

## DISCURSO DE SANTIAGO MIR PUIG

Magnífico y Excmo. Sr. Rector...

La contestación a la *laudatio* de mi estimado mentor en este agradable trance, el Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña, no puede sino empezar expresándole mi más profundo agradecimiento. Desde luego por haber hecho posible que, en esta sede histórica verdaderamente incomparable de la Universidad de Alcalá, reciba mi modesta persona el grandísimo honor de la investidura de doctor *honoris causa*: como profesor que he dedicado toda una vida a la universidad, siento, muy sinceramente, que ésta es la mejor recompensa que podía recibir. Lo digo de corazón: no necesito ninguna otra. Pero también quiero dejar pública constancia de la gratitud que siento por haber podido contar con la amistad del Prof. Luzón desde los inicios de mi andadura universitaria. Desde que tuve la fortuna de conocerlo en aquella vieja casa del Max-Planck-Institut de Derecho Penal de Friburgo de Brisgovia, me di perfecta cuenta de su inusual calidad intelectual y moral. Aunque haya sido a distancia (y no me refiero a la distancia que nunca debiera existir entre Madrid y Barcelona), nuestra relación nunca se ha interrumpido ni enfriado.

Uno de los muchos frutos de esta relación fue la organización conjunta de varios Seminarios Hispano-Alemanes de Derecho penal, unas veces celebrados en esta Universidad y otras en la Universidad de Barcelona. Ello me vinculó especialmente a esta Universidad, y ayudó también a estrechar los lazos científicos y personales entre la importante Escuela del Prof. Luzón y mi grupo de discípulos de Barcelona. Estos Seminarios permitieron también reunir amigos alemanes comunes y ampliar su número. Con algunos compartimos una Acción Integrada entre las Universidades de Alcalá, Barcelona, Pompeu Fabra, Múnich y Augsburgo. A todos ellos quiero agradecer su enriquecedora colaboración.

Pero así mismo quiero dedicar un apartado especial en este capítulo de agradecimientos a mis queridos discípulos, por todo lo que me han aportado, en lo científico y en lo humano. Guardo en mi memoria innumerables recuerdos intensos con cada uno de ellos.

Y claro está que agradezco sinceramente su asistencia a todos los presentes, con todos los cuales me unen historias particulares. Asimismo agradezco a muchos otros que me hayan hecho llegar su pesar por no poder asistir a este acto por motivos diversos, especialmente el tardío cambio de fecha de esta investidura.

Finalmente, quedo para siempre en deuda con la Universidad de Alcalá, y con la persona de su Magnífico y Excmo. Rector, por haberme acogido en su claustro de doctores por esta vía excepcional.

.....

Sin embargo, el deber de gratitud no me exime de sentirme, como todo doctorando, en la obligación de dar cuenta, siquiera somera y fragmentaria, de mi labor investigadora, aunque en este caso no se reduzca a una tesis doctoral, sino que se extienda a una obra elaborada a lo largo de casi cuarenta años, de la cual

sólo es posible subrayar algún rasgo muy fundamental que tal vez pueda contribuir a explicarla.

Todos somos frutos de nuestro tiempo, y especialmente del tiempo en que se fraguan nuestros orígenes. Mis orígenes universitarios se remontan a aquellos años ya lejanos, en torno a 1970, en los que el franquismo llegaba a sus últimos estertores y ya no era acallable el clamor que reclamaba la superación de aquella larga dictadura. A este contexto interno de España se unía el ambiente internacional de revuelta de la juventud propiciado por la oposición a la guerra del Vietnam y que en Europa culminó en el mayo francés de 1968. Todo ello agudizó la sensibilidad política de mi generación, particularmente en la Universidad. Tal “politización” –que por cierto contrasta con la creciente desconfianza actual frente a lo político– no podía dejar de influir en mi modo de ver el Derecho penal, sobre todo cuando me vi obligado a reflexionar sobre los fundamentos de esta rama del Derecho al tener que elaborar la entonces llamada “Memoria de cátedra” sobre el concepto y método de la disciplina, en la que consistía el 2º ejercicio de las oposiciones correspondientes. En dicha “Memoria”, que escribí en 1975 y se publicó en 1976 bajo el título “Introducción a las bases del Derecho penal”, analicé la evolución histórica de la ciencia jurídico-penal desde que la Ilustración del siglo XVIII sentó las bases del Derecho penal contemporáneo. Y en esa evolución advertí no sólo factores *científicos*, sino también factores *políticos*.

Los factores *científicos* de la construcción histórica de la dogmática jurídico-penal, especialmente por lo que se refiere a la teoría del delito, habían llamado mi atención desde los primeros momentos en que, como alumno de la licenciatura de Derecho, me encontré con la asignatura de Derecho penal. Seguramente ello tuvo que ver con mi predilección por la Filosofía, habida cuenta de la estrecha vinculación de las distintas fases de desarrollo de la teoría del delito con corrientes filosóficas dominantes en cada época, como el racionalismo ilustrado, el hegelianismo, el positivismo, el neokantismo, la fenomenología y la hermenéutica. Esa predilección por los elementos más teóricos de la dogmática jurídico-penal se ha mantenido en mí constante a lo largo de toda mi obra.

Pero ya he dicho que las circunstancias políticas de la España de los años 70 facilitaron una perspectiva, un punto de vista desde el cual advertí que en la evolución de la ciencia del Derecho penal habían influido poderosamente las distintas concepciones políticas de los dos últimos siglos. El liberalismo, el marxismo y el fascismo, que habían llevado del Estado liberal no intervencionista al Estado totalitario, y a la síntesis superadora de ambos extremos representada por el Estado social y democrático de Derecho, habían condicionado decisivamente las distintas construcciones teóricas de la ciencia penal a lo largo de los siglos XIX y XX. Cuando escribí mi “Memoria”, en 1975, Franco todavía vivía, y en su último septiembre, el de aquel año, hizo ejecutar cinco penas de muerte. Sin embargo, en la Universidad de aquellos días ya se había rechazado definitivamente el modelo fascista del Estado de Franco, y tampoco se aceptaba ya la versión autoritaria atenuada en que se había ido convirtiendo. Se había impuesto la aspiración a un sistema político democrático. Desde esta perspectiva, el modelo del Estado social y democrático de Derecho que se había proclamado en la Constitución alemana, como superación del Estado nacionalsocialista, apareció ante mis ojos como un modelo político válido también para superar el Estado franquista. Aunque, como he

dicho, el régimen de Franco seguía en pie cuando redacté mi “Memoria”, en ella ya articulé una reconstrucción teórica del Derecho penal basada en las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho que se había impuesto en la Europa democrática. Por fortuna, cuando mi libro vio la luz, en 1976, muerto ya el dictador, la transición hacia la democracia era imparable. Y a los dos años se aprobó una Constitución democrática, la actual, que empezaba por declarar que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

Entonces encontré una base jurídico-positiva sólida para extender la fundamentación del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho al núcleo dogmático más duro de la dogmática jurídico-penal: la teoría del delito. Esta fue la propuesta que esboqué en mi librito “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”, cuya primera edición apareció en 1979. Con ello senté las bases de un programa de investigación que fui desarrollando en trabajos posteriores y que sirvió de espina dorsal de mi Manual. Quiero pensar que lo fundamental en todo este programa de investigación ha sido la voluntad por encontrar las formulaciones teóricas más adecuadas a los principios políticos del Derecho penal. Ello me llevó a una relectura de las categorías centrales de la teoría del delito –la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad– a la luz de la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. Ahora no es posible detallar los resultados de este enfoque, pero sí querría recordar sus consecuencias más fundamentales.

El punto de partida fue la constatación de que el Estado social y democrático de Derecho representó la voluntad de conciliar los dos modelos históricos anteriores, el Estado liberal y el Estado social, en una síntesis que mantuviese lo mejor de ambos: por una parte, la limitación del poder estatal en términos democráticos y, por otra parte, la asunción de cometidos sociales. En Derecho penal ello ha de significar el mantenimiento de las garantías liberales, pero también que el Estado debe abordar con cierta eficacia el problema social de la delincuencia. La conciliación de ambas funciones antitéticas puede sintetizarse en dos palabras: *prevención limitada*. Prevención significa intervención eficaz en la evitación de delitos, pero dicha eficacia ha de encontrar los límites a los que está sujeto un Estado democrático de Derecho.

En un primer momento, este punto de partida me llevó a ver en la norma primaria, que prohíbe el delito, el instrumento jurídico a través del cual la prevención aparece en forma de diálogo con el ciudadano, que lo respeta como el interlocutor válido en un Estado democrático. Ya Feuerbach puso de manifiesto que en un Estado de Derecho la ley ha de informar al ciudadano de qué hechos pueden ser delitos y de qué penas pueden corresponderles. Pero desde Binding sabemos que no es la ley penal, sino la norma prohibitiva que aquélla presupone, la que dirige su mensaje prescriptivo al ciudadano. Armin Kaufmann relacionó la teoría de las normas de Binding con la concepción finalista de la acción, poniendo de relieve que las normas sólo pueden prohibir acciones voluntarias. Ésta me pareció que ofrecía una vía para concebir el delito como infracción de una norma que persigue la prevención a través del diálogo con el ciudadano. Ello conducía a ver el momento decisivo de la infracción de la norma en el momento *ex ante* en que el sujeto decide oponerse a la prohibición de la norma realizando una conducta a conciencia de su capacidad lesiva, y no en el momento *ex post* del resultado producido.

Siempre fui consciente de que era necesario añadir a la idea de infracción de la norma la de ataque a un bien jurídico-penal. En un Estado democrático las normas no pueden prohibir cualquier conducta, sino sólo las que puedan lesionar bienes jurídico-penales. El Estado democrático tiene que poner la prevención de delitos al servicio de la protección de intereses fundamentales de los ciudadanos, y los bienes jurídico-penales han de concebirse como expresión de tales intereses. Por ello, ya en mi "Introducción a las bases del Derecho penal" incluí el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* como uno de los límites del Derecho penal que debe respetar un Estado democrático. Más adelante concreté el concepto de bien jurídico que importa al Derecho penal como bien jurídico-*penal*, y distinguí el sentido político-criminal (o *de lege ferenda*) y el sentido dogmático (o *de lege lata*) de dicho concepto. Y, aunque vi en el delito la infracción de una norma por una conducta y no por un resultado lesivo, exigí que dicha conducta apareciese objetivamente, esto es, para el ciudadano medio, como excesivamente peligrosa para algún bien jurídico-penal.

Sin embargo, en esta concepción del delito como conducta infractora de una norma prohibitiva no podía explicarse la exigencia de un *efectivo resultado* de lesión para un bien jurídico-penal como parte fundamental del injusto del hecho, aunque fundamenté especialmente la relevancia del resultado lesivo en razones de Política criminal vinculadas en buena parte a la exigencia de seguridad jurídica. Para conceder al *principio de lesividad* el lugar fundamental que le corresponde en un Derecho penal protector de bienes jurídico-penales tuve que cambiar de punto de partida en el sistema de la teoría del delito. En lugar de partir, como había impuesto ampliamente el finalismo, de la idea de infracción de una norma prohibitiva, había que partir de la idea de lesión de un bien jurídico-penal. En efecto, en una segunda fase de mi pensamiento, que inicié en 1993 y culminé en 1996, en la 4ª edición de mi Manual, pasé a concebir el injusto penal ante todo como efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, esto es, como resultado *ex post*. Pero ello me obligó a cambiar el concepto de antijuridicidad. En lugar de entenderla como infracción de una norma prohibitiva, tuve que pasar a concebirla como contrariedad a los intereses del Derecho, expresados en Derecho penal en la valoración positiva de los bienes jurídico-penales lesionados. Tal valoración es un presupuesto de las normas prohibitivas, pero a mi juicio no constituye por sí misma una verdadera norma, aunque sí puede considerarse parte integrante del Derecho, si se admite la tesis cada vez más extendida, de que el Derecho se compone no sólo de normas en sentido estricto, esto es, de reglas, sino también de valores y principios. La infracción de la norma prohibitiva pasó en mi nuevo planteamiento a un segundo lugar: a condición de imputación de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal. De fundamento del injusto, pasé a contemplarla como *límite* de su imputación penal.

Este cambio de perspectiva tiene una clara voluntad política: subrayar que la sustancia del delito no es la oposición al poder del Estado, sino el ataque a intereses de los ciudadanos. En efecto, las normas imperativas son manifestaciones del poder que restringen la libertad, mientras que los bienes jurídicos, tal como los entiendo, han de consistir en intereses directos o indirectos de los ciudadanos. Esta es una de las razones centrales de mi rechazo del funcionalismo normativista radical de Jakobs, que, como Luhmann, excluye a los

individuos humanos del sistema social, y que asigna al Derecho penal la única función de protección de normas, a las cuales considera un bien en sí mismo. Por el contrario, en cuanto restringen la libertad, yo veo a las normas prohibitivas o preceptivas como un mal menor que ha de estar justificado por la necesidad de proteger intereses de los ciudadanos. En uno de mis trabajos recientes he tratado de defender y fundamentar que no todo en el Derecho es disponible normativamente, sino que depende de realidades preexistentes, y que en un Estado democrático el Derecho no es un fin en sí mismo, sino que ha de estar al servicio de necesidades reales de los seres humanos.

No puedo prolongar más esta intervención, como sería necesario para justificar debidamente las tesis que he resumido. Pero mi propósito no era aprovechar la ocasión para defender mi visión del Derecho penal. He pretendido únicamente subrayar que mi planteamiento tiene su origen en el contexto político que dio lugar a la transición a la democracia, y que mi objetivo primordial ha sido desde entonces reconstruir las categorías dogmáticas fundamentales de la teoría jurídico-penal para que sirvan de la mejor manera posible a los principios del Estado social y democrático de Derecho.

Muchas gracias.