeit gehört zum Tatbestand) war die Adäquanztheorie richtig und hat sich auch, wenn gleich mit einer überzeugenderen Begründung, durchgesetzt.

Ich meine nun, dass eine ähnliche Rolle die Handlungstheorien gespielt haben. Die Dogmatik hatte den Eindruck, dass die Rechtswidrigkeit sich nicht in einer blossen Rechtsgutsverletzung erschöpfte, aber sie wusste (noch) nicht, wie die Zugehörigkeit des Handlungsunwertes zum Tatbestand zu begründen war. Deswegen griff die Wissenschaft nach Handlungstheorien, die gar keine Handlungstheorien waren.

Es ist an der Zeit, so meine ich, den wahren Sachverhalt zu erkennen. Die Handlungstheorien (genauer: die finale und die soziale Handlungslehre) haben mit einer falschen Begründung zum Eindringen der normativen Seite in das Unrecht geholfen. Nun sind wir in der Lage, die Unrechtsprobleme mittels normativer Erwägungen –und nicht etwa mittels (ontologischer) Kausalitäts– oder Handlungslehren– zu bewältigen. Es wäre Schade, wenn Ihre seinerzeit für die Entwicklung der Unrechtslehre förderliche finale Handlungstheorie nun ein Hindernis würde.

Mit herzlichen Grüßen und –ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten– mit meiner aufrichtigen Bewunderung, bin ich

Ihr sehr ergebener

Gez. Enrique Gimbernat Ordeig

Traducción española:

Friburgo, 16.7.1966

Muy respetado profesor Welzel:

Le agradezco mucho su carta del 17.5. –que no he podido leer hasta hace poco– y la atención que ha prestado a mi artículo de la NJW. Ya desde hace años siento por usted y por su obra una profunda admiración; de ahí que haya sido aún mayor mi alegría cuando recibí su carta.

Pero, y sobre todo en la ciencia, se puede admirar a alguien sin compartir todas sus opiniones. Y porque no comparto sus opiniones en relación con el concepto de acción, por eso he escrito mi contribución a la NJW; y la volvería a escribir porque su carta no ha conseguido convencerme.

«Evidentemente, usted es de la opinión», escribe usted en su carta, «de que, en la polémica con Roxin, he cambiado mi opinión, en cuanto que anteriormente había identificado dolo típico con voluntad final de acción, mientras que <ahora> distingo entre ambos. Si usted es de la opinión de que aquí reside una modificación, en cualquier caso es muy anterior a lo que usted piensa». Para demostrar esta afirmación, cita usted entonces un pasaje de la 3ª ed. (1954) de su manual.

Con ello no demuestra usted nada de lo que ya no estuviera convencido. Porque yo no he dicho en ninguna parte que usted hubiera modificado su opinión por primera vez en la polémica con Roxin. Su escrito, eso es lo que escribo, «pone de manifiesto, como ningún otro, dónde residen los puntos débiles de la teoría finalista» (p. 533); pero estos puntos débiles tienen un origen anterior; surgieron, tal como expongo en la p. 534, cuando usted abandonó la teoría de la finalidad potencial; y eso lo hizo

usted después de la publicación del libro de Niese «Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit» [«Finalidad, dolo e imprudencia»], por consiguiente: en el año 1951.

Resumo: Para exponer que usted no ha cambiado su opinión en 1964, cita usted de un libro suyo de 1954 en el que se contienen exposiciones que coinciden con su actual opinión; pero como yo sólo he dicho que usted llegó a la distinción entre finalidad y dolo ya en el año 1951, necesitaría usted, para demostrar lo contrario, aportar pasajes de publicaciones suyas aparecidas antes de 1951. Eso es lo que yo voy a hacer a continuación.

Roxin, sigue exponiendo usted en su carta, me ha atribuido erróneamente que «[l]a teoría final de la acción afirma que, fuera del dolo típico, no existiría ninguna acción final. También usted quiere imputarme en serio este absurdo». Y sigue usted opinando: «Pero para la tesis que usted mantiene de que la teoría final de la acción haya defendido alguna vez la opinión de que sólo el dolo típico sea una voluntad final de acción y de que, fuera del dolo típico, no habría ninguna acción final, no existe siquiera la sobra de una prueba».

Sobre ello hay que decir lo siguiente:

Primero: Usted sí que ha afirmado que sólo el dolo típico sería una voluntad final de acción.

Segundo: Contemplado desde un punto de vista histórico-dogmático, esta afirmación no era ningún «absurdo».

Tercero: Existe mucho más que la sombra de una prueba de que usted ha afirmado algo así.

Quiero ocuparme, para empezar, de los puntos Primero y Tercero (la teoría final de la acción ha identificado voluntad final de acción con dolo típico). Posteriormente, volveré al punto Segundo (dentro del desarrollo histórico de la dogmática juridicopenal ésto no era un absurdo, sino un progreso frente a la teoría causal de la acción).

Que la teoría final de la acción ha afirmado que, fuera del dolo típico, no existiría acción alguna, puede demostrarse sobre la base de los siguientes argumentos.

1. Schönke, Mezger, Maihofer y Baumann, por sólo citar a unos pocos penalistas, han objetado reiteradamente contra la teoría final de la acción que ésta no podía explicar la existencia de una acción en el delito imprudente, ya que en éste la voluntad no persigue el resultado típico. Evidentemente, esto se le ha reprochado a su teoría porque esos autores han pensado que la teoría final de la acción identifica finalidad y dolo y que, por consiguiente, los hechos no-dolosos eran también no-finales. Pero usted opina: todos aquéllos que han alegado tal objeción me han malentendido. Pero, naturalmente, ésta es una explicación muy complicada. ¿Es posible que tantas personas cualificadas no puedan conseguir algo tan sencillo como entender el sentido de lo que leen (los escritos de usted)? ¿No es más plausible pensar que esos penalistas han entendido bien lo que usted decía antes (finalidad es lo mismo que dolo) que acep-

tar su explicación: nunca he identificado finalidad con dolo y he sido malentendido? Y esa primera explicación (usted ha sido bien entendido) es aún más plausible si se tiene en cuenta que usted tiene ahora buenos motivos para apelar a un malentendido, porque: su opinión es ahora la de que la equiparación de dolo y finalidad es un «absurdo».

2. Dos finalistas: zu Dohna (cfr. *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3ª ed., 1947, pp. 14/15) y Niese (*op. cit.*, p. 65) han negado de una manera completamente inequívoca y expresa el carácter de acción a los delitos imprudentes; y precisamente porque rechazaban la teoría de la finalidad potencial y –como identificaban dolo con finalidad–, esta última no la podían encontrar por ninguna parte en la imprudencia. ¿También un malentendido? ¿Esta vez por parte de los propios finalistas?

3. Pero más contundentes que todos estos argumentos son, muy respetado profesor Welzel, sus propias expresiones.

a) «Por consiguiente, el elemento de acción no consiste aquí (sc. en los delitos imprudentes) en una relación final real, sino sólo en una posible» [ZStW 58 (1939), p. 559]. ¿Cómo que en una relación final posible? ¿Qué le impedía a usted en aquel entonces contemplar en la finalidad real el elemento de acción de la imprudencia? Únicamente su equiparación de dolo y de finalidad.

b) Hoy dice usted que las acciones imprudentes son tan acciones como las dolosas. Anteriormente –en 1944 [Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3ª ed. (1944), p. 32]– veía usted las cosas de manera muy distinta: Los hechos imprudentes «son... ciertamente meras causaciones»; no porque fueran realmente finales, «sino porque eran evitables mediante la posible aplicación de la finalidad ascienden al ámbito del actuar humano». Es más: usted ni siquiera llamaba acciones a los comportamientos imprudentes, sino sólo: «acciones en sentido amplio» [ZStW 58 (1939), p. 516] ¿Cómo que sólo acciones en sentido amplio si son tan finales como las acciones dolosas? ¿Cómo que es la evitabilidad del resultado mediante la posible aplicación de la finalidad, y no la finalidad actual, aquello que asciende a la imprudencia al ámbito del actuar humano? ¿Por qué tenía usted que buscar por todas partes para fundamentar el elemento de acción de la imprudencia, y no en el lugar, a saber: en el lugar donde este elemento reside realmente: en la finalidad real, extratípica, del comportamiento imprudente? Porque usted identificaba finalidad con dolo y no podía decir que la imprudencia era final –es decir: ¡dolosa!–.

c) Cuando Mezger y Schönke presentaban la objeción de que para la teoría final de la acción los delitos imprudentes no serían acciones, ¿por qué no respondió usted –tal como lo haría ahora– que el autor imprudente también actuaba (actualmente) final? ¿Por qué se defendió usted, antes bien, con la afirmación: «La acción imprudente es una forma de acción completamente independiente (!) junto a la acción dolosa» [Der allgemeine Teil, 3ª ed. (1944), p. 33]? En aquél entonces (*op. cit.*) respondió usted a las objeciones de Mezger y Schönke que no era la finalidad actual lo que hacía una acción del comportamiento imprudente, sino una cosa completamente distinta: «Lo que a ambos (sc. al hecho

imprudente y al doloso) los sitúa bajo el supraconcepto de acción es el elemento de la finalidad; pero que en la acción dolosa es, como finalidad real, factor real-conformador (finalidad actual), en la acción imprudente, como finalidad posible, es sólo elemento de referencia (finalidad potencial)». ¿Cómo se puede explicar que tuviera que acudir usted al elemento de la finalidad potencial para situar a la imprudencia bajo el supraconcepto de acción? Sólo de la siguiente manera: porque en aquél entonces usted entendía por finalidad dolo y, por ello, no podía decir que la acción imprudente fuera final (lo que habría significado: dolosa).

d) Podría seguir citando de los escritos suyos redactados antes de 1951, porque los pasajes sobre los que se puede apoyar mi tesis son muy numerosos. Pero en algún momento hay que concluir y no desearía ser aburrido. Por ello, sólo una cita –la última–. En la página 17 de su obra «Um die finale Handlungslehre» (1949) escribía usted: «Precisamente la teoría final de la acción nunca se cansará de insistir en que la acción imprudente no está dirigida a un fin, de que no es final actual, sino que es sólo un acontecimiento de causación que se diferencia del mero acontecimiento de la naturaleza en que mediante la aplicación potencial de la finalidad era finalmente evitable». Evidentemente, ahora se ha cansado usted de defender esta opinión: porque para usted, ahora, la acción imprudente está dirigida a un fin y es final actual, y lo que la distingue del mero acontecimiento de la naturaleza ya no es –como entonces– la evitabilidad mediante la aplicación potencial de la finalidad, sino precisamente –eso es lo que usted opina hoy– su finalidad actual.

En su carta me pregunta por qué no puede decir usted que la acción imprudente es sólo una «causación evitable», y escribe: «Y, ¿por qué no? ¡En relación con el resultado causado el delito imprudente ciertamente que no es final! Es decir: ¡en el delito imprudente el resultado causado figura, no sólo al margen del dolo típico, sino al margen de cualquier voluntad final de acción!». Con estas expresiones que figuran en su carta usted no rebate mi objeción: simplemente la elude. Ciertamente, en relación al resultado causado el delito imprudente no es final. Pero en todos los pasajes que he citado de sus escritos usted mencionaba esta verdad de Perogrullo (la imprudencia no es dolosa) dentro de una conexión muy singular: usted quería exponer dónde residía el elemento de acción de la imprudencia, qué es lo que asciende a la imprudencia al ámbito del actuar humano, lo que sitúa al hecho doloso e imprudente bajo el supraconcepto de acción. Y entonces decía usted: lo que hace una acción de la imprudencia no era su finalidad actual, sino potencial. ¿Qué le impedía a usted ver en la finalidad actual de la imprudencia su carácter de acción, sino su confusión entre finalidad y dolo?

Y ahora vuelvo a mi tesis de que, en aquél entonces, esta identificación de finalidad y dolo no era un absurdo. De la misma manera que no era ningún absurdo que durante décadas se defendiera en la ciencia del Derecho penal que las acciones inadecuadas, cuya causalidad para el resultado hoy en día parece estar fuera de discusión, no habían causado tal resultado. Hace 30 años no se había diferenciado suficientemente la cuestión de la causalidad de la de lo injusto y hubo que establecer teorías

de la causalidad que nada tenían que ver con la causalidad. Pero toda esa polémica no fue en vano porque, en sus resultados (la previsibilidad objetiva pertenece al tipo), la teoría de la adecuación era correcta y, en esos resultados, también se ha impuesto, si bien con una fundamentación más convincente.

Pues bien: opino que las teorías de la acción han desempeñado un papel similar. La dogmática tenía la impresión de que la antijuridicidad no se agotaba en una mera lesión del bien jurídico, pero no sabía (todavía) cómo fundamentar la pertenencia al tipo del desvalor de la acción. Por ello, la ciencia recurrió a teorías de la acción que no eran para nada teorías de la acción.

Opino que ha llegado el momento de reconocer el verdadero estado de cosas. Las teorías de la acción (más precisamente: las teorías final y social de la acción) han ayudado con una falsa fundamentación a la penetración en lo injusto del aspecto normativo. Ahora estamos en situación de solucionar los problemas de lo injusto mediante consideraciones normativas –y no, por ejemplo, mediante teorías (ontológicas) de la causalidad o de la acción–. Sería una lástima que su teoría de la acción final –en su día tan provechosa para el desarrollo de la teoría de lo injusto– se convirtiera ahora en un obstáculo.

Con cordiales saludos y –prescindiendo de todas las divergencias de opinión– con mi sincera admiración, quedo

su seguro servidor

Fdo. Enrique Gimbernat Ordeig

XVIII

Gran parte de mis meses de estancia en Friburgo los dediqué a preparar las primeras oposiciones a cátedra que había firmado para las plazas de Oviedo y La Laguna. Las oposiciones tenían entonces carácter nacional y, aunque sin duda era muy importante contar con un tribunal favorable («lo primero y principal es tener el tribunal»), como se celebraban siempre en Madrid con una gran asistencia de público, y, como dichas oposiciones consistían en la exposición oral por parte del candidato de seis ejercicios, los méritos científicos del opositor también podían ser decisivos para la obtención de la cátedra. Teniendo en cuenta todo ello, mis esperanzas de obtener alguna de esas dos plazas de catedrático estaban más que justificadas, pues, por una parte, Quintano formaba parte del tribunal y, por otra, mi obra científica –modestia aparte– era bastante estimable, pues, además de otras contribuciones menores, aportaba a la oposición dos monografías: «Deli-

tos cualificados por el resultado y causalidad» (59) y «Autor y cómplice en Derecho penal» (60), esperanzas que se veían alimentadas también por las cartas de ánimo que, desde Madrid, me dirigía Quintano. En septiembre de 1966, a mi regreso a Madrid, recibo la tremenda noticia de que Quintano ha caído gravemente enfermo. En el verano de ese año se le había descubierto un cáncer de pulmón y recuerdo que, cuando después de mi vuelta a España, voy a visitarle por primera vez al chalet de la colonia de El Viso en donde vivía, para aparentar ante mí que la enfermedad no revestía tanta gravedad, trata de subir con agilidad la escalera que conduce a su despacho en el primer piso, pero, al llegar al tercer escalón, se detiene bruscamente porque le falta la respiración, y dirigiéndose a mí con los ojos vidriosos, me dice: «¡Qué cabronada, Gimbernat!».

Quintano falleció a principios de enero de 1967 cuando aún no había cumplido los 62 años y, en su velatorio, yo no pude contener un llanto tan desconsolado que algunas personas que no me conocían me preguntaron si era su hijo, llanto que sólo pude controlar al cabo de unos interminables minutos. Con la muerte de Quintano, éste fue sustituido por un catedrático suplente, quedando constituido el tribunal por cinco catedráticos con quienes no tenía ninguna clase de vinculación, por lo que mis posibilidades de ganar la oposición se convirtieron en prácticamente nulas. En el primer ejercicio de la oposición, que, si no recuerdo mal, se celebró en junio de 1967, y que consistía en que los aspirantes expusieran su curriculum (el denominado «autobombo»), éstos citaron a los penalistas más destacados del momento (Welzel, Mezger, Bettiol, Delitala) y a los grandes clásicos (Binding, v. Liszt, Carrara, Pessina), mientras que yo no me cansaba de hacer referencia a la obra del entonces joven catedrático Roxin —en 1967 sólo contaba con 36 años—, de quien me inclino a pensar que, tanto para los miembros del tribunal, como para los restantes opositores, era la primera vez que oían su nombre. En cualquier caso, al terminar mi ejercicio, un jurista no-penalista que había asistido desde el público a mi exposición preguntó a uno de mis coopositores quién era ese Roxin a quien Gimbernat había hecho tan frecuentes referencias; y el coopositor, como no supo qué contestar, ya que también él pertenecía al grupo de aquellos que por primera vez oía ese nombre, se limitó a responder: «Un amigo de Enrique».

(59) 1.^a ed., Reus, Madrid 1966, con prólogo de QUINTANO RIPOLLÉS, 235 pp.; 2.^a ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990, 231 pp.; 3.^a ed., con presentación de Gonzalo D. FERNÁNDEZ, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires 2007, 272 pp.

(60) Cfr. *supra* n. 54.

No obtuve plaza ni en esas oposiciones de 1967 ni en otras posteriores celebradas en 1969, pero sí, al tercer intento, en las que tuvieron lugar en marzo de 1970. El día en el que públicamente, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, los cinco catedráticos que componían el tribunal fueron diciendo, uno a uno: «Voto al Doctor Gimbernat», ha sido uno de los más felices de mi vida. Mientras que el público asistente que abarrotaba el Salón de Grados estalló en una larga y atronadora ovación –ovación que, todo hay que decirlo, en gran parte provenía de muchos profesores y estudiantes antifranquistas asistentes que, aunque ignoraban si yo era un buen o un mal penalista, lo que sí sabían es que estaban aplaudiendo a uno de los suyos–, yo pensaba, rebo-sante de felicidad, que, al obtener una plaza de por vida en la universidad, con ello quedaba asegurado que, hasta el final de mis días, iba a poder dedicarme a lo que, desde que, en el verano de 1959, partí hacia Hamburgo desde la Estación Norte de Madrid, siempre había ambicionado, sin saber si algún día lo conseguiría: a enseñar y a investigar Derecho penal y a publicar los resultados de mis investigaciones. En aquellos tiempos ganar una cátedra era pasar de la nada al todo. No había término medio: o se era un PNN (un Profesor No Numerario), es decir: una persona vinculada a la universidad por un mero e inseguro contrato laboral, con una retribución que no cubría las necesidades más elementales, que había que complementar con otros ingresos siempre inciertos: clases privadas, becas, traducciones, o se era un catedrático vitalicio, con una retribución digna y, con ello, con el futuro asegurado.

A pesar de que en cada oposición se solían presentar más de diez aspirantes, y a pesar de que todos nosotros éramos rivales en una dura lucha por la vida, casi nunca surgieron enemistades entre nosotros (en mi caso: ninguna), posiblemente porque, por encima del triunfo o del fracaso en la obtención de una cátedra, habíamos pasado juntos las varias semanas que duraba la oposición (no era extraño que a menudo nos ayudáramos los unos a los otros), experimentando las mismas angustias y compartiendo las mismas penalidades en la misma barca.

XIX

A partir de 1970, y durante muchos años, me convertí en un profesor poderoso e influyente. Ayudé a muchos que hoy son catedráticos a obtener becas en Alemania (con el apoyo de las cartas de recomendación de Roxin, que yo le solicitaba a éste que escribiera a favor de los

solicitantes, no había comisión en Alemania que dudara en conceder la ayuda) o a ponerles en contacto con los más eminentes profesores germanos, o a proporcionarles trabajos míos inéditos o a conseguir que se publicaran sus obras científicas o sus traducciones (o a todo ello junto). Formé parte de muchos tribunales integrados por cinco vocales y, como yo sólo disponía de un voto, tuve que concertar pactos con otros dos miembros para conformar una mayoría, consiguiendo con ello que quienes, según mi conciencia y mi leal saber y entender, eran los mejores consiguieran plaza, si bien al precio de que también la alcanzaran quienes no se la merecían tanto. Y, aunque no formara parte del correspondiente tribunal, mi ascendencia sobre muchos de los profesores que sí lo integraban hizo posible que, en ocasiones, pudiera determinar el resultado de las oposiciones, ayudando a que obtuvieran plaza los aspirantes que a mí me parecían más cualificados. Posteriormente, algunas de las personas a las que ayudé me han dado a probar el amargo sabor de la ingratitud, pero las traiciones se han producido siempre después de que, gracias a mi apoyo, habían alcanzado sus últimos objetivos académicos: ¡ni un minuto antes! A pesar de ello, y de los muchos años que ya tengo, no me he convertido en una persona desconfiada –no va en mi naturaleza– y he seguido apoyando, sin pensar si después me lo iban a agradecer o no (tampoco lo hago por eso, sino simplemente porque creo que debo hacerlo), a todo aquel que, si yo creía que tenía méritos suficientes, me ha pedido (y aunque no me lo haya pedido) que le echara una mano académica.

XX

La oposición de 1969 fue la última en la que quien la ganaba accedía directamente a la cátedra. Pero en la de 1970, en la que obtuve la plaza de la Universidad Complutense de Madrid, a pesar de que se trataba de la misma oposición, a pesar de que se obtenía un puesto de funcionario vitalicio, y a pesar de que el sueldo era el mismo que el de un catedrático, fue la primera vez que quien resultaba vencedor pasaba a llamarse profesor agregado y la plaza que se ocupaba ya no se designaba cátedra, sino agregaduría. El paso de la agregaduría a la cátedra se obtenía después, prácticamente de manera automática, concursando a una cátedra que hubiera quedado vacante, normalmente en una Universidad de provincias. Los profesores agregados de las distintas Facultades de España trataron de convencer al Ministerio de Educación y Ciencia de que, si habían superado la misma prueba, lo justo era que desapareciese la novedosa figura del profesor agregado con-

virtiéndolo a todos ellos directamente en catedráticos (61). Si aludo a esta circunstancia es porque ella explica el ulterior desarrollo de mi vida académica.

Como ya he indicado, mi ideal de vida no era sólo el de convertirme en un intelectual, sino también en uno comprometido que pudiera tener alguna influencia en la vida pública. La expresión profesor agregado –a pesar de que éste, dentro del marco estrictamente universitario, tenía la misma relevancia y gozaba de la misma independencia que un catedrático– socialmente era una denominación desconocida, todo lo contrario que la de catedrático (el equivalente en español a «Ordinarius» u «ordentlicher Professor»), una denominación centenaria que otorgaba a quien ostentara esa condición, sin más, un gran prestigio social, independientemente de si era o no merecedor de él. Y lo que yo quería, aparte, naturalmente, de ostentar la máxima categoría universitaria, era también que los artículos que escribía en las revistas y periódicos de carácter general o las manifestaciones políticas que firmaba –durante el franquismo firmé todos los que me pusieron por delante con tal de que contuvieran un ataque a la dictadura– tuvieran la fuerza adicional de que detrás de lo que escribía o firmaba estaba un catedrático. En gran medida, y como tantas otras cosas, ser catedrático ya no es lo mismo que era antes, entre otras razones porque, mientras que en los años 70 del pasado siglo, el número de catedráticos de Derecho penal en toda España no alcanzaba a los 20, actualmente, y con la creación de nuevas universidades y la cifra creciente de estudiantes, probablemente supera los 150. Pero yo, por lo menos, todavía alcancé a disfrutar durante algunos años el prestigio social que otorgaba ejercer esa profesión. Mi amigo Ángel Latorre, catedrático de Derecho romano y, posteriormente, magistrado del Tribunal Constitucional, algunos años mayor que yo, una vez me contó que, cuando obtuvo su plaza, su maestro le dijo: «Ahora ya eres catedrático y, por lo tanto, cuando te presenten a un ministro o a un embajador o a un artista o a un empresario destacados, ten siempre en cuenta que tú no eres más, pero tampoco menos que ellos».

Por todas estas razones –y con harto dolor de mi corazón– decidí abandonar mi querida Universidad Complutense para convertirme en un catedrático de provincias. La primera Universidad en la que se abría esa posibilidad era la Autónoma de Barcelona, en donde ya enseñaba mi viejo amigo y eminente administrativista Alejandro

(61) Hasta 1983 no se atendió a esta justa reivindicación: en virtud de la Ley de Reforma Universitaria de ese año todos los profesores agregados –cuya figura desapareció– se convirtieron automáticamente en catedráticos de las Universidades donde prestaban sus servicios.

Nieto, ya que –como acababa de ser creada– era necesario que se dotara una cátedra de Derecho penal. Aunque incluso llegué a dar clase en Barcelona durante unos cuantos meses en 1973, el intento fracasó, porque, según me hizo saber Nieto, que estaba realizando gestiones para la dotación de la cátedra, un poderoso Rector falangista de la Universidad de Murcia, Batlle, y un director general del Ministerio perteneciente al Opus Dei, y cuyo nombre no recuerdo, habían decidido congelar que saliera a concurso cualquier cátedra de Derecho penal de España –vacantes o de eventual nueva creación– para impedir que yo alcanzara la categoría de catedrático. Finalmente, se produjo un cambio en el Ministerio de Educación, siendo sustituido el hasta entonces titular del mismo, Julio Martínez, un político vinculado al sector más ultraderechista del franquismo –a Fuerza Nueva–, por otro, Cruz Martínez Esteruelas, que llegó al Departamento prometiendo –dentro de un orden– una política más aperturista. De esta manera quedaron desbloqueados los concursos de acceso a la cátedra para los profesores agregados vetados –yo no era el único: también estaban congelados los concursos para las cátedras de Derecho político, para impedir que alguna de ellas fuera ocupada por el profesor agregado y destacado dirigente de la oposición Raúl Morodo–, siendo la primera que quedó libre para mí la de la venerable Universidad de Salamanca, que había quedado vacante por la muerte de su titular –que se había suicidado disparándose un tiro en la cabeza–. A comienzos de 1976 tomé posesión de mi plaza de catedrático.

En Salamanca permanecí dos cursos académicos (1976-1977 y 1977-1978) dando clases en la época lectiva de lunes a miércoles y viviendo en mi casa de Madrid el resto de la semana. Fueron dos cursos fantásticos en una Facultad con un elenco de profesores sobresalientes –muchos de ellos viejos amigos míos– y en una maravillosa ciudad cuya vida giraba alrededor de la Universidad. En el curso 1978-1979 gané la cátedra de la recién creada Universidad de Alcalá de Henares, una ciudad situada a 20 kilómetros de Madrid –lo que me permitió seguir viviendo en la capital de España–, regresando definitivamente a la Complutense de Madrid de mis sueños en 1987, donde aún sigo dando un curso de Master todos los años, después de haber sido nombrado, en 2008, catedrático emérito.

XXI

En la década de los 60 y 70 del pasado siglo la oposición al régimen franquista se ejerció preponderantemente –con una intensidad creciente– en las fábricas con mayor número de trabajadores y en las

universidades, fundamentalmente porque se trataba de grandes recintos con importantes aglomeraciones de personas donde los militantes de los partidos políticos de la oposición –todos ellos delincuentes, según el Código Penal entonces vigente, por asociación ilícita (todos los partidos políticos que no fueran el Partido Único de Falange estaban prohibidos)– podían dirigir discursos en asambleas de obreros o estudiantes, o repartir propaganda antifranquista –conductas también delictivas, por constituir propaganda ilegal–, convocando huelgas o manifestaciones en la vía pública, lo que daba origen, en muchas ocasiones, a la irrupción de la fuerza pública en las factorías y en los espacios universitarios para disolver asambleas y efectuar detenciones. Un importante grupo de profesores demócratas, entre los que me encontraba, participamos también en estas movilizaciones universitarias, si bien, por lo que a mí se refiere, experimentando una cierta moderación desde 1968 hasta que gané mi oposición en 1970. En 1968 habían sido expedientados académicamente, prohibiéndoles seguir su carrera universitaria, el delegado y el subdelegado de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Román Oria y José María Mohedano, respectivamente, por sus destacadas actividades a las que entonces se denominaba «subversivas». Junto a otros muchos intelectuales y profesores, firmé un manifiesto solicitando el levantamiento de las sanciones a ambos estudiantes. A la muerte de Quintano le había sucedido en la cátedra José María Rodríguez Devesa, un militar fascista que había formado parte de los Consejos de Guerra contra los republicanos al final de la Guerra Civil, y que había servido, integrado en la División Azul, en el ejército nazi en la campaña de Rusia. Rodríguez Devesa me increpó delante de un grupo de personas en el Decanato de la Facultad de Derecho, amenazándome con que, si volvía a ver mi firma en algún manifiesto crítico con la dictadura, me expulsaría de su cátedra.

Independientemente de esas actividades, pero ya dentro del marco de mi especialidad, me propuse llegar a un público más amplio, en publicaciones de carácter general, tarea que inicié ya durante el franquismo.

Y es que ya en los últimos años del franquismo, ese propósito se vio favorecido por la promulgación, en 1966, de la Ley de Prensa e Imprenta, cuyo autor intelectual fue el ministro de Información y Turismo Manuel Fraga. Como España había solicitado, o pensaba solicitar, su ingreso en el Mercado Común Europeo y en la OTAN –para lo cual parecía imprescindible presentar una cierta apariencia democrática–, la mencionada Ley suprimió la hasta entonces vigente censura previa que habían de pasar todas las publicaciones antes de su difusión,

si bien se mantuvo la potestad administrativa de secuestrar cualquier número de un periódico o revista en el que, según el criterio del Gobierno, se hubieran publicado noticias u opiniones políticamente peligrosas o atentatorias contra la moral y las buenas costumbres (de acuerdo con los cánones de la Iglesia Católica (62)). Esta nueva legislación de prensa propició la aparición de nuevas revistas de tendencia democrática en las que se ejercía –dentro de unos límites– la libertad de expresión, destacando, entre ellas, «Cuadernos para el Diálogo» y «Triunfo» (63). En cualquier caso, los directores de esas publicaciones se encontraban en cada número ante un difícil dilema: por una parte, trataban de acoger en sus páginas las noticias y opiniones que más pudieran erosionar a la Dictadura, pero la posibilidad del secuestro –y, en los casos más extremos, de la clausura gubernativa por unos meses o definitiva de la publicación– les obligaba a ser prudentes, porque la repetición de secuestros llevaba necesariamente a la ruina económica y, con ello, al cierre de la publicación.

Tanto en «Cuadernos para el Diálogo» –de cuyo Consejo Editorial yo era miembro– como en «Triunfo» publiqué diversos artículos como los que, entre otros, menciono a continuación: una necrológica de Luis Jiménez de Asúa, catedrático exiliado de la Universidad de Madrid, fallecido en Buenos Aires, y al tiempo de su muerte presidente de la República Española en el exilio, en un número de «Cuadernos para el Diálogo» (64) que fue secuestrado por la autoridad gubernativa; y otros artículos contra la pena de muerte (65), o criticando una ley administrativa sancionadora destinada a reprimir a los opositores políticos (66), o defendiendo una reforma del Derecho penal sexual español inspirándome en las propuestas de los *Alternativ-Professoren* alemanes (67), o criticando, con ocasión de una reforma del Código Penal, el endurecimiento de los delitos políticos y proponiendo una regulación del aborto en el sentido de la «solución del plazo», la legalización de las drogas, así como la descriminalización de las actividades sindicales ejercidas al margen del sindicato

(62) Según el Principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 1958: «La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación».

(63) «Triunfo» no era una revista de nueva creación, pero gracias a un cambio en la propiedad de la publicación se incorporó también a esta tendencia democrática.

(64) Diciembre de 1970.

(65) «Triunfo» 23 de enero de 1971.

(66) «Cuadernos para el Diálogo», mayo de 1971.

(67) «Cuadernos para el Diálogo», diciembre de 1971 (número extraordinario).

único franquista (68). Por lo demás, a partir de entonces y hasta la fecha he seguido publicando centenares de artículos en revistas y periódicos de ámbito nacional, sobre los más diversos temas jurídicos, que me han convertido en España, como me dijo un día mi hija Eva, cuando todavía era una niña pequeña, en una persona «un poco famosa» (69).

XXII

Para finalizar este recorrido por mis actividades conectadas con el Derecho, pero no estrictamente universitarias, voy a mencionar dos misiones mías desarrolladas en el extranjero.

En 1979 el disidente alemán Robert Havemann, que iba a ser sometido a juicio en la DDR por un supuesto delito contra el control de cambios por infracción de la Zoll- y Devisengesetz, y a la vista de que su anterior abogado, el Dr. Götz Berger, había sido expulsado del Colegio de Abogados de la DDR, decidió designar a un abogado que, por no pertenecer a ese Colegio, no pudiera ser objeto de una represalia semejante. Los Partidos Comunistas español e italiano que, junto con el francés, habían adoptado –para distanciarse del comunismo soviético– la doctrina del llamado «eurocomunismo», que propugnaba un sistema democrático multipartidista, resolvieron ayudar al profesor Havemann, formando un equipo de cinco abogados de distintas orientaciones políticas. Finalmente, y por mi conocimiento del Derecho y del idioma alemanes, Havemann me designó a mí para defenderle en el juicio que iba a desarrollarse contra él en el Kreisgericht Furstenwalde. El 13 de junio de 1979 volé de Madrid a Berlín vía Frankfurt a. M., siendo recogido en el aeropuerto de Berlín por Wolf Biermann y Jürgen Fuchs. Por la tarde de ese mismo día viajé en el S-Bahn de Berlín hasta la estación de Ekner, tomando allí un taxi e indicando al conductor que me llevara a Frankfurt (Oder), pernoctando aquella noche en el domicilio de Havemann. Antes de irme a dormir, mantuve una larga conversación con Havemann y con su esposa, Katja, preparando nuestra actuación del día siguiente, conversación de la que pude concluir que Havemann estaba convencido de que la disidencia interior podía incidir determinantemente en el régimen de la DDR para alcanzar una cierta democratización de éste.

(68) «Cuadernos para el Diálogo», diciembre de 1971.

(69) Con un cierto intervalo de tiempo recopilé la mayoría de estos artículos en libros autónomos, de los que hasta ahora he publicado tres: *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990; *Ensayos Penales*, 1999; *Estado de Derecho y Ley Penal*, 2009.

El 14 de junio comparecí con Havemann en Fürstenwalde (70), siendo abordado inmediatamente por un agente de la policía que me exigió mi documentación, haciéndome saber que mi presencia allí era ilegal, ya que sólo estaba autorizado para permanecer dentro de los límites de Berlín oriental, por lo que quedaba sancionado con una multa. Al contestarle que no pensaba pagarla me amenazó con arrestarme, a lo que le dije que podía hacerlo tranquilamente porque no iba a oponer ninguna resistencia. En realidad, tanto Havemann como sus amigos, como yo mismo, sabíamos desde un principio que no se me iba a permitir actuar como su abogado; lo único que perseguíamos era provocar un escándalo internacional que estaba siendo seguido en directo por los numerosos periodistas occidentales de medios de comunicación audiovisuales y escritos que estaban asistiendo en directo a los acontecimientos que se desarrollaban a las puertas del tribunal de Fürstenwalde. Como el objetivo ya se había alcanzado, Havemann y sus amigos me indicaron que ya podía regresar a Berlín, lo que hice en el coche de uno de ellos, sin que, por supuesto, abonara multa alguna (71).

(70) Sobre los incidentes del 14 de junio de 1979 en Fürstenwalde –así como de las circunstancias que les precedieron y de las subsiguientes– informa, muy documentadamente, VOLLNHALS, *Der Fall Havemann. Ein Lehrstück politischer Justiz*, 2ª ed., 2000, pp. 100 ss.

(71) A continuación reproduzco algunos párrafos de cartas que, con posterioridad al 14 de junio de 1979, me dirigieron HAVEMANN y FUCHS, en las que también se hace mención de un abogado de la DDR que se ha convertido en un importante político alemán [se trata de Gregor Gysi, actualmente portavoz parlamentario del partido Die Linke en el Bundestag alemán, y de quien hasta ahora no se ha podido esclarecer si, en realidad, era un agente de la Stasi, ni si fue precisamente en esa condición, y para informar a los servicios secretos alemanes, que asumió la defensa de HAVEMANN].

Carta de Robert HAVEMANN de 5 de septiembre de 1979:

«Dass unter den hier herrschenden Umständen rein juristisch kaum etwas zu erreichen war, wird niemandem wundern, der die DDR kennt. Aber durch die Demonstration internationaler Solidarität, die Sie erwiesen haben, ist eine starke politische Wirkung hervorgerufen worden, die weit über den gegebenen Anlass hinausreicht. Ich glaube, dass man hier jetzt wenig Neigung verspüren wird, ähnliche Verfahren gegen andere Schriftsteller und Publizisten durchzuführen.

Auch den zweiten Termin in Fürstenwalde –Ihnen wurde diesmal sogar die Einreise nach Ost-Berlin verweigert–, habe ich ohne einen Verteidiger überstanden. Das Verfahren war eine reine Farce. Für den Antrag auf Berufung habe ich dann doch einen DDR-Anwalt, Dr. Gregor Gysi, in Anspruch genommen. Er ist der Sohn des früheren Kultusministers und späteren Botschafters der DDR in Rom Klaus Gysi. Nach Meinung sachverständiger Freunde hat er den Berufungsantrag sehr gut begründet, natürlich nur rein juristisch. Wie wir es erwarteten, wurde aber auch dieser Antrag mit fadenscheinigen und unsachlichen Argumenten abgelehnt.

Posteriormente, y siempre con motivo de mi relación con Robert Havemann, traté de entrar dos veces más en la DDR. En la primera de ellas ni siquiera se me permitió el acceso al Berlín Oriental. La segunda vez lo fue con ocasión del fallecimiento de Havemann el 9 de abril de 1982, pero cuando me desplazaba desde Berlín Oriental en el coche de unos amigos del profesor para asistir a su entierro en el cementerio de Grünheide, pocos kilómetros antes de llegar a nuestro destino fuimos interceptados por la policía de la DDR que nos obligó a regresar a Berlín.

Die Welt geht in den letzten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts durch eine äußerst kritische, wenn nicht lebensgefährliche Phase ihrer Entwicklung. Es wird entscheidend sein, ob es uns gelingt, die Volksmassen davon zu überzeugen, dass Sozialismus nicht Unfreiheit, sondern Freiheit für alle bedeutet«.

[«Nadie que conozca la DDR puede sorprenderse de que, teniendo en cuenta las circunstancias aquí imperantes, apenas se podía haber hecho algo desde un punto de vista estrictamente jurídico. Pero mediante la demostración de solidaridad internacional que usted ha llevado a cabo se ha generado un fuerte efecto político que excede de esta concreta ocasión. Creo que ahora aquí se va a sentir poca inclinación para llevar a cabo procesos similares contra escritores y publicistas.

También el segundo señalamiento en Fürstenwalde –a usted esta vez incluso se le impidió la entrada en el Berlín Oriental– lo he soportado sin ningún defensor. El proceso fue una pura farsa. Para el recurso de apelación, sin embargo, he requerido los servicios del Dr. Gregor Gysi, un abogado de la DDR. Es el hijo del anterior ministro de Educación, y posteriormente embajador de la DDR en Roma, Klaus Gysi. En opinión de amigos expertos ha fundamentado muy bien el recurso de apelación, por supuesto desde una perspectiva estrictamente jurídica. Tal como esperábamos, ese recurso fue rechazado con argumentos inconsistentes e insustanciales.

.....

En las últimas décadas de este siglo el mundo atraviesa una fase de su desarrollo extremadamente crítica por no decir mortalmente peligrosa. Lo decisivo será si seremos capaces de convencer a las masas populares de que el socialismo no significa ausencia de libertad, sino libertad para todos»].

Carta de Jürgen FUCHS de 27 de septiembre de 1979:

«Der DDR-Anwalt Gysi (Du weißt von seinem überraschenden Erscheinen in Grünheide, als Du nicht einreisen durftest) hat eine Begründung erarbeitet, die auch einige «Formfehler» aufwirft. Es gab also keine neue Verhandlung mit Erscheinen vor Gericht, Zuschauerkulisse und unerwünschten, höchst seltenen öffentlichen Solidaritätsbekundungen der DDR-Bevölkerung vor den Augen und Kameras ausländischer Journalisten. Dies war zu erwarten –wie auch das «Ausschalten» spanischen Prozessbeobachter zur Hauptverhandlung«.

[«El abogado de la DDR Gysi (tú ya conoces su sorprendente aparición en Grünheide cuando a ti no se te permitió entrar en la DDR) ha elaborado una fundamentación que plantea algunos «defectos formales». Por consiguiente, ya no hubo un nuevo juicio oral ante el tribunal, ni observadores entre bastidores, ni las tan poco frecuentes como indeseadas manifestaciones de solidaridad de la población de la DDR ante los ojos y las cámaras de periodistas extranjeros. Todo ello era de esperar, así como la «eliminación» de observadores españoles del proceso en el juicio oral»].

Mi segunda misión fuera de España la llevé a cabo en otoño de 1980 por encargo de la Internacional Socialista. El entonces septuagenario presidente del Partido Socialista uruguayo, José Pedro Cardozo, había sido encarcelado por la dictadura militar y se encontraba gravemente enfermo. Para obtener su liberación me trasladé a Montevideo, pudiendo establecer contacto con él en el hospital donde, vigilado por la policía, se hallaba internado. A diferencia de lo sucedido el año anterior en la DDR, donde nunca tuve la sensación de correr peligro alguno, porque el asunto estaba siendo seguido directamente por la prensa internacional, y la DDR no se podía permitir un escándalo más además del que ya estaba provocando con el enjuiciamiento de Havemann, por lo que estaba muy tranquilo cuando me comporté provocadoramente –e incluso insolentemente– con las autoridades de la DDR, en la seguridad de que –como efectivamente sucedió– a mí no me iba a ocurrir nada, mi encargo en Uruguay se desarrolló sin publicidad alguna por lo que, si hubiera sufrido una medida represiva más o menos seria, los militares uruguayos siempre podían haber dicho que los autores habían sido personas incontroladas. Por ello, tomé algunas precauciones, apenas salí durante días de la habitación de mi hotel pendiente del teléfono y a la espera de poder entrevistarme con alguna autoridad de la dictadura –de todas maneras, y como me aburría soberanamente, me permití hacer una excursión de un día a Punta del Este–, y solía trasladarme en Montevideo con el coche que la embajada española había puesto a mi disposición. Gracias a las gestiones del embajador de España en Uruguay, Román Oyarzun, y del secretario de Embajada, Jorge Dezcallar, finalmente se me pudo concertar una entrevista con el ministro de Justicia, cuyo nombre no recuerdo, que era catedrático de Derecho penal en la Universidad de Montevideo y que me conocía por mis publicaciones. El ministro me prometió que haría lo que estuviera en su mano y, efectivamente, tres días después de mi regreso a Madrid, Cardozo fue liberado. Como el ministro me pidió –y yo se la di– mi palabra de honor de que esas negociaciones permanecerían en secreto, nunca hablé públicamente –ni siquiera después de la caída de la dictadura uruguaya– de mi intervención a favor de la liberación de Cardozo. Pero, 27 años más tarde, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Montevideo, y miembro del Partido Socialista uruguayo, Gonzalo D. Fernández, en el prólogo que escribió a la tercera edición de mi libro «Delitos cualificados por el resultado y causalidad» (72), sacó a

(72) Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. XVIII.

la luz aquellos acontecimientos, por lo que ahora no creo romper ninguna promesa si hago aquí una referencia a ellos.

XXIII

A lo largo de esta biografía a menudo ha salido a relucir la estrecha relación existente entre las ciencias penales alemana y española, en mi caso hasta tal punto estrecha que mi primer contacto que merezca el nombre de científico con el Derecho penal no se establece en España, sino precisamente en Hamburgo de la mano de Heinrich Henkel y Claus Roxin.

En otro lugar, en el prólogo del libro de mi discípula alemana Mirja Feldmann (73), he escrito sobre esa relación lo siguiente

La influencia de la ciencia penal alemana en la española se inicia con Luis Jiménez de Asúa (1889-1970), catedrático de Derecho penal de la Universidad Central de Madrid (hoy: Complutense de Madrid), quien, antes del comienzo de la I Guerra Mundial, recibe en Berlín las enseñanzas de su maestro Franz von Liszt. Hasta entonces, las lecturas extranjeras de nuestros penalistas se reducían, prácticamente, a la de los autores franceses e italianos, fundamentalmente por la mayor facilidad de los españoles para aprender idiomas que tienen en común su raíz latina.

La situación cambia radicalmente cuando Jiménez de Asúa regresa a Madrid de su estancia en Berlín y empieza a formar una escuela en la que, junto a la dogmática italiana, la alemana empieza a adquirir una importancia cada vez mayor. De entre sus discípulos con una formación germano-italiana destacan José Antón Oneca, Juan del Rosal y José Arturo Rodríguez Muñoz. El papel de este último en la recepción de la ciencia penal alemana en España es decisivo, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque traduce al castellano, en 1935, el *Lehrbuch* de Mezger, y la jurisprudencia y la doctrina españolas quedan impresionadas y deslumbradas ante la coherencia sistemática y la precisión conceptual que había alcanzado la teoría jurídica del delito en la dogmática alemana y que es expuesta magistralmente y con una extraordinaria claridad en la obra de Mezger; y, en segundo lugar, porque Rodríguez Muñoz vierte por primera vez al castellano –lo que facilita que los españoles puedan manejarlos desde entonces con un contenido de contornos precisos– conceptos básicos de la teoría del delito, acuñando Rodríguez Muñoz, por ejemplo, y entre otros, los términos de «tipicidad» («*Tatbestandsmäßigkeit*»),

(73) FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid. Ein Vergleich der Rechtslage in Deutschland und Spanien unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung in beiden Ländern mit rechtspolitischer Ausrichtung*, 2009, pp. XLI ss.

«antijuricidad» («Rechtswidrikeit»), «injusto» («Unrecht») o «inexigibilidad» («Unzumutbarkeit») (74).

.....

Este «período negro» de la ciencia penal española [el que se inicia con la victoria de Franco en 1939] se extiende hasta finales de los años 50 y principios de los 60 del pasado siglo. Es entonces cuando algunos jóvenes penalistas españoles –no partiendo de cero, sino retomando el camino que había marcado antes de la Guerra Civil Jiménez de Asúa– deciden formarse en Alemania en estancias que duran varios años, aprovechando las posibilidades de financiación que empiezan a ofrecer instituciones alemanas como la Fundación Alexander von Humboldt o la DAAD, o la española Fundación Juan March. A esa generación, recientemente jubilada, pertenecen, entre otros, Marino Barbero Santos, José Cerezo Mir, Juan Córdoba Roda, Rodrigo Fabio Suárez Montes, Gonzalo Rodríguez Mourullo y el autor de este «Prólogo». El régimen franquista a finales de los 60 y principios de los 70 del siglo pasado entra en decadencia: empieza a mostrar una cierta liberalización, la ideología política deja de desempeñar un papel tan determinante y, con más o menos dificultades, todos esos penalistas acaban convirtiéndose en catedráticos de Universidad y, con ello, a decidir, a su vez, cuáles debían de ser los requisitos para que la siguiente generación obtuviera un puesto de profesor-funcionario de por vida. Esa siguiente generación, y asimismo la que sucede a ésta, a iniciativa y con el apoyo de sus maestros, también amplía sus estudios pre o postdoctorales en Alemania, de tal manera que en la actualidad un requisito necesario –aunque no suficiente– para obtener una cátedra de Derecho penal en España es el conocimiento de la dogmática alemana, conocimiento que no sólo se demuestra traduciendo los más importantes textos alemanes de la especialidad, sino también elaborando una dogmática propia crítica y creadora utilizando el método y el aparato conceptual aprendido fuera de nuestras fronteras.

A su vez, y por la comunidad del idioma, los libros y los artículos de los penalistas españoles se difunden continuamente en Latinoamérica, con el resultado de que, desde México a Argentina, pasando por Colombia o Chile, muchos de los penalistas de las antiguas colonias amplían sus estudios en España, o bien directamente en Alemania, una vez que, a través de traducciones del alemán o de las propias obras de nuestros autores, han aprendido a valorar y a apreciar el impar vigor intelectual de la dogmática juridicopenal alemana, de tal manera que el sistema y los conceptos elaborados por ésta son hoy patrimonio común de la ciencia penal que se cultiva –y también de la jurisprudencia que se dicta– en España y

(74) Ciertamente que estos términos son utilizados, por primera vez, en 1931, por JIMÉNEZ DE ASÚA, en su fundamental libro «La teoría jurídica del delito», lección con la que aquél inauguró el curso académico 1931/1932 en la Universidad de Madrid. Pero, según me dijo en más de una ocasión José ANTÓN ONECA, discípulo de JIMÉNEZ DE ASÚA y amigo y condiscípulo de RODRÍGUEZ MUÑOZ, esos términos habían sido acuñados por este último, con su insuperable conocimiento del alemán, tal como puso de manifiesto en la mencionada traducción del Tratado de MEZGER.

en los países hermanos de América donde viven, en total, más de 400 millones de hispanohablantes.

Entrando en detalles he conocido, y en muchas ocasiones entablado amistad, con los más destacados penalistas alemanes contemporáneos a mí, coincidiendo con ellos en congresos, coloquios, ciclos de conferencias o investiduras de doctorados honoris causa que se han celebrado en, entre otros países, Alemania, España, Argentina, Chile, México o Venezuela, habiendo participado, como se refleja en la bibliografía que figura como «Apéndice» a la presente contribución, en muchos homenajes a mis colegas alemanes (75). Por otra parte, muchos de ellos (en concreto: Ambos, Frisch, Hassemmer, Hefendehl, Hirsch, Jakobs, Kuhlen, Lüderssen, Roxin y Schünemann) tuvieron la generosidad de contribuir al Libro-Homenaje que se me dedicó con motivo de mi 70 cumpleaños (76). Lo que nunca pude pensar –ni soñar– es que el 28 de julio de 1999 la Universidad de Munich me distinguiera con el abrumador e inmerecido honor de su doctorado honoris causa –aunque digo lo de Woody Allen cuando, en 2002, recibió el premio Príncipe de Asturias de las Artes: «pero es que soy diabético y eso tampoco me lo he merecido»–.

Renuncio a hablar de mi vida privada porque ha sido muy complicada y porque ello requeriría entrar en la intimidad de otras personas. He estado casado tres veces –aunque el segundo matrimonio, como dice el poeta y cantante Joaquín Sabina, «duró lo que duran dos peces de hielo en un whisky on the rocks»–. Desde hace 33 años estoy casado con Nieves, la mujer, el amor de mi vida, y tengo cuatro hijos: dos de mi primer matrimonio: Marta, abogada en Berlín y Antonio, magistrado en el OLG Kassel, y dos del tercero: Eva, abogada penalista en Madrid, y Helena, médico-uróloga en Getafe/Madrid.

Y aquí se acaba la historia.

(75) También en el Libro-Homenaje a WELZEL, ya que, aunque, como ya he relatado anteriormente, nuestra relación no empezó de la mejor manera, posteriormente (nos conocimos personalmente en un congreso internacional celebrado en Buenos Aires en octubre de 1971) aquella se convirtió en otra muy distinta que incluso me atrevería a calificar de cariñosa. Al Libro-Homenaje a HIRSCH envié un artículo que, por su extensión, no pudo publicarse en el mismo, pero que apareció dedicado a él en ZStW 111 (1999), pp. 307-334. También he participado en el que se le dedicó a mi amigo Eberhard STRUENSEE –con el permiso de Klaus TIEDEMANN, el penalista alemán que mejor habla el castellano–: cfr. GIMBERNAT, Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, en: Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro en Homenaje a Eberhard Struensee, editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2011, pp. 241-252.

(76) Cfr. *supra* n. 45.

APÉNDICE

Libros publicados en alemán

- Enrique GIMBERNAT, Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht, Hamburgo 1962, XXI + 174 pp. (reprografiado)
- Das spanische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, tomo VI, Duncker & Humblot, Berlín 1982, 123 pp.
- Enrique GIMBERNAT/Bernd SCHÜNEMANN/Jürgen WOLTER (edit.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, C. F. Müller, Heidelberg 1995, VII + 115 pp.
- Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Handlung, Kausalität, Unterlassen, con prólogo de Claus Roxin, LIT Verlag, Berlín 2013, X + 250 pp.

Artículos publicados en alemán

- Enrique GIMBERNAT, Finalität und Vorsatz, Neue Juristische Wochenschrift 1966, pp. 533-534.
- Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1968, pp. 915-943.
- Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1970, pp. 379-410.
- Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York 1974, pp. 150-169.
- Reformversuche in Spanien, Strafrecht und Strafrechtsreform, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1974, pp. 63-66.
- Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York 1974, pp. 485-497.
- Das Sanktionensystem in der spanischen Strafrechtsreform, Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1986, pp. 107-119.
- Handlung, Unterlassung und Verhalten, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1989, pp. 159-179.
- Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht, en: Rechtfertigung und Entschuldigung, tomo III, Publicaciones del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br. 1991, pp. 71-78.
- Das unechte Unterlassungsdelikt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999), fascículo II, pp. 307-334.

- Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Editorial Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York 2001, pp. 651-663.
- Sind die bisherigen dogmatischen Grunderfordernisse eines Allgemeinen Teils geeignet, dem heutigen Stand der Kriminalität, der Strafzumessung und des Sanktionensystems zu genügen?, Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften, Tagungsbeiträge eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung, Bonn-Bad Godesberg, veranstaltet von 1. bis 5. Oktober 2000 in Bamberg, editado por Hans Joachim Hirsch, Duncker & Humblot, Schriften zum Strafrecht, tomo 129, Berlín 2001, pp. 151-165.
- Begegnungen eines Strafrechtswissenschaftlers der westlichen Hemisphäre mit Claus Roxin, Claus Roxin: Person – Werk – Epoche, editado por Bernd Schünemann, Reihe Rechtswissenschaft, tomo 196, Centaurus Verlag, Herbolzheim 2003, pp. 21-25
- Eine dritte Form der Tatbestandsverwirklichung: die Unterbrechung von rettenden Kausalverläufen, Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Munich 2005, pp. 163-190.
- Rechtsgüter und Gefühle, Goldammer's Archiv für Strafrecht 5/2011 (Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag), pp. 284-294.
- Atypische Kausalverläufe und objektive Zurechnung, Festschrift für Imme Roxin, Freiburg i. Br. 2012, pp. 137-148.
- Der Pockenarztfall, en: Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlín 2013, pp. 291-297.
- Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag, 2013, pp. 389-402.
- Die *omissio libera in causa*, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlín-Boston 2014, pp. 351-362.

Selección de libros traducidos del alemán al castellano

- Eugen KOGON, Sociología de los campos de concentración, traducida al español por Enrique GIMBERNAT, Taurus, Madrid 1965, 537 pp. [Eugen Kogon, Der SS-Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a. M. 1946]. Esta traducción, ahora con el título castellano «El Estado de la SS. El sistema de los campos de concentración alemanes», ha sido reimpressa en 2005, con el prólogo de KOGON a la edición de 1977, por Alba Editorial, Barcelona].
- Karl LARENZ, Metodología de la ciencia del Derecho, traducida al español por Enrique GIMBERNAT, Ediciones Ariel, Barcelona 1966, 383 pp. [Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York].

Heinrich HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, traducida al español por Enrique GIMBERNAT, Taurus Ediciones, Madrid 1968, 757 pp. [Heinrich HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Beck, Munich].
Sexualidad y Crimen, traducida al español por Enrique GIMBERNAT, Reus, 1969, 439 pp. [Sexualität und Verbrechen, editado por BAUER, BÜRGER-PRINZ, GIESE y JÄGER, Fischer, Frankfurt a. M.].