



RÉQUIEM PARA JOSÉ CEREZO MIR (1932-2017)

Mestre exemplar da Ciência do Direito Penal e pessoa humana inolvidável

É com profundo pesar que se noticia o passamento, no último 19 de julho, de modo inesperado, em Zaragoza (Espanha), do professor José Cerezo Mir, catedrático de Direito Penal, autor de inúmeras e importantíssimas obras jurídicas, superiormente reconhecido na Europa e nas Américas.

Sua influência na ciência do Direito Penal vai além do que as simples palavras contidas neste texto podem representar.

Revela-se em marcante, inovadora e sólida contribuição científica, caracterizada pela qualidade e profundidade de suas lições, pela coerência e clareza de suas ideias e pela crítica fundamentada no contexto da seara jurídica penal.

O subscritor deste teve a oportunidade única de desenvolver estudos de pós-doutorado sob sua direção, na Universidade de Zaragoza, e desde

então seus laços acadêmicos e pessoais se desenvolveram e se solidificaram em fraterna amizade.

Ainda que o autor seja bastante conhecido no mundo dos juristas afeitos ao Direito Penal e a qualidade de sua publicação dispense comentários, faz-se necessário, nos lindes desta homenagem, dizer algo sobre seu percorrer universitário, sua criação intelectual, e, finalmente, em uma palavra, o homem feito autor.

Numa época particularmente difícil, tanto do ponto de vista político quanto social e econômico, a trajetória universitária e científica do professor Cerezo Mir é realmente louvável. Sua vocação para o ensino foi precocemente revelada em 1954, logo após concluir a graduação em Direito na Universidade de Valladolid, quando nesta acabou por assumir o cargo de professor auxiliar de Direito Penal, vinculado à Cátedra de Juan Del Rosal.

Todavia, o momento decisivo de sua formação científica encontra-se na década de 1960, após doutorar-se em Direito, com distinção máxima, na já citada universidade (1957), e realizar longa e fecunda estada de estudo e pesquisa na Universidade de Bonn (1956-1959, 1960), sob a orientação direta de Hans Welzel, sem dúvida o mais importante penalista do século XX.

Durante essa estada na Alemanha, frequentou assiduamente os seminários dirigidos por Welzel, que contavam ademais com a presença de grandes penalistas e filósofos, como A. Kaufmann, G. Stratenweth, H-L. Schreiber, F. Loos, G. Geilen, H-J. Hirsch, entre outros. Nesse ambiente propício ao estudo e à reflexão intelectual, aprofundou ao máximo seus conhecimentos científico-penais e de filosofia (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C.M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Semblanza académica y científica de Don José Cerezo Mir*. In: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002 p. xv e ss.).

Ainda nesse período, na Alemanha, casou-se com a acadêmica de medicina, de origem armênia, Bella Bagdassarian, com quem teve três filhas. O falecimento de sua esposa, em 2011, constituiu-se em uma perda da qual jamais se recuperou totalmente.

Logo após seu retorno, por assim dizer, definitivo à Espanha, e superadas as ingentes dificuldades enfrentadas nos primeiros anos, ocorreu um fato de extrema relevância: o estreitamento de seus laços científicos e pessoais com Antón Oneca – discípulo de Luís Jiménez de Asúa - e uma das figuras mais proeminentes do Direito Penal da época –, o qual o convidou a atuar inicialmente como professor auxiliar, depois professor adjunto, em Madri. O fértil convívio pessoal e acadêmico com Antón Oneca terminou por marcar sua futura orientação científica, especialmente no campo da teoria da pena.

Passados alguns anos nessa condição docente, e sem a necessária estabilidade, ascendeu, por fim, à titularidade de Direito Penal na Universidade de Zaragoza (1970), onde permaneceu por longos e frutíferos anos.

A partir desse marco cronológico, sua carreira universitária foi alcançando a plenitude, com o traslado a Madri e a assunção da Cátedra de Direito Penal na Universidade Nacional de Educação à Distância.

Não obstante esse desfecho foi na Universidade de Zaragoza, em terras históricas de Aragão, que, durante 26 anos, forjou e espargiu seu pensamento científico, dando lugar à criação de verdadeira *Escola*, responsável pela formação de uma seleta plêiade de brilhantes estudiosos da ciência do Direito Penal, tanto na Espanha, como na América Latina. Assim, entre seus discípulos, diretos ou indiretos – discípulos de seus discípulos -, podem ser citados, à guisa de exemplo, Carlos Maria Romeo Casabona, Juan-Felipe Higuera Guimerá, José Luís Díez Ripollés, Luís Gracia Martín, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Maria Cármen Alatuéy Dobón, Alicia Gil Gil, Manuel Melendo Pardos, Juan Manuel Láacruz Lopez, na Espanha; Cárcamo Olmos e Soto Piñeiro, no Chile; Silva Forné, no Uruguai; e Luiz Regis Prado, no Brasil.

Nesse ambiente acadêmico – repleto de ideias e de ideais, – e sendo já detentor de invejável acervo de artigos científicos e traduções, publicados na Espanha e no exterior –, que Cerezo Mir se pôs com total dedicação a escrever aquela que seria a mais profunda e completa publicação científica do país, em sua categoria, dos últimos anos, intitulada singelamente *Curso de Derecho Penal español*, na verdade, um magnífico *Tratado* sobre a Parte Geral do Direito Penal. Por sem dúvida alguma a mais importante e

completa obra geral de Direito Penal publicada na Espanha, desde Jimenez de Asúa.

A seu propósito, nada mais eloquente que as autorizadas e insuspeitas palavras do eminente jurista Enrique Gimbernat Ordeig: “Por tudo isso, a obra de Cerezo *não tem correspondente entre os manuais de língua espanhola*; porque tão-somente em seu ‘Curso’ pode ser encontrada a autêntica situação atual da Parte Geral, e a sua evolução até o presente, documentando por que as coisas ocorreram daquela forma, e por que agora são do modo que são, sem que se oculte nenhum problema e que se escamoteie nenhuma solução. A ‘Parte Geral’ de Cerezo [...] é o coroamento de uma carreira universitária caracterizada pela *coerência e rigor* científicos, e à qual devemos um elevado número de publicações imprescindíveis e sua continuação em uma grande *escola* de professores de Direito Penal” (*Revista de Derecho Penal y Criminologia*. Madrid: UNED, 3, 1999, p. 393-399 – grifado).

A concepção jurídico-penal de Cerezo Mir é pautada, no plano ideológico, pela defesa dos princípios que informam o Direito Penal garantista, liberal e democrático, com ênfase no respeito à liberdade e à dignidade humanas, e, no plano dogmático, pela adoção da metodologia finalista, de matiz onto-axiológico, que arranca da concepção do homem como ser livre e responsável.

Para além da Europa e das Américas de língua espanhola, o autor e sua obra exerceram também apreciável influência no Brasil, mormente a partir do ano 1990. Neste país, esteve por inúmeras vezes proferindo conferências em congressos, seminários e no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá.

Cerezo Mir publicou inúmeros artigos – vertidos ao português – em revistas jurídicas especializadas, sendo, na atualidade, largamente reconhecido e citado pela melhor doutrina nacional.

Em 2007, foi publicada pela Editora Revista dos Tribunais, sob minha coordenação, a coletânea "Direito Penal Contemporâneo". Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir.

A lembrança da pessoa humana, alegre e aberta ao mundo, sensível, e grandemente comprometida com seus ideais, bem como todo seu notável

contributo à ciência do Direito Penal devem remanescer vivas *ad eternum* na obra e no pensamento de seus discípulos, amigos e admiradores, seja aqui, seja alhures.

Esta é a minha singela homenagem ao amigo, ao *gentleman*, ao mestre.

Nam posteris!

Em, julho de 2017.

Professor Luiz Regis Prado
Titular de Direito Penal

**ENTREVISTA FEITA POR JESÚS BARQUÍN SANS, EM 2001, NA
UNIVERSIDADE DE MÁLAGA (ESPANHA). SEGUE O SEU TEXTO:**

"El profesor Cerezo Mir es madrileño de nacimiento, aunque su trayectoria académica, iniciada con la licenciatura y el doctorado en la Universidad de Valladolid, ha estado ampliamente vinculada a la Universidad de Zaragoza, donde fue catedrático de Derecho Penal durante veintiséis años. Ha vuelto a Madrid en los últimos años, tras acceder a la cátedra de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, donde se jubilará y, con méritos más allá de toda duda, pasará a ser Profesor Emérito en el mes de octubre del año 2002. En septiembre del 2000 fue investido Doctor Honoris Causa por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México (México D.F.), en el mismo acto en que lo fueron los profesores Roxin y Franco Guzmán.

El profesor Cerezo ha sido el principal introductor del finalismo en España. La evolución de la Dogmática penal en lengua española en el último tercio del siglo XX no se puede comprender sin sus contribuciones a la teoría del delito a partir de los últimos años cincuenta, incluyendo su traducción de El nuevo sistema del Derecho Penal de Welzel, publicada en 1964 y que venía siendo casi imposible de conseguir hasta su recién aparecida reedición en una editorial argentino-uruguaya. Es autor de un Curso de Derecho Penal Español. Parte General en tres tomos. Después de actualizar los dos primeros según el Código Penal de 1995, acaba de

publicar el tercero, con lo que queda concluida la obra. En el libro (1982) Problemas fundamentales del Derecho Penal se recogió buena parte de sus artículos científicos. Precisamente en el año 2001 acaba de aparecer el tomo I de los dos que contendrán una nueva y más amplia recopilación de su obra, publicada en Argentina con el título Temas fundamentales del Derecho Penal.

Esta conversación se grabó el día 5 de noviembre de 2001 en la sede del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología de la Universidad de Málaga, a cuyos miembros y compañeros del Área de Derecho Penal agradecemos su hospitalidad y colaboración, casi tanto como al profesor Cerezo por el privilegio de este encuentro.

JB: ¿Cómo llegó usted al Derecho Penal?

JC: Mi trayectoria académica comenzó en la Universidad de Valladolid, donde estudié la carrera y después del examen (oral y con bolas) de Parte General con Juan Del Rosal, catedrático de Valladolid, quien me dio matrícula de honor, me felicitó y luego, en septiembre, me aconsejó que preparara las oposiciones a cátedra de Derecho Penal, lo que en tercero de carrera me parecía algo desmesurado y de lo cual yo no sería capaz nunca. Pero lo cierto es que insistió y comencé a estudiar alemán con un estudiante de aquel país (Herbert Imhof) que vivía también en el Colegio Mayor de Santa Cruz, donde yo residía, y me dio clase diaria durante dos años, de manera que al acabar la licenciatura ya dominaba el idioma para leer y traducir, aunque no tenía práctica para hablar. Cuando terminé la carrera, hice los cursos de doctorado en esa misma línea en la Universidad de Valladolid y Del Rosal me planteó la disyuntiva de ir a Roma con Grispiigni o con Welzel a Bonn. La verdad es que Del Rosal nos había dado un curso de doctorado sobre la doctrina de la acción finalista, basándose mucho en la monografía de Rodríguez Muñoz, y a mí aquello me había llamado mucho la atención, por lo que decidí irme a Bonn. Pedí una beca del DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico: *Deutscher Akademischer Austauschdienst*), que entonces eran poquísimas: tres para toda España para todas las carreras, y teníamos que ir a examinarnos de alemán a Madrid en el Ministerio de Asuntos Exteriores. Me examiné, me dieron una de las becas y me fui a Alemania.

JB: ¿Qué tal le fue en esta primera experiencia en Bonn?

JC: Con Welzel estuve primero dos años con beca del DAAD, después un tercer curso académico con una beca de la Fundación Von Humboldt e incluso unos meses más porque Welzel me nombró ayudante, en un cargo puramente nominal sin funciones reales que desempeñar, para cobrar algún dinero. Entonces había un gran desfase entre la ciencia del Derecho Penal española y la alemana, así que aprendí muchísimo Derecho Penal. Lo que habíamos oído en las aulas durante la carrera estaba referido al estado de la ciencia penal alemana en la época de Mezger, antes incluso del nacionalsocialismo y de la escuela de Kiel. Pero de la dogmática de la posguerra no teníamos ni noción, salvo aquello que habíamos visto del finalismo en los cursos de doctorado. Hice muchísimas lecturas para llenar todo aquel vacío, preparé algún trabajo, como un artículo que publiqué en la *Zeitschrift* y terminé mi tesis doctoral sobre la tentativa de delito, que llevaba ya casi terminada de España. Su título era *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*.

JB: No está publicada, ¿verdad?

JC: No, no la he publicado. Mi tesis doctoral tenía un planteamiento basado en la dogmática anterior a la Segunda Guerra Mundial construida sobre la filosofía de los valores neokantiana. Estudiaba los problemas de la tentativa en función de los valores de la justicia, de la adecuación a fin o utilidad y de la seguridad jurídica. Claro, cuando me incorporo a la Universidad de Bonn y sigo las clases y los seminarios de Welzel sobre Derecho Penal y Filosofía del Derecho, abandoné aquellos planteamientos para seguir el ontologismo de Welzel. Terminé la tesis conforme a su orientación inicial y la leí, pero ya estaba en otra línea, motivo por el que no la he publicado nunca íntegra, sino tan sólo un extracto con las conclusiones y el estudio dogmático de la tentativa en el que no se perciben mucho sus fundamentos filosófico-jurídicos. También sucedió que en aquella época me distancié de Del Rosal, por una serie de problemas de tipo personal y académico en los que lógicamente no voy a entrar.

JB: ¿Fue entonces cuando se incorporó a la cátedra de Antón Oneca?

JC: En 1960 me presenté a unas oposiciones en las que no tenía posibilidades, porque aunque mi formación era buena, no tenía obra. Ahí ganaron las cátedras Rodríguez Devesa, un gran penalista con una obra notable ya entonces y una persona inteligente y simpática que era José María Navarrete. En este momento se produjo el distanciamiento

definitivo con Del Rosal y me puse en contacto con Antón Oneca, a través de Gómez Orbaneja, que había sido mi profesor de Derecho Procesal en Valladolid. Al principio me dio cobijo en la Universidad Ruiz Jiménez, pero sólo un curso porque cuando llegó Antón Oneca a Madrid como catedrático, me incorporé a su cátedra como ayudante y en 1963 gané una oposición a profesor adjunto. Cuando Antón Oneca se jubiló, quedé como encargado de la cátedra hasta que gané en 1969 una plaza de agregado en la Universidad de Valencia, donde estuve un curso y pico. Luego pasé como catedrático a Zaragoza, donde permanecí 26 años.

JB: No es frecuente buscar expresamente un cambio de destino o de lugar de trabajo a la edad en que usted decidió pasar a la UNED.

JC: En realidad, no pensaba moverme de Zaragoza, pero pusieron de nuevo la jubilación a los setenta y me ofrecieron la cátedra de la UNED. Tenía razones familiares, como que dos de mis hijas vivían en Madrid, y también académicas, porque quería tener más tiempo para mí en esta última etapa de mi vida académica. Con la llegada del Código Penal nuevo, necesitaba adaptar todo lo que llevaba escrito sobre la parte general al nuevo código, lo que es sumamente trabajoso dado lo mucho que se publica y mi interés por incluir una amplia bibliografía española y alemana. También quería terminar mi Teoría del Delito, lo cual acabo de conseguir ahora. La UNED permite que uno pueda dedicarle mucho más tiempo a investigar y también más libertad de movimientos para dar conferencias. Por otra parte, en la UNED he adquirido plena conciencia de su importante función social: permite realizar estudios universitarios a muchas personas que viven en cualquier rincón del país o que trabajan.

JB: Ha mencionado usted a Welzel. Sería interesante que hiciera algún comentario sobre él como persona.

JC: Welzel me deslumbró. No es que fuera especialmente brillante en clase. No era el prototipo de profesor latino de gran elocuencia, sino que las clases las daba leyendo sus notas. Pero tenía las clases muy preparadas, muy elaboradas, muy profundas. Por otra parte, era una persona muy accesible. Sin embargo, la imagen que mucha gente tiene de él es la de que probablemente sería una persona poco tolerante científicamente, debido a los muchos escritos polémicos que publicó.

JB: Es que la doctrina de la acción finalista era objeto de viva polémica...

JC: Claro, y él saltaba siempre a la palestra a defender sus ideas. No tenía empacho alguno en modificarlas cuando le parecía que aquello no era viable, como sucedió con los delitos imprudentes. Pero en la realidad era muy tolerante y en el seminario se exponían libremente las opiniones. Por ejemplo, mi primer trabajo publicado era una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz a la concepción de la culpa de Welzel, en el que yo mantenía una posición discrepante de la postura que defendía entonces Welzel acerca de los delitos imprudentes. Y él apoyó la publicación del artículo en la *Zeitschrift*.

JB: Teniendo en cuenta quienes participaban en ellas, las discusiones en aquella época en Bonn debieron ser de gran altura.

JC: Memorables. Porque en aquel momento en el seminario de Bonn participaban Armin Kaufmann, que todavía no era catedrático y acababa de terminar el trabajo de habilitación: *La dogmática de los delitos de omisión*; Stratenwerth, que ya estaba habilitado pero aún no se había ido a Erlangen; también Hirsch. Es decir, penalistas de una gran categoría.

JB: ¿Jakobs aún no estaba, verdad?

JC: No, Jakobs fue posterior. Lo conocí en Bonn cuando volví en 1967. En cambio, estaba ya Hans-Ludwig Schreiber, así como un filósofo del Derecho que está en Göttingen: Fritz Loos y el catedrático de Bochum: Gerd Geilen. Era un seminario de gran nivel en el que se mantenían ideas contrapuestas. Por ejemplo, Stratenwerth tenía una cierta simpatía por la teoría de los elementos negativos del tipo, que no llegó a abrazar aunque sí defendió la teoría de la culpabilidad restringida porque consideraba que llegaba a soluciones más justas. En cambio, Hirsch era completamente contrario a la teoría de los elementos negativos del tipo, lo mismo que Armin Kaufmann y Welzel, para quien era casi una cuestión de honor. Allí lo discutían y se mantenían unas posturas firmes con total libertad.

JB: Era vehemente Welzel...

JC: Sí, igual que Jakobs, con quien conviví todo el verano de 1967, aunque quizás este último más aun.

Por otra parte, Welzel era un gran filósofo del Derecho y el libro *Derecho Natural y Justicia Material*, que fue traducido en España por González Vicén y publicado con el título de *Introducción a la Filosofía del Derecho*, es un libro apasionante, sobre todo para mí, que venía de España formado en el iusnaturalismo aristotélico-tomista. De repente, aquel libro desmonta todas las concepciones iusnaturalistas considerando que en todas hay un círculo vicioso: incluir previamente en el concepto de naturaleza humana lo que se considera valioso y después se deduce su carácter valioso del dato de que está presente en la naturaleza humana. Ésta era la idea central, pero lo que hacía impresionante aquel libro era la profundidad y la erudición con que estaba desarrollada. Por cierto, Welzel era un gran conocedor de la Escolástica tardía española, de la escuela de Salamanca. Maneja mucho a esos autores en el libro que estamos comentando. Era de origen católico, pero no practicante, sino más bien agnóstico; mientras que su mujer era protestante y creo que creyente.

Además, Welzel era muy accesible para los discípulos extranjeros (entonces había en Alemania menos jóvenes científicos llegados de fuera). Muy pronto me invitó a su casa a tomar café y a comer, me recibía en su despacho en la Facultad cuando necesitaba una orientación bibliográfica o discutir algo. Mi memoria de oposiciones, basada íntegramente en el finalismo y que nunca publiqué, la escribí allí; y recuerdo una frase de Welzel cuando le comenté que tenía que escribir sobre el concepto, método y fuentes de la ciencia del Derecho Penal. Me dijo: “¡Pero cómo! ¿Usted va a escribir sobre eso? Si de eso tendría que escribir yo, que estoy terminando, pero no usted que está empezando.” Aquello, lógicamente, me hizo desistir para siempre de la idea de publicarla.

JB: Es de imaginar un gran contraste entre el ambiente académico y científico que se encontró usted en Bonn y el que conocía en España.

JC: Claro, una diferencia enorme. La universidad española que yo viví fue la de la posguerra: muy mediocre. Aunque había algunos grandes catedráticos, muchos estaban expedientados o depurados políticamente, otros exiliados. Había cátedras vacantes, la dedicación era escasísima, porque la retribución también era muy mala. Algunas grandes figuras sí había; por ejemplo, yo fui alumno en Valladolid de don José Arias Ramos en Romano, de don Emilio Gómez Orbaneja en Procesal y de don José Girón Tena en Mercantil. En cuanto a Del Rosal, a quien le debo mi

vocación, era muy brillante dando clase, aunque escribiendo fuera oscuro. También me influyó mucho Eustaquio Galán quien en aquella época no había caído en el ultra conservadurismo que mostró de viejo durante la transición y era un hombre de gran preparación y elocuencia y un espíritu liberal. Pero se trataba de excepciones y, en conjunto, en las Facultades de Derecho de entonces los profesores estaban poco preparados y se dedicaban poco. En Penal, por otra parte, piense cuántos se habían exilado como Jiménez de Asúa.

JB: ¿Llegó a conocer a Asúa?

JC: Nunca. Perdí la ocasión de mi vida cierta vez estando en Bonn. Un discípulo japonés de Welzel, el profesor Taira Fukuda, iba a Freiburg a un congreso de Biología Criminal y me preguntó “¿Viene usted?” Le dije que no, pues era una materia a la que no me había dedicado nunca, “¿sabe si va algún español?” Me contestó que no, que un argentino. A su vuelta, me informó: “No era un argentino, sino un español exilado: don Luis Jiménez de Asúa”. Había perdido la ocasión de mi vida de conocerle.

Sí mantuve cierta correspondencia con él. Antón Oneca, con quien yo ya estaba, se había distanciado de Jiménez de Asúa porque éste, que tenía el defecto de hacer referencias personales en su obra, había dicho de Antón en la primera edición del tomo primero de su *Tratado de Derecho Penal* que se había quedado en la España de Franco pero se mantenía firme en sus convicciones liberales. Antón se indignó porque, en 1948, aquello equivalía a una denuncia. Decía: “¡Este hombre se ha creído que esto es la dictadura de Primo de Rivera!”. Hay que tener en cuenta que Antón Oneca había estado en la cárcel desde el 18 de julio de 1936 hasta la primavera de 1940. Pero se reanudó el contacto entre Jiménez de Asúa y Antón Oneca en los años sesenta gracias a la mediación de Ramón Tudela, un ayudante de nuestra cátedra en Madrid, que fue de viaje de novios a París. A partir de entonces empecé a escribirme con Asúa, que me mandaba cartas, separatas e incluso propaganda política. Pero perdí la oportunidad de conocerlo personalmente.

JB: ¿Qué recuerdo guarda de Antón Oneca?

JC: Antón era una personalidad extraordinaria. Por una parte, sabía muchísimo: no me cabe duda de que en aquella época era el penalista español más ilustre, el mejor de nuestros científicos. De hecho, en mi

opinión, en cuanto a calidad tanto él como Rodríguez Muñoz en el fondo eran mejores que Asúa, sólo que éste había revolucionado la ciencia penal española y aportado una información caudalosa. También era una persona que prestaba mucha atención a sus discípulos.

Por otra parte, estaba muy afectado por su experiencia personal de casi cuatro años de detención durante la guerra. El motivo principal fue que era discípulo de Jiménez de Asúa, porque él no pertenecía a ningún partido, ni siquiera al Partido Socialista. Tampoco fue motivo su actuación como magistrado del Tribunal Supremo. Pero, debido a su reciedumbre moral, no admitió soluciones de compromiso: como tengo escrito ya en algún lugar, durante su prisión le visitó Sainz Rodríguez, un hombre muy conservador y monárquico, que sería el primer Ministro de Educación Nacional de Franco, en Burgos, en 1938, y que era muy amigo suyo del Ateneo. Le propuso sacarlo si accedía a ponerse la boina verde de Renovación Española (esto era antes de la unificación de 1937), que era un partido monárquico y liberal y que podía ser lo más digerible para Antón. Pero se negó a nada que no fuera recibir un pasaporte para ir al extranjero. Y siguió en la cárcel tres años. Teniendo en cuenta la facilidad con que mucha gente cambia de ideas en el momento oportuno, esto demuestra una personalidad admirable. Después de la guerra, como además en la sentencia de Sanjurjo había emitido un voto particular oponiéndose a la pena de muerte, lo pusieron en libertad sin más.

JB: Pero parece que esta experiencia le marcó y le convirtió en un hombre desencantado.

JC: Sí, sin duda. Le marcó muchísimo. Recuerdo una frase impresionante suya que aparece en su *Parte General*: “del escepticismo sobre el efecto de prevención general de las penas ya estamos curados”.

JB: En materia de prevención general se aparta usted poco de las posiciones defendidas por Antón. Por ejemplo, cuando, en relación con la prevención general positiva, viene a afirmar que se reduce a una combinación entre ejemplaridad y retribución, esta última expresada modernamente en la forma de reafirmación del ordenamiento jurídico.

JC: Sí que tengo dicho esto, aunque quizá yo no lo haya expresado de forma tan drástica. En efecto, en materia de prevención general sin duda he seguido los planteamientos de Antón Oneca, quien incluía ahí tanto la

ejemplaridad de la pena como la intimidación. Para mí, como para Antón, la ejemplaridad es más relevante que la intimidación, lo que tiene un cierto parentesco con la función ético-social de Welzel, en el sentido de que las normas penales prohíben conductas que en la mayor parte de los casos suponen infracciones de la ética social: hurtar, matar, lesionar, etcétera. Obviamente, sin confundir Derecho Penal y Ética Social, porque lo que no puede exigir nunca el Derecho Penal es la motivación ética: al Derecho lo que le interesa es que se cumplan sus mandatos y prohibiciones, aunque sea por motivos egoístas. El factor intimidatorio está en un segundo plano y aparece con mayor fuerza sólo en aquellas normas que prohíben conductas que carecen de relevancia ético-social: contra el orden político o económico de la sociedad.

En cuanto a la retribución, es irracional si se plantea como compensación del mal moral causado por el delito. Pero sí se la puede concebir de otro modo más moderno, limpiándola de la ganga de todo planteamiento vindicativo, como simple reafirmación del ordenamiento jurídico. Luego, resulta que esas ideas son las que han encontrado acogida en el concepto de la prevención general positiva o prevención general de integración, pero yo no me he sumado a la nueva terminología, porque no me ha parecido necesario dado que en la doctrina penal española hay otros términos, procedentes de un penalista de gran prestigio como Antón Oneca. Es una discrepancia terminológica.

JB: Tiene usted escrito asimismo que hay una renovada influencia de von Liszt y del neokantismo a partir de los sesenta, de lo que Roxin sería uno de los más señalados exponentes. ¿Piensa que este diagnóstico acerca de la vuelta al neokantismo extiende su validez hasta el presente? Por plantearlo en términos más directos y con referencias personales: a pesar de que parece que hoy Jakobs está en el primer plano de la discusión, ¿consideraría que la dirección dominante de la dogmática penal sigue teniendo más de roxiniana que de jakobsiana?

JC: Sin duda, ellos dos son las grandes figuras de la ciencia penal alemana en la actualidad. Pienso que la vuelta a Liszt a partir de los sesenta fue clarísima y halló reflejo en el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán y, desde luego, en la obra de Roxin, quien se aparta del ontologismo de Welzel y enlaza con la filosofía jurídica de los valores (esto explica, por ejemplo, por qué Roxin ha tenido tanto éxito en Portugal, ya que allí no

hubo una etapa finalista y pasaron directamente de la dogmática basada en la filosofía jurídica neokantiana a Roxin).

El pensamiento de Jakobs está teniendo más predicamento en el extranjero que en Alemania, como cualquiera puede constatar. E incluso, donde tiene éxito Jakobs, como en España (donde le siguen un grupo de jóvenes brillantes penalistas en la Autónoma de Madrid o, últimamente, Jesús Silva en la Pompeu de Barcelona) o en Hispanoamérica (donde tiene mucha influencia en Colombia; también en Perú, donde Villa Stein ha escrito una Parte General muy influida por Jakobs) sigue siendo superior hoy por hoy la influencia de la dirección teleológico-valorativa, político-criminal de Roxin, según creo. Desde luego, en Alemania está clarísimo que sus tesis son minoritarias, como se advierte en las críticas que recibe en las publicaciones y en el rechazo que encuentra en los congresos internacionales, como el de Berlín en octubre de 1999, en el que estuve.

JB: ¿A qué atribuye esta situación y qué perspectivas de futuro le concede?

JC: Los alemanes saben que Jakobs encuentra bastante eco fuera de sus fronteras, sobre todo en el ámbito de lengua española, y se tiende a pensar que es debido a la seducción que ejercen los sistemas conceptuales cerrados, como el de Jakobs, cuyas pautas abstractas en principio son aplicables a cualquier sociedad y se desvinculan de una referencia a los valores últimos. Mientras que el sistema de Roxin está abierto a las concepciones y valoraciones sociales vigentes en cualquier momento. Sobre este tema hay una reseña magnífica de Santiago Mir publicada en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la intervención de Jakobs en las jornadas de profesores alemanes de Derecho Penal en Rostock, publicada bajo el título "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional".

Por ello, no creo que a la larga el pensamiento de Jakobs vaya a prevalecer, aunque indudablemente es una obra muy valiosa como aportación intelectual.

JB: Quizá convendría ya pasar a otro tema, pero dado el interés que la obra de Jakobs despierta y que usted comparte con él el hecho de ser discípulos de Welzel, querría también preguntarle si piensa que su planteamiento del Derecho Penal podría haber existido sin el eslabón

previo de Welzel. Aunque está claro que no se trata en absoluto de un continuador del finalismo, la cuestión apunta más bien a si existiría el funcionalismo sistémico aplicado a la dogmática penal sin la preexistencia del finalismo; ¿podría Jakobs haber creado su obra directamente a partir de la de Luhmann, Parsons y otros funcionalistas?

JC: La verdad es que no lo había pensado nunca. Es posible que sí haya ese condicionamiento, aunque quizá más bien como reacción: Jakobs fue discípulo de Welzel, quien incluso le pidió en un momento dado que hiciera una nueva edición de su manual (la última fue en 1969). Se lo había encargado a Armin Kaufmann, pero éste no lo hizo. Cuando Jakobs se puso a la tarea, se produjo en él una evolución intelectual de rechazo al ontologismo y de un normativismo extremo. Quizá ello se explique como reacción al ontologismo de Welzel, que de este modo sí habría condicionado históricamente su pensamiento, pero quizá Jakobs podría haber llegado a sus planteamientos por otra vía.

JB: ¿Qué queda aún del ontologismo de Welzel en la dogmática penal, aparte de, como es obvio, los propios finalistas?

JC: Pienso que el neo-ontologismo está representado ahora por Schünemann, independientemente de que rechace el ontologismo welzeliano. Schünemann encuentra algunos asideros o puntos de apoyo de carácter intemporal, por ejemplo en materia de culpabilidad. Para Schünemann, el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación del ser humano es obligado para el Derecho, pues éste no puede ignorar la visión que tienen los ciudadanos de sí mismos y que se refleja incluso en las estructuras del lenguaje, en la reconstrucción social de la realidad. Por eso, fue muy interesante la última sesión del congreso que celebramos el pasado año en la UNED, sobre ontologismo y normativismo, que sigue siendo la cuestión básica hoy. Participaban Moisés Moreno, discípulo de Armin Kaufmann, Jakobs como representante de un normativismo extremo y, en medio, Schünemann que defiende un neo-ontologismo. Por eso los finalistas, incluso los críticos como yo, vemos con buenos ojos a Schünemann.

JB: Quizá en demasiadas ocasiones se tienda a identificar de modo unilateral, por una parte, la aceptación de premisas ónticas que subyacen en todo caso a las conductas humanas y que, por tanto, en ningún caso pueden dejar de tenerse en cuenta por el Derecho y, por otra parte, la

caracterización de las mismas como actuar final, en el sentido de telos. Quiero decir que igualmente puede partirse de la base de que la conducta propiamente humana es -sin llegar a ser finalista en sentido estricto, pre orientada a un fin- sí necesariamente auto determinada -o consciente, si se prefiere- con lo que nos estaríamos moviendo en un ontologismo compatible con concepciones no finalistas de la acción.

JC: En una línea similar estoy yo. Es una argumentación que inició Stratenwerth, quien en su trabajo sobre la naturaleza de las cosas hizo un análisis crítico de las estructuras lógico-objetivas de Welzel (la estructura finalista de la acción, la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, etcétera) y puso de manifiesto cómo todas ellas solo se hacen perceptibles y se destacan como esenciales desde un mismo punto de vista valorativo: la concepción del hombre como persona, como ser responsable. Con lo cual, en cierto modo, las relativizó. Hablando con Bockelmann de esto, me decía que Stratenwerth había sacado de quicio la doctrina de Welzel. De ahí se deducía que el concepto finalista de acción era ontológico sólo hasta cierto punto: si se concibe el hombre como ser responsable, sólo aparecerán como conductas propiamente humanas las finalistas. El planteamiento de Stratenwerth me parece muy lúcido, aunque no comparto algunas de las consecuencias dogmáticas que extrae de ello: por ejemplo que el dolo deba ser necesariamente un elemento del tipo. Yo creo que ese paso no es obligatorio y que es compatible con la concepción del hombre como persona y con la estructura finalista de la acción humana la consideración del dolo como una forma de culpabilidad. De aquellas premisas ontológicas sólo se deduce que el contenido de la voluntad deba ser objeto de valoración jurídica en un momento dado y la opción por el tipo o la culpabilidad responde a consideraciones sistemáticas: punición de la tentativa y otros argumentos conocidos. Yo he estado siempre en esa línea que inicia Stratenwerth y que, en el fondo, es el primer intento de buscar una vía intermedia entre el ontologismo y el normativismo.

JB: Parecería que los planteamientos normativistas o convencionalistas tuvieran como principal adversario el ontologismo finalista, cuando probablemente no tiene por qué ser así: el establecimiento de unas bases no predetermina necesariamente la construcción de todo el Derecho Penal.

Claro, el ontologismo welzeliano estaba muy limitado a algunos puntos muy concretos. Welzel era ontologista, efectivamente, pero sólo hasta cierto punto. Al final de su libro *Derecho Natural y Justicia Material*, después de rechazar todas las concepciones iusnaturalistas, viene a decir que tan sólo quedan ahí, en la zona marginal ontológica, a manera de puntos aislados unas estructuras lógico-objetivas que el legislador tiene que tener en cuenta necesariamente o, si no, su regulación será falsa. Para él quedaba un campo enorme para los planteamientos normativos: lo que jamás dedujo el finalismo de las estructuras lógico-objetivas es si el aborto debía ser o no delito, por ejemplo. Si una conducta debe ser punible o no está al margen de cualquier consideración ontológica, evidentemente, y es algo que debe resolverse conforme a juicios de valor.

JB: Tras su dilatada experiencia académica en circunstancias políticas sucesivas muy diferentes, ¿piensa que debe variar la forma de afrontar la tarea docente e investigadora por parte del penalista científico en una dictadura y en una democracia liberal?

JC: Creo que sí, claro. En un Derecho Penal autoritario como el que tuvimos en España no hace tantos años, la postura del profesor de Derecho Penal tiene que ser inequívocamente crítica. Ahora bien, mi punto de vista es que tampoco ha de llegarse al abuso de convertir las clases de Derecho Penal en ejercicios de activismo político, como sucedía en algunos casos, sobre todo en la época de los últimos años del franquismo. En cambio, es un deber ético inculcar a los alumnos un espíritu crítico y una mentalidad liberal a lo largo de la explicación de la asignatura. Por ejemplo, yo siempre he puesto mucho énfasis, y en aquellos años con mucho mayor interés, en el estudio del pensamiento penal de la Ilustración, con Beccaria y Lardizábal, en quienes están los principios fundamentales del moderno Derecho Penal. Aquello resultaba tremendamente formativo y a los alumnos les abría los ojos. También en la investigación insistía en aspectos como el principio fundamental de respeto a la dignidad de la persona humana al enfocar delitos como los de atentado y resistencia a la autoridad. Creo que, en mayor o menor medida, los penalistas españoles de la generación de los años sesenta cumplimos esta obligación de vincular el Derecho Penal con los principios liberales y democráticos.

JB: Dando un salto hacia delante en el tiempo, no parece que usted pertenezca al grupo de quienes con mayor vehemencia critican el Código

Penal de 1995. De sus escritos se deduce que, junto a sus defectos técnicos, aprecia también mejoras valiosas.

JC: No cabe la menor duda de que, en conjunto, el Código Penal español de 1995 es muy superior al anterior, que estaba lleno de contradicciones internas producto de las reformas operadas desde 1848 y técnicamente estaba muy anticuado en muchos aspectos. Aunque hay aspectos criticables, no he compartido nunca esos juicios extremadamente negativos sobre el nuevo código.

Hay que tener en cuenta que hubo todo un proceso previo que se inició con el Proyecto de 1980 en el que participé muy activamente (los ponentes eran Rodríguez Mourullo y Gimbernat por la Universidad y Díaz Palos y Conde-Pumpido por la judicatura, pero a mí me llamaban, en broma, el quinto ponente por lo en serio que me tomé mi colaboración), luego la Propuesta de Anteproyecto de 1983, el Borrador de Parte General 1990, los Proyectos de 1992 y 1994. Claro que no todo ha salido a gusto de todos y, aunque las generalizaciones siempre son inexactas, puede decirse que, en conjunto, está más trabajada la parte general que la especial. También es cierto que la fase final fue un poco apresurada, pero insisto en que el código actual es superior al derogado.

JB: En los congresos internacionales que se vienen celebrando en España en los últimos años (por ejemplo, el de la UNED de otoño del 2000 que usted mencionó antes), se aprecia una creciente participación de penalistas americanos. También parece que son crecientes las invitaciones a profesores españoles desde el otro lado del Atlántico; usted mismo acaba de regresar de una visita académica de varias semanas a la Argentina. ¿Cómo ve el momento del intercambio científico penal entre la América de habla portuguesa y española y la Península Ibérica?

JC: Me parece fascinante. A mi juicio, está surgiendo un espacio científico común. En aquellos países (lógicamente en unos más que en otros) se está publicando mucho y se está elevando apreciablemente el nivel. Nosotros estamos siguiendo la evolución de lo que se hace en Iberoamérica, leyendo y citando a sus autores, del mismo modo que allí se lee y se cita profusamente la doctrina española, no sólo a los tres o cuatro autores más conocidos, sino a todos en general. De modo que hay un diálogo muy fluido y un intercambio continuo. En este sentido, la Universidad de Salamanca hace una gran labor de continuo intercambio

con juristas iberoamericanos. Yo mismo estoy dirigiendo las tesis de algunos doctorandos argentinos y mexicanos.

También es cierto que la ciencia penal española ha aumentado muchísimo de nivel: aunque la calidad de lo mucho que se publica es desigual, en conjunto hay bastantes cosas muy buenas y muchas cosas bastante buenas. Esto, lógicamente, influye. Por ejemplo, en Brasil, donde la influencia italiana era muy grande, ahora los países de referencia son Alemania y España, según me dicen los propios brasileños. En Perú, pasa algo parecido. Y es algo recíproco: por ejemplo, en el citado congreso de la UNED, invité como conferenciantes a penalistas mexicanos, peruanos, chilenos, brasileños, etcétera. También vinieron masivamente estudiantes iberoamericanos, como algunos que estaban en Salamanca o con Silva en Barcelona. Yo, por mi parte, he estado en México hasta cinco veces, en Venezuela, en Perú, etcétera, y desde luego no soy una excepción.

JB: Quizá la abundante producción jurídico penal española de los últimos años favorezca el riesgo de que no leamos suficientemente a los penalistas iberoamericanos y de que esta corriente de intercambio se convierta en algo demasiado unilateral. Porque, si ya cuesta trabajo estar al día de lo que se publica aquí, más difícil aún es permanecer atento también a lo que se produce en otros países, aunque no exista la barrera del idioma.

JC: Es muy importante que los leamos y los citemos, para evitar a toda costa la situación frustrante que se producía y se produce entre Alemania y España. Los alemanes nos leen poco, nos citan poco. Sólo leen y citan lo que publicamos en alemán, y no todo. En cierto modo, tienen el planteamiento de dejar el campo de los contactos internacionales al Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero. Ya verá usted en el tercer tomo de mi *Parte General* lo que constituye la gran innovación que he introducido: manejo y cito profusamente la doctrina penal iberoamericana y he reducido las referencias a Alemania, donde el nivel ha descendido. Quitando dos o tres grandes figuras, en España hay penalistas tan buenos o mejores que allí.

Por otra parte, es angustioso lo mucho que se publica, tanto en Alemania como en España, de modo que hoy ya no es posible seguir haciendo una especie de tratado de Derecho penal comparado hispano-alemán, como hacía en el tomo segundo de mi "Curso". Algún compañero lo que hace es

prescindir de las aportaciones españolas, pero eso no puede ser. Pienso que el camino adecuado ahora es limitar las citas alemanas a los grandes e indiscutibles, utilizar básicamente la doctrina española e ir abriendo paso a la ciencia penal de Iberoamérica.

JB: Me gustaría preguntarle también por sus discípulos. ¿Considera que su propio pensamiento penal encuentra una cierta continuación en el de sus discípulos?, ¿cree que existe un hilo conductor interno -aunque no siempre aparezca- entre su obra y la de aquellos discípulos que tienen una obra más madura?

JC: Pienso que sí, aunque a veces a primera vista no se aprecie debido a que su interés va por otras vías. Por ejemplo, Díez Ripollés tiene un interés especial por la Política Criminal, pero cuando aborda cuestiones dogmáticas yo advierto una formación básica que está en la línea que yo he procurado transmitirle. Lo mismo se puede decir de Romeo Casabona y su orientación a problemas de Derecho Penal y Medicina, entre otras cuestiones. Yo me reconozco en ellos y pienso que ellos se reconocen en mí de alguna manera, de modo que sí hay un hilo conductor científico, al margen de lo personal, que nos une. Luego, Luis Gracia –por citar sólo los más antiguos y más reconocidos- es un gran dogmático que ha desarrollado sus propios puntos de vista, en ocasiones discrepantes de mis planteamientos o mis conclusiones, pero está en la misma línea básicamente. En el caso de Gracia es curioso que se ha dado en él una vuelta hacia un ontologismo welzeliano puro, abandonando las posiciones más moderadas que yo defiendo.

Eso sí, quiero subrayar que en ningún momento he intentado conseguir una unidad de opiniones ni de criterios dogmáticos, sino que entre nosotros hay una gran tolerancia y respeto por las posiciones discrepantes. Claro está que esta diversidad, así como la variedad de nuestras ideas políticas y el desarrollo de la propia personalidad de cada uno son compatibles con el reconocimiento de un sustrato de conocimientos común.

JB: Usted acaba de terminar –al menos provisionalmente- su Curso de Derecho Penal. ¿Cómo se ha planteado la cuestión del equilibrio entre la profundidad y los matices, por un lado, y, por otro, el que la obra sea digerible para personas cuyos conocimientos de partida son limitados en general y cuyo interés por aprender es, en ocasiones, discutible?

JC: A este respecto, recuerdo una frase de Welzel (la verdad es que yo tuve una relación personal con Welzel bastante estrecha y fluida): ‘en el fondo, nosotros no escribimos los manuales para los estudiantes, sino para los colegas’. Esto era una exageración y, en todo caso, no debería ser así. En mi Curso de Parte General, yo he procurado distinguir entre tres planos: el de los conocimientos más elementales destinado a los alumnos de licenciatura (letra grande), las aclaraciones y comentarios en profundidad destinados a los estudiantes avanzados, doctorandos y colegas (letra pequeña) y el aparato erudito y las referencias (notas al pie). Lo que pasa es que a mí nunca me ha interesado la idea de escribir un manual que se mantuviera sólo en el primer plano, aunque hay compañeros que, muy legítimamente, lo hacen. Intelectualmente no me satisfacen estos manuales. También es cierto que, si uno profundiza mucho, sobre todo en la teoría del delito que ya es muy abstracta, se llega a niveles de abstracción que son poco comprensibles para los alumnos. Es difícil acertar.

JB: Además, es preciso resumir, lo que dificulta también la comprensión.

JC: Claro, porque, si no, la materia es inabarcable. Pero yo he intentado conseguir un equilibrio. Es cierto que mi libro es difícil, pero no creo que lo sea más que otros, como el de Cuello Contreras o el de Diego Luzón. Ciertamente exige al alumno un esfuerzo notable, sobre todo en la teoría del delito (la introducción es más accesible). Hay que ir paso a paso, viendo y leyendo un capítulo tras otro, asimilándolos. No es posible dejar el libro abandonado y, veinte días antes del examen, querer memorizarlo todo.

JB: ¿Cuáles son sus próximos objetivos de investigación, una vez terminado su Curso?

JC: La verdad es que hace poco que lo terminé: acabé en mayo y luego he corregido pruebas. Me he dedicado a escribir una conferencia que he enviado para su publicación en Argentina sobre los delitos de peligro abstracto, un tema muy interesante y de actualidad que he relacionado con la llamada sociedad del riesgo, con la Escuela de Frankfurt y que me ha interesado mucho. También he cumplido algunos otros compromisos, como una semblanza personal de Antón Oneca para un libro en homenaje suyo o una contribución sobre Derecho Penal peruano para un número especial de la Revista Peruana de Ciencias Penales con motivo del décimo aniversario de la entrada en vigor del Código Penal (1991). Por otra parte,

tengo que tener el "Curso" un poco al día, empezando por el tomo primero de introducción, cuya última edición es de 1996, cuando aún no se había aprobado la Ley Penal del Menor ni el estatuto del Tribunal Penal Internacional."