

Entrevista al profesor Enrique Gimbernat Ordeig¹

FERNANDO M. MACHADO PELLONI

En el ocaso del mes de mayo, tuvimos la ocasión de conversar con el Prof. Dr. Dr. h. c. Enrique Gimbernat Ordeig, que nos recibió en su casa, sita en un pintoresco y tranquilo barrio de Madrid, muy “merengue” por su proximidad al estadio Santiago Bernabeu. Sin perjuicio de habernos puesto de acuerdo para tal encuentro, se adelanta y se agradece que nuestro entrevistado postergara un compromiso en la ciudad de Munich, Alemania, surgido con posterioridad, por causa de la programación de la reunión.

Fernando Machado Pelloni (FMP): En primer lugar quiero agradecerle la distinción por recibirnos y prestarse a este diálogo, en el que he pensado como interés para la Academia, para los que hacemos de profesores pero principalmente para los estudiantes. No son demasiados pero los interrogantes intuitivamente me resultan actualmente importantes. La primera pregunta muy general, para mí muy difícil de responder, es: ¿Usted podría hacer un balance de los rasgos característicos de nuestro Derecho Penal contemporáneo? ¿Qué es lo mejor y lo peor de él?

Prof. Dr. Dr. h. c. múlt. Enrique Gimbernat Ordeig (EGO): Pues yo creo que de lo mejor ya no queda casi nada, considero que todo está peor, y desde hace tiempo se agrava todavía más. Podría distinguirse que hasta los años setenta, sobre todo a partir de esta década, en Europa da comienzo un ciclo y un proceso liberalizador, por el que desaparecen gran parte de los delitos sexuales, se tiene en cuenta que las penas privativas de libertad son penas que podríamos definir como aniquiladoras, se persigue suprimir aquellas de corta duración y, en su lugar, sustituirlas por otro tipo de

¹ Catedrático Emérito de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad de Hamburgo, Alemania. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Munich, Alemania, entre muchas más distinciones.

sanciones que no sean restrictivas de la libertad, como los días multas, que al imponerse de acuerdo con la capacidad patrimonial del condenado son efectivas, porque a quien tiene menos se le hacía pagar menos y al que tiene más se le hacía pagar más. Sin embargo, ya a partir del año ochenta, y en el año noventa, se inicia una tendencia que es completamente opuesta, que consiste en el resurgimiento de penas y sanciones cada vez más y más importantes que amplían el Derecho Penal; en gran parte, por los grupos que Jesús Silva llama “*Los gestores de la moral social*” (dentro de los “*atypische Moralunternehmer*”),² así como las feministas durante mucho tiempo, y con mucha razón pues habían tratado de suprimir muchos delitos sexuales al punto de conseguirlo y por lo cual se convirtieron en propulsoras de un movimiento liberal, ahora de pronto resultan totalmente lo contrario, y así tenemos estos grupos ecologistas, pacifistas, o las propias y mencionadas feministas, que tratan que cualquier infracción que vaya en contra de sus ideas o principios sea llevada al campo del Derecho Penal, con lo cual se lo amplía enorme y desproporcionalmente.³

Por otra parte, las penas son cada vez de mayor importancia, de enorme trascendencia. Aquí en España, hasta los años ochenta, la privación de libertad máxima por prisión efectiva era de quince años mientras que ahora es de cuarenta; es una diferencia muy, demasiado sustancial, y por otra parte como los profesores de Derecho Penal tienen una tendencia que no está muy de acuerdo con lo que piensan los políticos, son marginados de las reformas penales; las transformaciones penales las hacen solamente los segundos, no solamente aquí en España, en Alemania, y en otros sitios donde ya no se quiere saber nada de los primeros, y como las estructuras partidarias descubren que el Derecho Penal les da muchos votos, que cuanto más estricto este último sea, más votos se consiguen, y además, los que están en la oposición, tampoco se van a oponer porque entonces ante la ciudadanía quedarían como unos blandos; nos encontramos con una tendencia que se va asentando, y es que como cada vez

² Se hace mención a SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, p. 67.

³ Vale tener presentes las consideraciones del Prof. Gimbernat respecto de los ocho proyectos sobre “femicidio” que transitan por el Honorable Congreso de la Nación, que no escapan a ellas. Véase “La protección penal de la mujer” en su *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 41 y ss.

hay más delitos, que ante nuevas oportunidades desembocan en sanciones superiores a las anteriores, a lo que se le ha de agregar el fenómeno del terrorismo, del tráfico de drogas y de la delincuencia organizada, todo esto lleva también a que en el campo del Derecho Procesal se van suprimiendo muchas de las garantías del Estado de derecho que hasta ahora no se daban –o no así–, hasta el punto de que el ejemplo sería Guantánamo, donde realmente se vuelve a un Derecho Penal muy anterior a Beccaria, con una expresión en la que el sujeto no sabe por qué está en la cárcel, con la tortura, etc. O sea, para sintetizar, y en modo retornar al comienzo, como dije, yo creo que el momento es muy malo, y que posiblemente pues, como en la economía, lo que viene será todavía peor.

FMP: La otra inquietud, en realidad, es una derivación necesaria de la anterior pero me parecía a mí importante destacarla en forma autónoma, además quizás gira la perspectiva sobre la respuesta. Tiene que ver con la relación de los derechos humanos o los derechos fundamentales, para decirlo más normativamente, en clave con la superación del pasado. La pregunta sería: ¿Cuál es el límite del Derecho Penal, su frontera en lo que tiene que ver con la protección de los derechos humanos, de los derechos fundamentales? Más ampliamente, digamos, ¿hasta dónde puede llegar el compromiso del Derecho Penal en la protección de los derechos humanos?

EGO: Ahí yo creo que con la Corte Penal Internacional se ha hecho un gran progreso porque esas objeciones que se hicieron contra Núremberg, que realmente estaban aplicando retroactivamente unos delitos que en el momento de la comisión no existían, se han superado con el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El gran problema de este Tribunal permanente es que los países que tienen más capacidad de violar los derechos humanos, como son Estados Unidos, la Federación Rusa o China, pues, no lo han firmado, con lo cual queda un resto para los países que tienen poca entidad, y a esos sí que se les juzga.

La Corte Penal Internacional me parece, esto sin duda alguna, un gran progreso porque claro, hay que reconocer que hasta hace muy poco a los dictadores no les pasaba nada. En ese sentido, Garzón, que tiene sus virtudes y tiene sus defectos pero que también ha tomado importantes decisiones, ha sido el primero que les señaló a los totalitarios: “¡Bueno, habéis cometido barbaridades pero no vais a quedar impunes a no ser que os quedéis en el país de origen! Porque como salgan de su país de origen se

dará cumplimiento a una orden de detención”, con lo cual, o bien se sentían reclusos en su país de origen, o el reverso de la moneda, no podían salir, como ocurría en el caso de Pinochet. Esto además provoca una reacción sin duda alguna en países, sobre todo en Latinoamérica. Los tribunales –antes las instituciones del Estado de Derecho– dicen: “Pues vamos a juzgarlos nosotros”, y ello cuando, en gran parte, el origen viene de Garzón, con la derogación o la anulación de la Ley de Punto Final, etc., por parte de la Corte Suprema y el Congreso, también con los juicios contra Pinochet en Chile, es decir que eso es un gran progreso; en los años cuarenta o cincuenta un dictador no tenía ningún problema, cometía crímenes, se exiliaba y nadie lo iba a perseguir. Pues ahí ha habido el gran progreso al que hago referencia. La Corte Penal Internacional hay que enmarcarla dentro de este significativo avance; no obstante, el gran inconveniente con los países que realmente, por las fuerzas armadas que tienen y por la capacidad de destrucción con la que cuentan, son más proclives a cometer delitos de lesa humanidad, a cometer crímenes de guerra, etc., es que no están sometidos a esa jurisdicción, lo cual pues es naturalmente un contra-tiempo y dudo mucho que esos países vayan a someterse al Tribunal.

FMP: Otra cuestión que lo ha caracterizado es que ha sido, de los que yo conozco, uno de los académicos o profesores que más ha puesto la relación entre la teoría y la praxis, entre la enseñanza universitaria del Derecho Penal y su práctica. Al día de hoy: ¿Cuál es la relación que debe tener en los tiempos que vivimos la Universidad con las instituciones? ¿Cuál debería ser hoy la relación entre ambos mundos?

EGO: Bueno, los científicos se quejan mucho de que la jurisprudencia no les hace mucho caso; pero es que en realidad la mayoría se lo merecen, pues es que, claro, hay unos libros que no hay quién los lea, están destinados a no ser leídos, no sirven para nada. Yo sí he tenido siempre pues una gran preocupación por la práctica que creo se debe a dos cosas fundamentalmente, en primer lugar a que por mi doctorado en Alemania con Henkel (también maestro de Roxin, por eso lo conozco a él desde hace cincuenta años), comprendí que realmente los exámenes eran y todavía son todos de resolución de casos prácticos; la teoría sólo sirve para aplicar, pero las pruebas finales –de las que participan catedráticos y jueces– y lo que se les pide a los estudiantes es que resuelvan casos prácticos, los trabajos de los últimos son sobre casos prácticos, y luego hacen una experiencia de tres

años, sea que le paguen como funcionarios o asistentes. Luego, llego a España y mi maestro, quien desgraciadamente murió muy pronto: Quintano Ripollés, es catedrático de Derecho Penal y Magistrado de la sala II del Tribunal Supremo, por consiguiente, ya desde mi formación, la relación de la pregunta, desde siempre, me ha preocupado mucho.

Dicho lo anterior, tengo la satisfacción –con perdón de mi inmodestia– de que a mí los magistrados me leen todos; los del Tribunal Constitucional, los del Supremo, los de las Reales Audiencias, por lo que mis escritos, mis teorías y mis opiniones aparecen reflejados en muchísimas sentencias y ellos me piden libros para que yo se los mande. Bueno esto no es naturalmente para decir que yo acierto en el fondo ni mucho menos, pero sí que acierto yo en aquello que creo que hay que hacer y en consecuencia hago. Hay que decirles: léanlos porque eso les va a servir, porque van a resolver un caso que van a tener mañana o que tendrán pasado mañana.

En el último libro que acabo de escribir, que es este de *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*⁴ puede ser que cite cincuenta sentencias del Tribunal Supremo y cuál sería, aparte naturalmente de ocuparme también de la posición dogmática, la solución de mi propia elaboración. No quiero decir ni mucho menos que mi solución sea correcta pero por lo menos pueden decir: lo que dice Gimbernat no me parece bien, por lo que habrá que acudir a otra vía, habrá que recurrir a otra forma de enfocar las cosas pero, en cualquier caso, vuelvo a decir, esa queja de que a los científicos no los leen puede contar con razón, pues lo que escriben no sirve para nada, no hay quién los lea.

FMP: Esto se traslada a la enseñanza del Derecho en general pero en particular al Derecho Penal. ¿Me equivoco? ¿Usted recomienda un equilibrio, digamos, entre la enseñanza teórica y la resolución de casos como en *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*⁵ al día de hoy?

EGO: Concretamente, debo decir honestamente que yo nunca he hecho exámenes teóricos; los exámenes míos son siempre casos prácticos, pero siempre. Entonces yo expongo las teorías, siempre de la mano de una adecuada jurisprudencia, que es además útil para entretener más a los estudiantes, porque el Derecho Penal normalmente sale en las grandes

⁴ Montevideo-Buenos Aires, BdF, 2011.

⁵ Madrid, Tecnos, 1999.

páginas de sucesos y poniendo esos ejemplos trato de decir y de explicar qué teoría sería más convincente, ¿cómo resolver estas situaciones?; por cuanto en las evaluaciones nunca pregunto textualmente la legítima defensa ni nunca interrogo por la estafa, sino que pongo un conflicto ligado a la estafa o un caso de legítima defensa, cosa que por ejemplo también hacen los médicos. Yo tengo a mi hija más pequeña que es galena, es uróloga, y está ya en segundo año de residencia, acabó la carrera hace un año y a partir del tercer curso, ya estudiaba en un hospital. Ha hecho el examen de MIR –Médico Interno Residente–, es uno solamente de enfermedades, porque es indudable que a un profesional de la salud nunca le van a preguntar frente a un paciente...: ¿Qué es la tuberculosis?, ¿qué es el cáncer?, ¿qué es la neumonía? La requerirán para decir: ¿Tengo neumonía?, ¿tengo cáncer?; lo que quiero señalar es que siempre la aplicación termina allí, en esos casos prácticos; pues yo soy de la opinión que, en ese sentido, entre la medicina y el Derecho no existe nada diferente.

Yo recuerdo que cuando empecé a estudiar Derecho en la Complutense y acabé el primer año, me dije: no tengo ni idea, pero bueno, lo aprenderé; y en segundo seguía sin saber nada, y en algún momento tendré que aprender Derecho; llegué a quinto y no me habían dado más que teorías pero yo no tenía ni la menor representación de lo que era la práctica, porque es una enseñanza realmente muy teórica. Con esto entonces hago memoria de cuanto decía Engisch –que tiene toda la razón–, y es que realmente el Derecho no se diferencia tanto de la medicina, en el sentido de que tiene que haber un concepto abstracto de enfermedad que será la tuberculosis, como lo hay cuanto concepto abstracto de la estafa, del delito societario o del Estado de Derecho, para después tratar de ligarlos con un caso práctico, con un lugar concreto. En esto último, en función de las particularidades es que, desde luego, no se puede ir solamente al problema, antes tiene que contarse con la formación teórica para aplicarla al caso práctico e igual, como en medicina, pasa en Derecho. Ahora, en Derecho, lo que se le plantea a un juez, lo que se le lleva a un fiscal, a un abogado, siempre al fin de cuentas son los casos prácticos de una persona que viene e interroga acerca de si lo pueden condenar o no, de si es constitucional o no, por consiguiente yo creo que esa es la única forma de explicar Derecho y que la gente no salga tan desmoralizada de las facultades como yo en mi vida, cuando salí y me dije: acá estoy y sigo sin saber nada.

FMP: ¿Es común lo que nos está diciendo, digamos, entre los profesores? La verdad es que con la claridad que usted lo afirma y lo ha escrito, yo por lo menos en el ámbito del pensamiento dogmático tengo presente apenas a Hassemer (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). En la enseñanza del Derecho en Argentina, y creo que no es a lo que usted está enfocado, hay quienes están directamente en una situación adversa, opuesta mejor dicho, en el sentido de que creen que únicamente el aprendizaje es sólo por fallos o de casos de cómo los tribunales proceden, haciendo a un lado la producción teórica, es decir, yo voy a aprender únicamente la legítima defensa si conozco cuatro o cinco casos testigos del Tribunal Supremo, o conozco cuatro o cinco casos testigos de la Corte Suprema respecto del principio de legalidad. Entonces lo que usted está diciendo es: primero vamos al estudio de la teoría y luego analicemos esos casos del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo. ¿Es lo que debemos entender, profesor?

EGO: Claro, es que si no tenemos un Derecho ingobernablemente caótico, o sea, no se trata de cuatro casos, es decir, la legítima defensa o el delito societario tienen un contexto abstracto y entonces se trata a partir de este último, para más tarde aplicárselo y arribar así a los conflictos concretos. Pero si yo me quedo únicamente en los últimos, entonces sin teoría no se va a ninguna parte, por supuesto.

Lo que quiero puntualizar es que, ni mucho menos, con esos cuatro casos no se sabe lo que es la legítima defensa; hay que ir primero al concepto abstracto del delito societario, el robo, lo que es un derecho constitucional, y entonces, a partir de lo anterior aplicarlo, que digo, no es distinto de lo que sucede en la medicina; ante todo hay que tener el concepto abstracto de lo que es la tuberculosis o lo que es la meningitis y posteriormente se puede decir: este paciente tiene meningitis, una neumonía, o bien este otro no tiene nada, pero obviamente, sin tener una base conceptual, pues ninguna cosa sería posible.

FMP: Pasemos al último interrogante, tendría muchos más pero no contamos con más espacio en la sección editorial. La que sigue enlaza con lo anterior. La cuestión es que la enseñanza del Derecho Internacional Penal hay quienes la derivan del *Common law* y, sin embargo, la visión continental lo muestra con un punto de lanzamiento más ligado con lo que son los fundamentos de Derecho Penal y su elaboración teó-

rica. Entonces: ¿Cuál es la mejor aproximación teórica a esta disciplina del Derecho Internacional Penal?

EGO: Bueno, el Derecho Penal Internacional o el Derecho Internacional Penal nos puede llevar naturalmente a la contraposición entre Derecho Penal anglosajón y Derecho Penal continental, por ahí va la pregunta y allí está la respuesta. Yo desprecio el Derecho Penal anglosajón, y lo hago porque para empezar el Derecho Penal anglosajón es derecho procesal penal fundamentalmente, ahí no saben lo que es el dolo eventual y la imprudencia consciente a pesar de la importancia que tienen, y es un sistema que funciona muy mal, ya independientemente de las penas que imponen, más allá de la pena de muerte, y con los juicios por jurados que ya se sabe cómo acaban: el noventa y seis por ciento con una sentencia de conformidad, que es lo que vale para los negros y para los que no pueden pagar un buen abogado, y es que si van a juicio más tarde los condenan a muerte a todos; mientras que los ricos, el otro cuatro por ciento, tienen unos abogados increíblemente hábiles (¡una vez leí que un abogado norteamericano muy famoso, de cincuenta casos de pena de muerte había ganado los cincuenta!). Son incapaces de abstraer, lo cual tiene un poco o nada que ver con la tradición occidental continental, es decir, los grandes filósofos tienen, para señalar algunos, Kant, Heidegger, o ahora Habermas, una capacidad de abstracción de las ciencias sociales que, según mi observación, los americanos no han tenido nunca. ¿Cómo descubren que el tabaco produce cáncer? Llegan a eso porque empiezan a hacer estadísticas, no son como Einstein, Freud ni Marx que se ponen en una habitación con una bombilla y se ponen a pensar; ahí está el rechazo de los anglosajones por el pensamiento abstracto, lo cual ha influido en el Derecho frente a un caso práctico. También, al no tener un criterio abstracto del cual derivarlo, se da la circunstancia de que muchas veces se tratan casos iguales de manera distinta, lo cual es mucho más difícil que suceda realmente cuando se tiene el concepto abstracto-teórico. Por esta razón, hay una construcción teórica del Derecho Internacional Penal, más allá del *case law*, más allá, por expresarlo con todas las letras, de lo que diga el Tribunal para la ex Yugoslavia o el Tribunal de Ruanda, un camino para trabajar y una forma de entender.

Fecha de recepción y aceptación: 13-6-2012.