

NECROLÓGICA

Hans Joachim Hirsch

(11 de abril de 1929-9 de septiembre de 2011)

Con el fallecimiento de Hans Joachim Hirsch, catedrático primero de la Universidad de Regensburg y, desde 1974 hasta su jubilación en 1994, de la de Colonia, desaparece el último penalista alemán –si prescindimos de Eberhard Struensee con una obra tan sugerente como, desgraciadamente, escasa– ortodoxamente perteneciente a la escuela de Welzel, con lo que, con su muerte, se extiende también –por ausencia de ulteriores representantes– el certificado de defunción del finalismo en su país de origen, no así en otras naciones –especialmente de habla española– donde la teoría final de la acción sigue contando con distinguidos partidarios, tanto entre los penalistas jóvenes como entre los de mayor edad.

El finalismo, en la medida en la que tiene por base la teoría final de la acción, es una doctrina equivocada, porque la tipicidad, que sólo puede concebirse como una primera desvaloración llevada a cabo por el legislador, es imposible que pueda estar integrada sólo por conceptos ontológicos o cuasiontológicos como el de la acción y el de la causalidad, por mucho que –tal como hace la teoría final de la acción en su definitiva configuración– se integre al dolo y a la imprudencia en el tipo subjetivo, ya que seguirán existiendo acciones dolosas e imprudentes causantes del resultado típico cuya atipicidad sólo puede fundamentarse con un criterio normativo por excelencia, como lo es el de la imputación objetiva. Los intentos de Hirsch de tratar de solucionar los problemas a los que da respuesta la teoría de la imputación objetiva con otros criterios divergentes de los que utiliza aquella teoría, por una parte no son convincentes y, por otra, además de dar una respuesta mal fundamentada a algunos de aquellos problemas, dejan otros sin resolver.

En cambio, la teoría del delito elaborada por el finalismo –y a la que se puede llegar con argumentos que no tienen nada que ver con el concepto final de la acción– supone, en mi opinión, la culminación definitiva e insuperable de la sistemática iniciada por Beling y v. Liszt:

los intentos posteriores de modificación de la teoría del delito introducen oscuridad donde se había llegado a la claridad y a la coherencia, y confirman la sentencia de Freud de que «no toda innovación significa un progreso».

Con Hirsch desaparece uno de los grandes de la brillante generación de penalistas alemanes que vivieron el nacionalsocialismo y/o la Segunda Guerra Mundial como niños o adolescentes y que, por consiguiente, tampoco tuvieron que aprender a convivir con la dictadura hitleriana, como tuvieron que hacerlo, con más o menos concesiones, sus maestros: la heroicidad es una admirable virtud que adorna a unos pocos seres humanos capaces de jugarse la vida y la hacienda antes que sacrificar sus principios.

Hirsch irrumpe en la ciencia penal con la publicación de su extraordinaria tesis doctoral sobre *Los elementos negativos del tipo. El error sobre una causa de justificación* (1960), una obra de referencia por mucho que se discrepe de los resultados a los que llega, y un artículo publicado en 1962 en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, que supone el golpe de gracia para la teoría welzeliana de la adecuación social. Welzel, que acostumbraba a hacer mucho caso a las opiniones de sus discípulos, y tal como había hecho algunos años antes, rectificando, en una ulterior edición de su manual, su posición sobre los delitos de omisión, siguiendo la construcción de Armin Kaufmann, también, en cuanto tiene ocasión de pronunciarse sobre ella –asimismo en una edición de su manual–, recoge las críticas de Hirsch, haciendo desaparecer prácticamente de su sistema el criterio de la adecuación social, que hasta entonces había constituido uno de los pilares de su doctrina.

No me voy a detener mas en la producción científica de Hirsch, centrada fundamentalmente en la Parte General –muy especialmente en las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad, y, más especialmente aún, en el estado de necesidad–, si bien, cuando ha abordado la Parte Especial –por ejemplo, al ocuparse de los delitos contra el honor o de los de lesiones–, lo ha hecho también con la maestría, el rigor y la agudeza que caracterizan todos sus trabajos. Y no me voy a detener, porque prácticamente toda la obra de Hirsch –que también ha sido un colaborador habitual de este «ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES»– está publicada en castellano, ya que, por iniciativa de los profesores Edgardo Alberto Donna y José Cerezo Mir, están en curso de publicación, en la editorial argentina Rubinzal-Culzoni, las *Obras Completas* de Hirsch, habiendo aparecido hasta ahora cinco tomos: el primero en 1999, y el hasta ahora último, el quinto, y casualmente –¡lo que es el destino!–,

dos semanas después del fallecimiento del autor, el 23 de septiembre de 2011.

Para quien quiera conocer a fondo a Hirsch y su obra, me remito al tan completo como cariñoso artículo de Jescheck «Zum Leben und Werk con Hans Joachim Hirsch»(1), y, sobre todo, a la autobiografía de Hirsch, publicada un año antes de su muerte (2), en la que relata, con gran sinceridad y sin dolerle prendas, lo que ha sido su vida y su obra.

De esta breve autobiografía quiero destacar cómo Hirsch expone el trauma que para él –como para muchos otros catedráticos alemanes de su generación– supuso la revolución estudiantil de 1968: Adorno, por ejemplo, falleció, en agosto de 1969, de un ataque al corazón pocos días después de ser calificado de reaccionario por unas estudiantes que, con los pechos al aire, irrumpieron en el aula donde dictaba su clase y de la que tuvo que salir huyendo, y a Roxin trataron de erosionarle el gran predicamento que tenía entre los estudiantes de Göttingen –entre otras razones, porque asistir a una clase de Roxin produce un placer semejante al de escuchar una sinfonía de Brahms–, calificándole los revoltosos de «lobo con piel de cordero». Y dentro de este contexto, Hirsch refiere lo siguiente (3): «Por lo demás, me sucedió como senador por elección [de la Universidad de Regensburg] el actual Papa, quien entonces era todavía catedrático de la Facultad de Teología Católica de Regensburg. Por consiguiente, y antes de su sucesión como Vicario de Cristo, había sido primero sucesor de mi insignificancia. Por lo demás, es un enigma cómo un asesor progresista del Concilio Vaticano II pudo convertirse, más tarde, en un cardenal de la Curia especialmente conservador. Tengo la impresión de que una explicación plausible de ello lo constituirían sus experiencias personales de la revolución estudiantil».

Mi relación personal con Hirsch ha sido muy estrecha y cariñosa. En 1969 le visité en Regensburg y me dedicó todo el día a mostrarme la imponente ciudad, deteniéndose, especialmente, en la fabulosa biblioteca de Derecho penal que había formado, ya que, a pesar de que la Universidad, de nueva creación, había sido fundada sólo tres años antes, había contado con un presupuesto formidable que permitió comprar bibliotecas privadas enteras –como la del profesor Coenders,

(1) En: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Weigend/Küpper (eds.), Berlín-Nueva York, 1999, pp. 3-26.

(2) En: *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Hilgendorf (ed.), Berlín-Nueva York, 2010, pp. 123-166 (con un apéndice bibliográfico en el que se relacionan las obras publicadas por Hirsch).

(3) *Op. cit.*, p. 141.

de unos 15.000 volúmenes—, libros de anticuario y fotocopiar obras inencontrables. Guardo un maravilloso recuerdo de los dos Congresos organizados por él, en 1986 y en 2000, en Colonia y en Bamberg, respectivamente, en los que intervine como ponente y cuyas actas fueron publicadas posteriormente (4). Me identificaba con él —como comentamos en alguna ocasión— en su pasión por la docencia, ya que Hirsch, después de jubilarse forzosamente a los 65 años, en 1994, siguió dando clase cinco años más en la Universidad de Halle, a donde viajaba en tren cada dos semanas, permaneciendo allí varios días.

En la necrológica que acaba de publicar mi querido amigo y sabio compañero Eduardo Demetrio Crespo (5), éste califica a Hirsch de «gran persona».

¡Y vaya que lo era! En septiembre de 1992, mi hija mayor, Marta, que vivía en Colonia, me comunica que le han detectado un peligroso melanoma en la cabeza y que tiene que ser intervenida quirúrgicamente con toda urgencia para extirparle el cáncer. Horrorizado —aunque frente a mi hija, que acababa de cumplir 30 años y de dar a luz hacía dos semanas a mi nieta Sophie, y haciendo de tripas corazón, supe mantener el tipo—, me traslado a la ciudad alemana el día antes de la operación y me encuentro perdido y desamparado en la habitación de mi hotel. ¿Quién podría ayudarme en mi angustia en una ciudad extraña de un país extraño? De pronto, pienso en Hirsch y, aunque ya es medianoche, decido llamarle por teléfono a su casa y respiro aliviado cuando, al otro lado de la línea, escucho su voz familiar. Le cuento mi situación y le pregunto si conoce al catedrático de Dermatología que al día siguiente va a intervenir a Marta en el Hospital Clínico de Colonia. Hirsch me ofrece toda clase de ayuda y se pone en contacto con su colega de la Facultad de Medicina, a quien le dice que soy amigo suyo y que, además —estamos en Alemania—, soy todo un Herr Professor. Después de esa llamada de Hirsch accedo fácilmente al cirujano y Marta y yo podemos hacerle todo tipo de preguntas antes y después de la operación. Mientras están operando a Marta aparece ante mis ojos, en el Hospital, una persona que para mí, en aquellos momentos, es como si viniera envuelto en una aureola: es Hirsch, quien se me acerca con un ramo de flores en la mano. Ha cancelado un seminario y quiere acompañarme en esos momentos para mí tan difíciles. Y allí espera más de dos horas hasta que, por fin, podemos entrar a visitar a Marta, quien, afortunadamente, 20 años después, ha supe-

(4) *Deutsch-spanisches Strafrechtskolloquium 1986* (ed. Hirsch), Baden-Baden, 1987, 297 pp.; *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, (ed. Hirsch), Berlín, 2001, 391 pp.

(5) *Cfr. RP 29* (enero 2012), pp. 272-276.

rado completamente una enfermedad de la que ya casi nos hemos olvidado.

Sí, ya sé que ésta no es una necrológica al uso. Pero es que no quería que quedara en el olvido un gesto de Hirsch –seguro que otras personas pueden contar también otros favores recibidos de su generosidad– que tan bien define quién era y cómo era: un gran tipo.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG