

LA FECUNDIDAD DE LOS AÑOS DE LA “AUTÓNOMA”

SANTIAGO MIR PUIG (1947-2020), IN MEMORIAM

Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez*

Como saben todos los lectores, el pasado 6 de mayo falleció Santiago MIR PUIG. Para una mera necrológica, es tarde.¹ Para el recuerdo emocionado, seguramente no es este el lugar. Una valoración completa de la trascendencia de su obra, que apenas se puede palpar en los dos Libros Homenaje que recibió en vida, requiere tiempo y distancia.² Con todo, sí es posible perfilar aquí — a modo de breve homenaje— una característica que le resalta frente a cualquier otro penalista de nuestra cultura. En efecto, una gran singularidad de la obra de MIR PUIG es que, siendo esencialmente sistemática, su estructura se define con firmeza ya en los últimos años de la veintena y los primeros de la treintena del autor. Así, en el período comprendido entre 1976 y 1982 —sus años en la Universidad Autónoma de Barcelona— quedan fijados los fundamentos de su teoría del Derecho penal. Por tanto, puede afirmarse que las obras determinantes de su trayectoria son la

* Universitat Pompeu Fabra (UPF). Este texto fue escrito como Editorial de la sección de Derecho penal de *InDret* 3/2020.

¹ Se han escrito muchas. Entre ellas, pueden confrontarse los enlaces: https://www.upf.edu/web/dret/noticies//asset_publisher/W8R4C1KECQlt/content/id/234837493/maximized, sobre MIR PUIG y la Universidad Pompeu Fabra; <https://runrun.es/opinion/406693/santiago-mir-puig-en-venezuela-in-memori-am-por-juan-luis-modolell-gonzalez/>, sobre MIR PUIG y Venezuela; <https://aldia.microjuris.com/2020/05/07/in-memori-am-santiago-mir-puig/>, sobre MIR PUIG y Puerto Rico.

² LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010; SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (eds.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Madrid, Edisofer, 2017. También el homenaje en alemán: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 12/2017. *Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag*.

Introducción a las bases (1976)³ y las dos ediciones (1979, 1982) de la *Función de la pena y teoría del delito*.⁴

Ciertamente, la *Introducción*, pese a estar condicionada por la estructura propia del primer ejercicio de las tradicionales “oposiciones a cátedra” —concepto, método y fuentes de la disciplina—, no era nada convencional. Desde sus primeras páginas⁵, proponía la liberación de la dogmática de la actitud positivista por dos vías: por un lado, mediante la introducción de consideraciones valorativas (“políticas”, decía);⁶ por otro lado, mediante la orientación a la realidad del caso.⁷ No es difícil advertir aquí la influencia de Claus ROXIN, un autor de cabecera para MIR PUIG. Sin embargo, lo cierto es que una de las influencias fundamentales en la *Introducción* fue la de un libro de Rolf Peter CALLIESS (1935-2018).⁸ Esta obra, no especialmente relevante en la discusión alemana, se convirtió, mediante su recepción por MIR PUIG, en un libro famoso en España, hasta el punto de ser conocido —al menos de oídas— para todos los penalistas españoles de los años ochenta en adelante. CALLIESS proponía la reconstrucción de la teoría del Derecho penal con base en dos criterios fundamentales: por un lado, la función social comunicativa de las normas penales; por otro lado, la orientación al marco político-constitucional. En cuanto a lo primero, se podía advertir en él la acogida del funcionalismo propio de la teoría de los sistemas sociales, aunque en una variante dialógica.⁹ Esta respondía a la influencia intelectual tanto de Talcott PARSONS y de LUHMANN, como de HABERMAS. Sin embargo, pese a la simpatía con la que valoraba esta concepción de las normas,¹⁰ lo cierto es que MIR PUIG no la desarrolló. En cambio, la orientación a la Constitución que proponía

³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1.ª ed., Barcelona, Bosch, 1976.

⁴ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1ª ed., 1979, 2ª ed., 1982. A lo que cabría añadir las Adiciones de Derecho español a la traducción del Tratado de JESCHECK (1981), que se convirtieron en el embrión de su manual.

⁵ MIR PUIG, *supra* nota 3, pp. 8, 82-88.

⁶ MIR PUIG, *supra* nota 3, pp. 288-293, 303. Aludía a que “proclamar una metodología políticamente ‘comprometida’ constituye una exigencia del actual momento cultural” (p. 301). En concreto, a la idea de Estado democrático, que es garantía no solo de la libertad formal y de la fraternidad de los ciudadanos, sino de su “efectiva —concreta— igualdad” (p. 302).

⁷ MIR PUIG, *supra* nota 3, pp. 281 y ss.

⁸ CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Fischer, Frankfurt, 1974.

⁹ En 2005 apareció, con ocasión de sus setenta años, una recopilación de trabajos de CALLIESS precisamente bajo este título: CALLIESS, *Dialogisches Recht. Beiträge zur Rechtslehre und zu den Grundlagen des Strafrechts im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

¹⁰ MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 30.

CALLIESS, aunque enfocada en términos algo distintos,¹¹ se convirtió en el signo de distinción de toda la obra de MIR PUIG.¹² La adopción del método de una dogmática creadora tomaba así, como referencia fundamental, las que a su juicio eran las valoraciones básicas derivadas de la noción de Estado social y democrático de Derecho. Esta noción había sido acogida en la Constitución española de 1978 siguiendo el modelo alemán.

Para la visión del Derecho penal de MIR PUIG era decisiva la concepción imperativa de la norma.¹³ Sin embargo, ello no se debía a razones de ontología de las normas ni de la acción, sino decididamente funcionales. En efecto, MIR PUIG vinculaba la concepción imperativa con la función de motivación de las normas —y también de las conminaciones penales abstractas—. Por eso, y pese a que en sus reflexiones siempre estuvo presente Armin KAUFMANN,¹⁴ desde 1976 se advertía en él asimismo la influencia de Enrique GIMBERNAT ORDEIG.¹⁵ En todo caso, la consecuencia dogmática de ese enfoque era inicialmente la inclusión en el centro del injusto del “momento subjetivo de desobediencia, el dolo”, como “voluntad negadora de la prohibición o mandato”.¹⁶ Esta línea la desarrolló en *Función de la pena y teoría del delito* y, todavía más, en su trabajo sobre la perspectiva *ex ante* en la teoría del delito.¹⁷

En este punto, sin embargo, hubo siempre un “pero”. Poco a poco, fue pensando que una concepción del sistema que se centrara en la infracción de la norma de conducta era autoritaria. Además, tenía el inconveniente de que aparentemente dejaba fuera de la antijuridicidad la producción del resultado. Si se examinan las dos ediciones de *Función de la pena y teoría del delito* se puede advertir la incomodidad que generan en MIR PUIG las críticas a la minusvaloración del resultado y la asociación de su planteamiento a las tesis de ZIELINSKI en Alemania. Esa preocupación le acompañó durante años. Una segunda incomodidad derivaba de que el sujeto activo solo puede infringir la norma si conoce que está actuando contra los bienes jurídicos. Esto significa que el conocimiento de la antijuridicidad tiene que ser requisito de la antinormatividad. Pero entonces está

¹¹ Para CALLIESS, en una línea crítica bastante en boga en los años setenta, la pena solo podía ser aseguramiento y resocialización participativa (dialógica). MIR PUIG compartía el alejamiento de la retribución, pero en su planteamiento lo decisivo era la prevención general negativa.

¹² MIR PUIG, “Rechtsgüterschutz durch dialogisches Strafrecht”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 667 y ss.

¹³ MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 56.

¹⁴ MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 58, nota 87.

¹⁵ MIR PUIG, *supra* nota 3, pp. 57-58, 106-107.

¹⁶ MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 58. Compárese esto con las páginas 44-45 de la primera edición de *Función de la pena*: lo prohibido sería una conducta que pueda “modificar las expectativas sociales”.

¹⁷ MIR PUIG, “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, en *ADP/CP*, 1983, pp. 5 y ss.

claro que no cabe identificar antijuridicidad y antinormatividad. A mediados de los noventa, creyó haber resuelto ambos dilemas. Para ello era necesario articular dos conceptos que se entrecruzaban parcialmente. Por un lado, un concepto objetivo-subjetivo de antijuridicidad, que constituiría la columna (des-)valorativa del delito, incluyendo tanto el desvalor del resultado como el de la conducta. Por otro lado, un concepto de antinormatividad entendida como infracción, que necesariamente tenía que comprender el conocimiento de la antijuridicidad. Esta sería condición de la denominada imputación personal.¹⁸

En cuanto al objeto de protección del Derecho penal, MIR PUIG partía ciertamente de Roxin, pero se alejaba de este para incorporar los desarrollos funcionalistas de CALLIESS. Afirmaba que el Derecho penal solo podía utilizarse “respecto de hechos disfuncionales para los sistemas sociales”.¹⁹ Pero “si el Derecho ha de proteger los sistemas sociales, es solo en cuanto ello supone la defensa del individuo”. El peligro de la idea de la “disfuncionalidad” es que se tomen en cuenta solo “las necesidades del conjunto social, descuidándose las del individuo”.²⁰ Al tiempo, acogía también el concepto de bien jurídico de CALLIESS: posibilidad concreta y voluntaria de participación en los sistemas sociales. Este concepto no lo abandonó nunca, como tampoco lo hizo con la función de motivación de las normas. Esta última la vinculaba con su justificación del Derecho penal sobre la base de la protección de bienes jurídicos mediante la coacción psicológica.

En efecto, pese a los matices que fue introduciendo con el paso de los años,²¹ MIR PUIG se mantuvo en una fundamentación del Derecho penal sobre la prevención general negativa. Como FEUERBACH y GIMBERNAT ORDEIG, él era determinista, aunque esto no le condujo a desechar la propia noción de responsabilidad. Sí rechazaba, por entender que era moralizante, el término “culpabilidad” y hablaba de imputación personal, cuyo contenido vinculaba a la idea de igualdad. En 1976 le había dado un fuerte contenido socio-político a esa idea. Así, mantenía que la “realidad del hombre concretamente condicionado por sus circunstancias económico-sociales” conduce a que “la concreta culpabilidad dependa también de estas circunstancias sociales, que pueden llegar a excluirla

¹⁸ MIR PUIG, “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, en *ADPCP*, 1994, pp. 5 y ss.; MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Dr. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 73 y ss.; MIR PUIG, “Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1307 y ss.

¹⁹ MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 136

²⁰ MIR PUIG, *supra* nota 3 p. 138.

²¹ MIR PUIG, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en *ADPCP*, 1986, pp. 48 y ss.

y a menudo la han de modificar”.²² Ello lo reiteraba, con más suavidad, en 1982. Pero finalmente no lo desarrolló. En todo caso, la idea de culpabilidad la concibió desde esos primeros años como un límite a la prevención. Ello le distanciaba del ROXIN de los años setenta —no tanto del ROXIN posterior— y, desde luego, de GIMBERNAT ORDEIG.²³ Con esa pretensión limitadora, adoptó la noción de motivación normal, presente ya en VON LISZT, como base de la culpabilidad.

Finalmente, el sistema se cerraba, también por influencia de ROXIN y CALLIESS, que lo derivaba de la noción de Estado democrático, con la configuración resocializadora de la ejecución de la pena. En todo caso, su idea era que la ejecución estuviera presidida por una concepción dialógica, esto es, participativa y no autoritaria.²⁴

Para acabar de situar al MIR PUIG de 1982 sería necesario dar mayor extensión a estas páginas. Cabe discutir, en concreto, qué clase de normativista era MIR PUIG,²⁵ porque *volens nolens* lo era. Mi opinión es que era un normativista individualista y que lo que rechazaba era un normativismo social o jurídico construido sobre la base del funcionalismo holista. Asimismo, hay que discutir sobre qué teoría de la interpretación de las leyes sostenía, porque en 1976 se había adherido a las tesis de la *Juristische Methodik* de Friedrich MÜLLER,²⁶ aunque luego no le dio más vueltas a esa doctrina.

Conocí a Santiago MIR PUIG en octubre de 1977. No compartía muchos aspectos de su *Weltanschauung*, cosa que a ninguno de los dos nos importó nunca. En junio de 1981, le confirmé que quería ser penalista académico bajo su dirección. Si se tiene en cuenta lo que pude oír y leer en esos años, creo que es fácil entender por qué. Muchas gracias y hasta siempre, querido Santiago.

²² MIR PUIG, supra nota 3, p. 316.

²³ MIR PUIG, supra nota 3, pp. 67, 97, 100, 124 y ss.

²⁴ MIR PUIG, supra nota 3, pp. 109, 164-165.

²⁵ MIR PUIG, “Límites al normativismo en Derecho penal”, en Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 665 y ss.

²⁶ MIR PUIG, supra nota 3, pp. 333 y ss.

JULIO MAIER, IN MEMORIAM

Prof. Dr. Gabriel PÉREZ BARBERÁ*

El lunes 13 de julio, ya en horas de la noche, recibo en el teléfono celular un llamado directo de Eugenio Sarrabayrouse. Somos amigos íntimos, pero nunca nos comunicamos así, sin previo aviso, y menos tan tarde en la noche. Antes de responder lo pensé: pasó algo; y lo pensé más directamente: falleció Julio. Tuve ese golpe de angustia en el pecho ya segundos antes de escuchar la noticia. Sabíamos *en abstracto* que en cualquier momento podía pasar: Julio cargaba con problemas serios de salud. Pero por alguna razón tendemos a pensar que nuestros seres queridos son, incluso físicamente, eternos, inmortales. No hay lógica retrospectiva, entonces, que ayude a mitigar el dolor que produce la noticia consumada. Con Julio, con María Inés, su esposa, durante exactamente treinta años fuimos, antes que nada, amigos, en el sentido fuerte y profundo que él daba a ese vocablo y al sentimiento que involucra. Por eso tanta tristeza hoy, tanta sensación de vacío.

A Eugenio, a Daniel Pastor y a mí, además, se nos suma una desazón adicional: la de no haber podido terminar el tomo IV del Tratado de Julio antes de que falleciera. Nos había encomendado a los tres esa tarea hacía ya un par de años, pero Daniel y yo no llegamos a finalizar nuestras partes (Eugenio sí). A la vez tuvimos la satisfacción de haberle enviado, la semana previa a que muriera, nuestros capítulos ya muy avanzados, casi terminados. Pero no *terminados*. Julio los recibió y estaba contento. Había leído ya todo lo de Eugenio y lo que habíamos alcanzado a entregarle Daniel y yo hacía unos meses y se había entusiasmado. Pero no pudo ver las versiones finales. Unos días después de su fallecimiento nos reunimos por videollamada los tres y acordamos en que el mejor homenaje que podíamos hacerle a quien tanto nos enseñó era terminar y publicar el tomo IV. En eso estamos.

No es necesario explayarse demasiado respecto de lo que significó Julio Maier tanto para la academia como para la reforma del sistema de administración de justicia penal en Argentina y en Latinoamérica: todos lo saben. No obstante, quizá para los más jóvenes sea oportuno comentar que

* Profesor titular (catedrático) por concurso de Derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor de Derecho penal profundizado en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Contacto: gperezbarbera@gmail.com.

Julio, en su momento, elevó los estándares de excelencia académica a niveles no conocidos con anterioridad. A todos los que se acercaron a él les puso una vara muy elevada de exigencia que redundó en una segunda “época dorada” para el derecho procesal penal en Argentina, digamos desde finales de 1980 hasta poco antes de finalizada la primera década del nuevo milenio (la primera se había dado en Córdoba en tiempos de Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo, precisamente con quienes Julio se había formado mientras era estudiante; a la tercera la está construyendo Daniel Pastor). Sus resultados de muy alta calidad científica pueden rastrearse en el ya casi inabarcable aluvión bibliográfico de esos tiempos, tanto en revistas como en monografías. Editores del Puerto (que publicó “Nueva Doctrina Penal”), bajo el cuidado de Alberto Bovino, y Ad-Hoc (que publicó “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”), bajo el cuidado de Rubén Villela, lideraron aquellas ediciones.

Por supuesto que, vistas desde hoy, algunas de las exigencias que nos impuso Julio no parecen ya necesarias, y hasta pudieron haber sido un tanto contraproducentes porque, seguramente, inhibieron a personas valiosas. Esto de tener que aprender alemán (sí o sí), de tener que ir a Alemania (sí o sí), de escribir tesis doctorales muy extensas que dieran cuenta exhaustiva del estado de la discusión en lugar de concentrarse en resolver un problema, etc. De hecho, creo que, en nuestro ámbito, Daniel Pastor, Eugenio Sarrabayrouse y yo, entre otros, representamos algo así como el último eslabón de una forma de hacer academia en Argentina —la que Julio nos enseñó— que ya no es la que recomendamos a quienes tenemos el gusto de dirigir sus tesis doctorales. Hoy les exigimos, por supuesto, que obtengan una beca doctoral para una estadía prolongada de investigación en el extranjero, pero les sugerimos que no descuiden ni el aporte alemán ni el anglosajón; y les pedimos que se concentren en desarrollar *un* argumento para resolver *un* problema acotado, no en describir una categoría general ni en exponer una inabordable evolución histórica. En suma: ¡todo lo contrario a lo que hicimos nosotros!

Lo cierto, con todo, es que en la época en la que Julio exigía todo aquello ese era el (buen) estándar de los tiempos: hacer lo que, en Alemania, se conoce como “tesis de habilitación”, que es un trabajo posterior a la tesis doctoral, siempre más complejo y extenso, para acceder a una plaza de profesor *full time* en la universidad. Y esto es lo que, a mi juicio, caracterizó a Julio en su largo período de máxima y mejor productividad: estar siempre a la altura de los tiempos; saber distinguir con velocidad hacia dónde “iban las cosas” y anticiparse o sumarse en el momento oportuno a discusiones que después marcarían a una generación entera. Pero lo que lo distinguía era su capacidad científica para abordar esos temas con una profundidad y un conocimiento bibliográfico

muy difíciles de conseguir: Julio, en esa larga etapa, supo estar siempre al día, pero sin ser jamás superficial.

Por eso creo que honrar su legado científico exige, entre tantas otras cosas, que sepamos estar a la altura de *estos* tiempos, en los que él ya no escribía académicamente y en los que, desde hace tan poco, él ya no está. Es lo que le habría gustado y, de hecho, lo que nos pedía en sus últimos años, en particular cuando conversábamos acerca de las características que debía tener su “tomo IV”. Nos insistía: “el libro, ahora, es de ustedes, escriban lo que ustedes piensen, no lo que crean que yo podría pensar; no titubeen en contradecirme en todo lo que les parezca que esté mal de mi obra anterior; no duden en abandonar puntos de vista que ya no les parezcan acertados”. Casi textual, diría. Ese era Julio.

Intento “hacerle caso” en estos días, mientras con dificultad trato de no pensar demasiado en sus ojos brillando finitos cuando algo, cerveza de por medio, *realmente* lo entusiasmaba. Así se ponen mis ojos también por alguna lágrima a punto de escaparse mientras lo recuerdo, mientras escribo esto, por ejemplo.