

En defensa de la teoría de la imputación objetiva
contra sus detractores y –también– contra algunos
de sus partidarios *

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Concebido inicialmente como introducción a la publicación de un conjunto de artículos, el presente trabajo analiza, de la mano de diversos supuestos problemáticos, el contenido y finalidad de la teoría de la imputación objetiva, rebatiendo algunas de las críticas que a dicha teoría se han opuesto por algunos sectores de la doctrina contemporánea.

Palabras clave: causalidad, imputación objetiva, prohibición de regreso, disminución del riesgo.

* La editorial CDS, de Porto Alegre (Brasil), ha publicado, en 2019, mi obra *Imputação Objetiva no Direito Penal*, organizada, traducida al portugués y presentada por mi querido amigo y compañero el profesor Pablo Rodrigo Alflen. En ese libro se recogen, en versión portuguesa, mis trabajos: *¿Qué es la imputación objetiva?*; *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*; *Fin de protección de la norma e imputación objetiva*; *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad*; *El caso de los perseguidores*; *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*; *Comportamiento alternativo conforme a Derecho y omisión impropia*; y *De nuevo sobre la heteropuesta en peligro consentida*.

El presente trabajo constituye mi Prólogo a esa *Imputação Objetiva no Direito Penal*, en la que se vierten al portugués mis artículos mencionados.

ABSTRACT

Initially conceived as an introduction to the publication of a set of articles, the present work analyzes, along with various problematic assumptions, the content and purpose of the theory of objective imputation, confronting some of the criticisms that have opposed this theory by some sectors of contemporary doctrine.

Key words: *causation, objective imputation, prohibition of return, reduction of risk.*

I

1. ¿Por qué existen acciones dolosas o imprudentes causantes de un resultado típico, cuyos autores, sin embargo, no responden criminalmente –por ausencia de tipicidad– de las mismas? Ésta, y no otra, es la pregunta a la que trata de contestar, con argumentos racionales y razonables, la teoría de la imputación objetiva.

2. Para acudir a unos viejos y bien conocidos ejemplos: Si un sujeto dispara contra otro para matarle, o atropella a la víctima imprudentemente, y ésta fallece, bien porque la ambulancia que le traslada al hospital sufre un accidente mortal, bien a consecuencia de un incendio que se declara en el hospital al que se le ha llevado para su curación, existe un amplio acuerdo en que los respectivos autores del disparo o del accidente no deben responder por la producción del resultado mortal. Pero ¿cómo fundamentar esta solución absolutoria? Porque, que en un caso el autor ha disparado *con dolo de matar* y, en el otro, que ha provocado *imprudentemente* heridas que pueden ser incluso de extrema gravedad, es algo que difícilmente se puede poner en cuestión.

Podría acudirse entonces al argumento de que –sin negar la presencia en el autor de dolo o, en su caso, de imprudencia– el motivo por el que debe excluirse la responsabilidad penal del autor correspondiente es la de que éste, en realidad, *no ha causado el resultado*. Y es, en efecto, a este argumento –*al de la no existencia de relación de causalidad* entre las acciones dolosas o imprudentes y los resultados mortales acaecidos– al que tanto la jurisprudencia como la doctrina acudieron –de la mano de teorías causales como la de la adecuación, la de la relevancia o la de la interrupción del nexo causal–, desde finales del siglo XIX hasta bien avanzado el XX, para fundamentar por qué los correspondientes autores dolosos o imprudentes no se habrían hecho responsables de las muertes de las víctimas fallecidas en acci-

dentes de ambulancias o calcinadas en el incendio del hospital en cuestión. Pero este argumento de la ausencia de relación de causalidad, para fundamentar la no responsabilidad de estos autores por los resultados típicos de muertes sobrevenidas, dejó de tener vigencia alguna cuando la jurisprudencia y la doctrina, desde hace ya bastantes décadas, desecharon la validez de esas teorías causales que acabo de mencionar, para llegar a la conclusión de que la única doctrina causal ontológicamente correcta –porque la causalidad es un concepto ontológico físico-natural– era la de la *conditio sine qua non*. Y como, tanto en el caso del disparo doloso, como en el del atropello imprudente, los autores habían colocado una condición sin la cual no se habría producido el resultado mortal final, de ahí que tampoco se pudiera fundamentar la no responsabilidad de los autores en estos casos apelando a que, en realidad, no habían causado el resultado (1).

3. Vuelvo a cuál es el contenido y la razón de ser de la teoría de la imputación objetiva. Esta sólo entra en juego cuando se ha comprobado que el autor doloso o imprudente ha causado (condicionado) un resultado típico. Porque si la conducta no es dolosa ni imprudente o porque, siéndolo, no ha causado el resultado típico, entonces ello basta y sobra ya para afirmar la no-tipicidad de ese comportamiento, puesto que en él falta alguno de los elementos subjetivos (dolo o, en su caso, imprudencia) u objetivos (relación de causalidad) de la tipicidad. Sólo cuando se ha constatado la existencia de un comportamiento doloso o imprudente causante (condicionante) de un resultado típico es cuando se plantea (como último requisito de la tipicidad objetiva) si ese resultado típico le es imputable objetivamente, o no, a quien lo ha causado con dolo o imprudencia. (En el caso del comportamiento doloso, si el resultado no se ha causado, entonces es obvio que no se puede imputar objetivamente un resultado no sobrevenido, sino que únicamente podría entrar en juego la eventual responsabilidad del autor por una tentativa de delito).

4. Las primeras críticas que se formularon contra la teoría de la imputación objetiva procedían de la escuela finalista. Pero ello obedeció, fundamentalmente, a que la teoría de la imputación objetiva iba desplazando, poco a poco, como tal vez el tema central de la teoría del delito, a la discusión sobre el concepto de acción, algo que, comprensiblemente, esa escuela se resistía a aceptar. Y así, un penalista tan eminente de la escuela de Welzel, como lo fue Armin Kaufmann

(1) Ampliamente sobre la evolución del problema causal en Derecho penal, sobre las distintas teorías causales y sobre el triunfo final de la hoy dominante teoría de la condición, GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 3.ª ed., B de F, Buenos Aires y Montevideo 2007, *passim*.

–y también su discípulo *Struensee*– han escrito páginas muy críticas –y agudas– contra la teoría de la imputación objetiva; y otra gran figura de la ciencia penal, como el finalista Hirsch, enemigo desde un principio del criterio de la imputación objetiva, solo al final de su vida, y con muchas limitaciones, dio entrada en sus últimos escritos a algunos de los postulados de esa teoría. En cualquier caso, lo cierto es que –para disgusto de la escuela finalista– las miles de páginas que antes se dedicaban a la teoría de la acción han sido desplazadas, actualmente, por las igualmente miles de páginas que hoy tienen como materia de estudio a la imputación objetiva. Algo que, como he tratado de demostrar en algunos de los artículos que se recogen en el presente volumen, *es la ubicación correcta del problema*, pues ni el concepto predominantemente ontológico de la acción, ni el exclusivamente ontológico de la causalidad, pueden resolver satisfactoriamente casos como los que integran la imputación objetiva, que sólo pueden encontrar una respuesta –y fundamentación– adecuadas sobre la base de los *criterios normativos* con los que opera dicha teoría.

II

1. Ciertamente que la teoría de la imputación objetiva, cuyos comienzos hay que situarlos en los años 60 del siglo pasado, se ha acabado convirtiendo, con el transcurso del tiempo, en una teoría dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Pero no por ello se puede ocultar que no todos aceptan esta teoría, a la que objetan que constituye una amalgama caótica de criterios valorativos inconexos, cuyo número, según quién o quiénes sean los que la defienden, se extiende o se reduce como un acordeón; y no la aceptan, entre otras razones, porque algunos partidarios de la misma la han desnaturalizado, contribuyendo, con ello, a que se haya convertido en una doctrina tan abstrusa que ha dificultado la comprensión de lo que realmente significa el concepto, en el fondo relativamente sencillo, de lo que es la imputación objetiva.

2. A pesar de todas las resistencias que se han opuesto –y se siguen oponiendo– a la teoría de la imputación objetiva, y a pesar de su cada vez mayor aceptación, hay que reconocer que, actualmente, sigue reinando una gran confusión sobre el contenido y los límites de esta teoría, no sólo en relación al número –más o menos extenso– de grupos de casos y de criterios que forman parte de la imputación objetiva, sino también a cómo fundamentar la razón de tales criterios, algo

que también ha contribuido a crear confusión sobre el alcance, contenido y justificación de los distintos *topoi* de la imputación objetiva.

3. Un primer factor que ha contribuido a ese enturbiamiento de la imputación objetiva procede de *Jakobs* y de su escuela: a su fundamentación predominantemente sociológica de la teoría de la imputación objetiva se opone la fundamentación estrictamente jurídica de Roxin –aunque este autor no siempre ha podido sustraerse a los criterios sociológicos de *Jakobs*–, Rudolphi, Schünemann y del autor del presente Prólogo.

Jakobs no ha inventado la teoría de la imputación objetiva –ni siquiera se encuentra entre sus primeros cultivadores–, porque cuando *Jakobs* se empieza a ocupar de ella, esta teoría ya había hecho su aparición en la dogmática penal de la mano de los autores que acabo de mencionar, partidarios de una fundamentación estrictamente jurídica de esta teoría. Pero son tan numerosos los escritos sobre la imputación objetiva debidos a la autoría de *Jakobs* –la mayoría de ellos traducidos al español por algunos de los muchos discípulos castellanohablantes de *Jakobs*–, y que han encontrado una enorme difusión tanto en Alemania como en los países de lengua española, que se ha creado la falsa impresión de que *Jakobs* cuenta como uno de sus fundadores. En realidad, sin embargo, y como expongo también en algunos de los artículos que componen este libro, *Jakobs* desnaturaliza el contenido de la imputación objetiva, sustituyendo los *criterios jurídicos*, que en su origen eran los únicos que servían para fundamentar la presencia o ausencia de imputación objetiva, por otros de *carácter sociológico*, de un contenido tan indeterminado que con ellos se puede llegar a cualquier solución: el *concepto sociológico del rol* –que para *Jakobs* constituye el núcleo de la imputación objetiva– carece de cualquier contorno delimitado, por lo que con él, y como asimismo se trata de explicar en este libro, se puede fundamentar un resultado o el contrario sobre la ausencia o la presencia de la imputación objetiva de un resultado en cualquiera de los grupos de casos que se incluyen dentro del campo de dicha teoría.

Si acudimos, por ejemplo, al caso del cliente de una prostituta, la cual, *teniendo conocimiento de su enfermedad, oculta a aquel que es portadora del VIH*, resultando infectado el cliente al mantener con ella una relación sexual, *Jakobs* opina que el resultado de la transmisión de la enfermedad *no le es imputable objetivamente a la prostituta causante imprudente de la lesión*, algo que *Jakobs* fundamenta en que en el *rol (sociológico)* del hombre que busca un contacto sexual mercenario figura, como una de las competencias pertenecientes a dicho rol, la de autoprotegerse, es decir: la de cuidar de su propia salud,

razón por la cual es a él, y sólo a él –con exclusión de a la prostituta–, a quien hay que atribuir objetivamente el menoscabo producido en su salud. Pero ¿cómo se puede decir, en serio, que existe, en alguna parte del mundo de las normas, un concepto del rol del cliente de la prostitución que le atribuye una competencia de autoprotección? Como ese supuesto rol del cliente de la meretriz en realidad no existe en ninguna parte –porque, si se afirma su existencia, se tendría que indicar a qué complejo de normas hay que acudir para determinar cuáles son su concepto y contenido precisos–, de ahí que al mencionado y supuesto rol se le pueda atribuir el contenido que uno quiera, con lo que la presencia o ausencia de imputación objetiva depende de una arbitrariedad no controlable racionalmente, e inaccesible a cualquier clase de argumentación.

Por todo ello, Jakobs es uno de los responsables de la confusión reinante en torno a la imputación objetiva, al hacer depender su presencia o ausencia de consideraciones sociológicas carentes de contornos y, por ello, inaccesibles a cualquier clase de argumentación racional. Frente a esta posición sociológica de Jakobs hay que mantener que el fundamento de cuándo concurre o no la imputación objetiva –y, si no concurre, con la consecuencia de la ausencia de tipicidad del comportamiento doloso o imprudente causante de un resultado típico– es un fundamento que sólo tiene validez si se argumenta con razonamientos de carácter jurídico, pues son esos razonamientos los únicos que, en cuanto que apelan a los métodos de interpretación del Derecho, pueden ser asumidos o rebatidos sobre la base de una discusión racional informada por la metodología de la dogmática jurídico-penal.

4. Por algunos autores, como, por ejemplo, Roxin, Rudolphi, Jescheck y Bacigalupo, se mantiene que, si el autor ha causado un resultado típico, *a pesar de haber observado el riesgo permitido* –por ejemplo: el conductor de un automóvil marcha a la velocidad permitida, guardando todas las reglas de la circulación vial, y, no obstante, atropella y mata a un peatón que, al cruzar la autopista, cae bajo las ruedas del vehículo–, el *motivo* por el cual no existe responsabilidad penal es, siempre según esos autores, *el de que ese resultado no le es imputable objetivamente al conductor*.

Al introducir un criterio en la imputación objetiva: el de la observancia de las reglas de diligencia, siendo así que esa responsabilidad queda *ya* excluida por la definitiva razón de que, si se causa un resultado lesivo, a pesar de haber actuado dentro del riesgo permitido, ese comportamiento *no es imprudente*, y, por consiguiente, falta, con ello, el elemento subjetivo del tipo imprudente, estos autores están contribuyendo también a *distorsionar* el verdadero concepto de imputación

objetiva, en cuanto que se le atribuye a ésta un elemento –el de la observancia del riesgo permitido– que no tiene nada que ver con la imputación objetiva, sino con el concepto de imprudencia; como he escrito en uno de los trabajos contenidos en este libro: «Para el viaje de explicar por qué lo que no es acción o no es causante del resultado típico o no es doloso (en los tipos dolosos) o no es imprudente (en los tipos imprudentes), no es tampoco típico, no se necesitan las alforjas de la imputación objetiva: esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causante del resultado típico, a veces, y no obstante, tampoco es típico».

Resumo, por ello, cuál es el campo de aplicación de la imputación objetiva: se trata de un criterio normativo (y más concretamente: jurídico) que entra en juego para determinar si, una vez que se ha comprobado que un comportamiento doloso o imprudente ha causado un resultado lesivo, no obstante, no puede considerarse típico porque ese resultado no le es objetivamente imputable al autor.

5. Como la conclusión a la que se llega cuando se afirma la ausencia de imputación objetiva es la de la no responsabilidad del autor por falta de tipicidad, ante un problema penal de difícil solución a menudo la doctrina –y también la jurisprudencia– fundamentan la absolución del autor, *sin más, y sin ulteriores explicaciones*, acudiendo a la novedosa –y para muchos misteriosa– imputación objetiva, negando su presencia en un caso concreto.

Pero en Derecho lo decisivo no es defender una determinada solución para un problema jurídico –una solución que se puede haber alcanzado intuitivamente, siendo así que la intuición no siempre es una buena consejera–: lo decisivo, y lo único racionalmente admisible, es explicar *por qué* se ha alcanzado esa solución.

Al negar en un caso concreto la ausencia de responsabilidad, fundamentándolo, siguiendo la moda, en un supuesto concepto etéreo e indeterminado de la imputación objetiva, se está contribuyendo también al descrédito de esta teoría, favoreciendo, así, las críticas que se dirigen contra la misma.

Un ejemplo de lo que acabo de exponer se encuentra en la resurrección por muchos partidarios de la teoría de la imputación objetiva del viejo «*Regressverbot*» («prohibición de regreso») de Frank, según el cual, si entre la acción del primer autor y el resultado final se ha interpuesto el comportamiento doloso o imprudente de una tercera persona imputable, entonces está prohibido «regresar» al primer autor, que, en consecuencia, debe ser absuelto (2).

(2) Cfr. FRANK, *StGB*, 18 ed., 1931, pp. 14/15

Pero frente a esta estereotipada doctrina de la «prohibición de regreso» –que muchos incluyen como uno de los criterios de la imputación objetiva–, hay que oponer que carece de cualquier clase de fuerza de convicción si no se expone *cuáles son los argumentos* que explican racionalmente *por qué* está prohibido «regresar» al primer autor.

En realidad, la «prohibición de regreso», así, sin más, como supuesta parte integrante de la imputación objetiva, lleva a menudo a resultados erróneos: como he tratado de demostrar con argumentos jurídicos en mi monografía «Cursos causales irregulares e imputación objetiva» (3), dependiendo de cómo están estructurados los distintos grupos de casos en los que el resultado típico es causado, además de por el primer autor, también por el comportamiento doloso o imprudente de un segundo autor que se interpone posteriormente entre la conducta de aquél y el resultado final, en algunos supuestos –y en contra de lo que predica la «prohibición de regreso»– sí que responderá también el primer autor y en otros supuestos, sin embargo, estará exento de responsabilidad por ausencia de imputación objetiva. En cualquier caso, la integración de la «prohibición de regreso» en la imputación objetiva es un cuerpo extraño en esta teoría que, impensadamente, ha resucitado una vieja doctrina de Frank que estaba enterrada y bien enterrada.

También esta acrítica asunción de la «prohibición de regreso» en la imputación objetiva –sin que se aporte argumento alguno que justifique esa prohibición– ha contribuido a difuminar el contenido de esta teoría, facilitando así su incomprensión y dando argumentos, con ello, a quienes rechazan la teoría de la imputación objetiva.

6. Tampoco ha contribuido a clarificar la definición de la imputación objetiva introducir en su concepto por *Roxin*, como uno de sus criterios, el de la «disminución del riesgo». Según *Roxin*, si alguien ve como cae una piedra sobre la cabeza de un viandante y la deriva, consiguiendo que impacte sobre una parte menos peligrosa del cuerpo –por ejemplo, sobre el hombro–, entonces el causante de la lesión menos grave no respondería por ausencia de imputación objetiva (4). Sin embargo, contra el criterio de la disminución del riesgo como integrante de la imputación objetiva hay que objetar –de acuerdo con las críticas formuladas tanto por partidarios como por enemigos de la teoría de la imputación objetiva– que en estos casos no estamos ante un problema de tipicidad –ni, por tanto, ante uno de imputación objetiva–, ya que el autor ha causado dolosamente la lesión de otra per-

(3) B de F, Montevideo-Buenos Aires 2011, 125 pp.

(4) *Cfr.* sólo ROXIN, AT I, 4.^a ed., 2006, § 11 n. m. 53.

sona, cumpliendo, con ello, el tipo de las lesiones, sin que pueda vislumbrarse ningún argumento de carácter normativo que pueda fundamentar la ausencia de tipicidad del comportamiento. La razón por la cual el autor de la lesión no responde –porque, efectivamente, no responde– hay que buscarla, tal como se ha señalado, con razón, por un sector de la doctrina, en la exclusión de la antijuridicidad de una conducta en sí típica: sobre la base del *principio de ponderación de bienes*, el autor ha causado dolosamente una lesión en el hombro para evitar un mal mayor: la mucho más peligrosa lesión que se habría producido si la piedra hubiese impactado contra la cabeza de la víctima, por lo que la antijuridicidad de la lesión típica realmente causada queda excluida por la presencia de un estado de necesidad.

Como era de esperar, esta intromisión de criterios de antijuridicidad en la teoría de la imputación objetiva (en definitiva, en el concepto de tipicidad) ha dado pie a que los críticos de la imputación objetiva hayan encontrado ulteriores argumentos para combatirla.

III

1. Hasta aquí una serie de consideraciones, casi todas de carácter abstracto, sobre la teoría de la imputación objetiva, sobre la confusión –a veces propiciada por sus propios defensores– de cuál es su contenido y alcance, así como sobre las críticas que un importante –pero minoritario– sector de la doctrina dirige contra ella.

Pero este libro trata, predominantemente, no de cuestiones abstractas, sino de las muy concretas de cómo decidir sobre la presencia o ausencia de imputación objetiva –y, en este último caso, consiguientemente, sobre la ausencia de tipicidad– en conductas dolosas o imprudentes causantes de resultados lesivos.

2. Para llegar a una conclusión sobre si, en los grupos de casos concretos, falta la imputación objetiva acudo en este libro a toda clase de argumentos estrictamente jurídicos. Y, así, se opera con el del fin de protección de la norma, es decir: con una interpretación teleológica, que trata de desentrañar qué resultados concretos quiso evitar el legislador cuando estableció una determinada prohibición, de tal manera que si el resultado producido no es uno de los que esa norma quiso impedir, entonces es obvio que cae fuera del ámbito de lo prohibido y es, por consiguiente, atípico. En otras ocasiones la solución se alcanza sobre la base de un argumento *a maiore ad minus* –si lo más grave no está prohibido, tampoco puede estar prohibido lo menos grave–, partiendo de que, si la participación imprudente en un suicidio o en una

autolesión dolosa no es punible según el Código Penal, entonces con mayor motivo tampoco puede ser punible la participación imprudente en una automuerte o autolesión imprudentes; dentro de esta conexión dedico una especial atención, por su gran importancia práctica, a determinar si es punible o no la transmisión del sida por vía sexual cuando la persona sana conocía que su pareja sexual era portadora del VIH. Para otros grupos de casos se opera con el principio *cogitationis poenam memo patitur*, en el sentido de que la mera intención de producir un daño no puede ser punible si la acción dolosa con la que se pretende alcanzar ese objetivo se mantiene dentro del riesgo permitido. Finalmente, y por sólo mencionar otro de los problemas que deben ser solucionados dentro de la imputación objetiva, también se razona qué teoría debe prevalecer: la de la evitabilidad o la del aumento del riesgo, en los casos en los que, a pesar de haber causado imprudentemente un resultado típico, ese mismo resultado se hubiera producido también con seguridad, o probable o posiblemente, si el autor hubiera ejecutado el comportamiento alternativo conforme a Derecho.

3. No se ha podido recoger en este libro, porque sobre esa cuestión no me he manifestado en ningún artículo, sino solamente en una monografía (5), qué solución debe darse, de la mano de la imputación objetiva o de otras consideraciones jurídicas distintas, según los diferentes grupos de casos que pueden construirse, a aquellos supuestos en los que entre la acción dolosa o imprudente iniciales y el resultado típico final se ha interpuesto la conducta dolosa, imprudente o fortuita de un tercero, o de la propia víctima, o bien ha contribuido a la producción de ese resultado final una predisposición física desfavorable del sujeto pasivo del delito.

4. Independientemente de si se está o no de acuerdo con las soluciones que propongo, creo que el presente libro puede servir, para quien tenga la paciencia de leerlo, para dar a conocer al lector, en relación con una teoría tan importante dogmáticamente, y con tantas aplicaciones prácticas, como lo es la de la imputación objetiva, cuál es su alcance y contenido, cuál es el estado actual de la cuestión tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de España y de Alemania, y a qué argumentos se acude para fundamentar las distintas soluciones que se defienden.

5. El impulso para publicar este libro, la selección de artículos que en él se contienen y las cuidadosas traducciones del español al portugués, todo ello es obra de mi querido y sabio amigo y compañero

(5) Citada supra n. 3.

el profesor Pablo Rodrigo Alflen. Nunca le estaré lo suficientemente agradecido por esta extraordinaria prueba de amistad que me permite hacer llegar a los lectores brasileños y portugueses algunas de las contribuciones en las que me he ocupado de una materia de tanta importancia teórica y de tanta aplicación práctica por los tribunales como lo es la imputación objetiva. Independientemente de que se esté o no de acuerdo con mis opiniones, creo que este libro ofrece un panorama que creo fidedigno de cuál es la situación actual del problema, fundamentalmente en la teoría y en la práctica jurisprudencial de España y de Alemania. Con ello, se le abre al lector la posibilidad de, en primer lugar, informarse sobre cuál es el alcance y el contenido del concepto de imputación objetiva, un concepto que, como ya he señalado anteriormente, es bastante más sencillo y accesible de lo que se puede creer, si uno prescindiese de lo que muchos autores –a los que en este libro se critica– se han empeñado en oscurecer; y, en segundo lugar, de que, teniendo en cuenta el amplio material jurisprudencial y doctrinal que se expone a lo largo de los artículos contenidos en este libro, quien lo lea puede llegar a formarse una opinión –examinando las tomas de posición contrapuestas–, inclinándose, finalmente, por alguna de las distintas tesis hasta ahora defendidas, o, desechando todas ellas, adoptar una opinión propia discrepante.

6. Mi relación con el Derecho penal brasileño se inicia nada menos que con la gigantesca figura de Heleno Claudio Fragoso. Entre el 4 y el 12 de abril de 1973 se celebró en el Instituto de Ciencias Penales de Santiago de Chile un Coloquio Internacional en el que participaron, además de los más renombrados penalistas chilenos –nunca pude imaginar que aquellos colegas chilenos que, a pesar de sus distintas opiniones políticas, convivían en paz y en armonía, iban a convertirse poco más tarde, a partir del 11 de septiembre de 1973, con el golpe de Estado de Pinochet, en enemigos irreconciliables, cuando no en víctimas y victimarios–, otros venidos del extranjero, en concreto: Roxin y Schöne, de Alemania, Bacigalupo, de Argentina, Cerezo y Gimbernat, de España, y Fragoso, de Brasil (6). En aquellos ocho días que duró el Coloquio quedé cautivado por la sabiduría, por la cordialidad y por el carisma de Heleno, estableciéndose entre nosotros una fantástica amistad, hasta tal punto que Fragoso nos invitó a Cerezo y a mí a que, antes de regresar a España, le visitáramos, en una escala inicialmente no programada, en Río de Janeiro. Tuve así la oportunidad, no sólo de contemplar por primera vez la que para mí es la ciudad

(6) Las ponencias pronunciadas en ese Coloquio Internacional, y los debates subsiguientes, están recogidos en la chilena *Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, enero-abril 1973, núm. 1, XXXII.

más bonita del mundo: la apabullante Río de Janeiro, sino de intimar aún más con Heleno. En el apartamento en el que convivía con su joven y preciosa compañera pasamos horas y horas hablando de todo lo divino y lo humano, también de política; y Heleno, con quien yo compartía la misma ideología, tuvo la amabilidad de hacerme oír algunas canciones antifranquistas, de las que él disponía, y cuya venta estaba prohibida en España. Asimismo, tuve la ocasión de que me contara algunas de las defensas de presos políticos que había asumido, y continuó asumiendo, durante la época de la dictadura brasileña, algo con lo que yo asimismo me sentí identificado, porque –aunque no en las dimensiones legendarias de Fragoso– yo también me hice cargo en los años 70 de algunas defensas de combatientes contra la dictadura franquista. Pido perdón al lector por este excursus sentimental, pero es que nunca he podido olvidar la imponente personalidad de Heleno, cuya prematura muerte tan profundamente lamenté.

Y aquí termino este Prólogo, que se ha hecho más extenso de lo que inicialmente pensaba, agradeciendo al destino que la amistad que inicié con Fragoso haya tenido continuidad con otros grandes penalistas brasileños como lo es Pablo Rodrigo Alflen.