

48509

OK

Hassmer  
Contro el  
abolicionismo



## Revista de Derecho Penal

Publicación semestral

CONSEJO DE REDACCIÓN  
EDGARDO ALBERTO DONNA  
JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE  
ROXANA GABRIELA PIÑA

SECRETARÍA DE REDACCIÓN  
JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE

SECCIÓN JURISPRUDENCIA  
MARÍA CECILIA MAIZA

SECRETARÍA  
MARÍA DEL ROSARIO PICASSO  
VANESA ALFARO

JURISPRUDENCIA ANOTADA  
SANDRO F. ABRALDES - GUSTAVO E. ABOSO  
INÉS CANTISANI - HORACIO DÍAS  
GUSTAVO GOERNER - NICOLÁS AMOROSO

RELACIONES INSTITUCIONALES  
RICARDO PINTO - NATALIA BARBERO

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y TRADUCCIÓN  
GUSTAVO E. ABOSO - SANDRO F. ABRALDES  
MARÍA DEL ROSARIO PICASSO - DIRK STYMA  
MAXIMILIANO VACCALUZZO

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS  
HORACIO DÍAS

Es una publicación del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES  
Juncal 2736, 1º piso, B, (1425) Buenos Aires, Argentina

48530

## CONTRA EL ABOLICIONISMO: ACERCA DE POR QUÉ NO SE DEBERÍA SUPRIMIR EL DERECHO PENAL\*

por Prof. Dr. Dr. h. c. WINFRIED HASSEMER\*\*

SUMARIO: I. Las miserias del delito y de la pena. II. Control social. 1. Vida cotidiana. a) Penas, discursos, procedimientos. b) Normas. c) Sanciones. d) Estructuras profundas. 2. Ciencia. a) Normas. b) Sanciones. c) El sentido de la pena. III. El Derecho Penal. IV. Las miserias del delito y de la pena.

### I. Las miserias del delito y de la pena

Quien, tal y como ustedes lo han hecho en los últimos días, reflexiona sobre la criminalidad y el Derecho Penal, se enfrentará a las miserias que están unidas de forma inherente con estos temas. Sangre y violencia, sufrimiento y muerte, miedo y luto son las dos caras de la misma moneda, es decir, el delito y la pena. Debido a esto el ser humano no sólo ha averiguado, descubierto, condenado y sancionado, sino que también se ha preguntado si es que no se puede romper el círculo vicioso del delito y la pena. El sufrimiento de la pena no ha dejado en paz al ser humano y puedo entender por qué. El día de hoy quisiera ante ustedes, si bien no responder, por lo menos plantear la vieja pregunta que gira en torno al fin de este círculo vicioso y exponerla desde un punto de vista fundamentado.

\* Conferencia pronunciada en el acto clausura de los XII Cursos de Posgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca. Producción de MIGUEL ONTIVEROS ALONSO. Universidad de Salamanca/Universidad de Anahuac del Norte (publicada en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. IV, Aquilafuente, Ediciones Universidad Salamanca, separata, p. 217).

\*\* Universidad Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt am Main. Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán.

El significado y la valoración en torno a la pena han variado a lo largo de los siglos, y desde mi punto de vista, esto ha sucedido de forma sustancial entre nosotros. Desde el momento en que pude observar de forma analítica nuestro ambiente punitivo, y hasta la fecha, nunca antes había percibido de forma tan evidente una predisposición a la pena ni notado tal agrado hacia la sanción penal como en nuestros días. De otro lado, parece que actualmente no se reflexiona acerca de la pena y su justificación, sino más bien se la cuestiona y critica.

Hoy en día, a diferencia de lo que sucedía hace algunos años, es necesario en Alemania, pero también en toda Europa occidental, aclarar a los estudiantes y a la opinión pública en general por qué la pena debe existir: el que la pena tenga que existir le es casi siempre no sólo evidente y obvio a la gente, sino que es una opinión que, además de estar generalizada, es expresada por los seres humanos con naturalidad. La pena viene bien, se dice. Pero más que eso, hoy en día es necesario aclarar la razón por la cual no respondemos a determinados problemas imponiendo una sanción. No considero una casualidad que palabras como "Rambo" o "macho" hayan desaparecido del vocabulario insultante en el ámbito del idioma alemán a diferencia de "buena onda", "alivianado" o simplemente "bonachón", términos éstos que se han ganado ya un lugar. Lo que sucede es que se desplaza una gran cantidad de argumentos y se alecciona a la opinión general con términos que parecen ser suficientes para catalogar a una determinada situación como incuestionable, plausible o simplemente como acertada: se trata entonces de un rechazo antes de cuestionar, sancionar antes de subsanar o de simplemente perdonar. Hoy en día no es el término crudeza el que nos debe ser aclarado y explicado, sino más bien el término flexibilidad.

## II. Control social

### 1. Vida cotidiana

#### a) Penas, discursos, procedimientos

Es evidente que en el marco de la educación de los niños se emplea constantemente la pena, entre las que se encuentran algunas de carácter

incorpóreo y suaves (aunque generalmente no se trata de este tipo de sanciones). Conocemos también una especie de "mirada sancionadora" frente a la cual agachamos la cabeza. Hacemos pedazos (de forma tajante, ¡eso suena bien!) la conciencia de aquellos que se lo hayan ganado. Hay también un silencio de carácter punitivo entre los hombres que se encuentran en una relación común, de esta forma, no hablarle a la persona de al lado significa un acto de crítica o desaprobación. Hay penas en la escuela, en el trabajo, entre amigos y colegas y naturalmente también ante los tribunales —no sólo ante los tribunales penales, sino también ante los laborales, sociales o civiles en los que las infracciones también tienen una consecuencia— de tal manera que cuando un sujeto comete una falta obtiene como respuesta una sanción: el despido, la prohibición de tener contacto con otra persona o la reducción del salario.

Todos los días hay discursos acerca de las penas, éstos se verifican entre las personas, en la familia, en la prensa, en la radio, en la televisión y ante los tribunales: ¿Entonces fue él realmente? ¿De verdad lo habrá hecho? ¿Habrá sido aquello tan grave? ¿Por lo menos pidió perdón? ¿Y si ahora mismo no tomamos medidas, qué haremos la próxima ocasión ante una desfachatez como ésta? ¿Justificar el despido sin previo aviso? ¿Hay todavía alguna forma de aplazar la ejecución de la pena? Todos éstos son discursos pretenciosos sobre la pena que se verifican en la vida cotidiana.

Hay incluso procedimientos en el marco de las penas, hay instituciones y competencias. Esto se entiende cuando hablamos sobre los tribunales mismos, respecto de los cuales y tratándose de un Estado de Derecho, existe un ordenamiento procesal en el que se define y fundamenta el proceso. Sin embargo, también descubrimos procesos del otro lado de las salas de audiencias de un tribunal, es decir, aquellos que existen en nuestras ingenuas y punitivas vidas cotidianas. Me refiero al caso en el que uno de los padres de familia inflige una pena y la otra parte se mantiene pasiva, aunque también existe la posibilidad de que una hermana cumpla con las funciones de defensora, o que por el contrario sea un tercero el que intente calmar un poco la situación, pero también podemos escuchar la conocida forma de reproche: "es que, precisamente viniendo de ti, no puedo aceptar esto".

Vamos a detenernos en estas reglas del procedimiento penal que se verifican en la vida cotidiana. Quien atenta en contra de estas normas se arriesga a ser objeto de una sanción que, ocasionalmente, puede consistir en una reacción exagerada o quizás sólo en una desaprobación o crítica.

Luego, evidentemente existen penas en la vida cotidiana, hay discursos acerca de la conveniencia de las penas, y existe algo así como un procedimiento para la imposición de esas sanciones. En suma, existe lo que denominamos "control social", un *topos* de gran contenido y que le es indispensable a todo aquel que quiera entender lo que significa la pena en nuestro mundo. Los científicos sociales incluyen en el concepto de control social una trilogía de elementos que de forma sencilla podríamos ordenar de la siguiente manera:

- Vivir con normas sociales.
- Sancionar desviaciones con estas normas.
- Observar, para estos efectos, determinadas normas de procedimiento.

#### b) Normas

Generalmente es hasta el momento en el que se reacciona en contra de su incumplimiento, cuando nos damos cuenta de que existen determinadas normas que utilizamos como modelo a seguir para nuestro comportamiento, las cuales ni están escritas ni se encuentran sistemáticamente organizadas. Estas normas no están formalizadas ni necesitan de una justificación propia en tanto que la gente se rige en gran parte con base en ellas. Simplemente son válidas. Esto último nos ahorra el laborioso proceso de justificarlas y además nos proporciona la expectativa de que regirán tanto al prójimo como a nosotros mismos. Esta expectativa es recíproca y en los casos más comunes se puede confiar en ella. Se trata de normas que son válidas para todos aquellos que viven en comunidad y vinculan a las personas.

Sin la seguridad de una expectativa no podríamos existir pues de lo contrario tendríamos que concebir nuestro mundo todos los días y tendríamos que fundamentar nuevamente aquello que consideramos correcto. Eso nadie lo puede hacer. El que no actuemos precipitadamente todos los días entre nosotros, que no sancionemos de forma

excesiva y que reaccionemos amistosamente a una amabilidad, pertenece al repertorio de conductas que, como sucede en el ámbito de lo cotidiano, no lo sacamos todos los días de nuestra mochila y lo sujetamos a una reflexión y examen, sino que sencillamente lo aplicamos. Sólo debido a circunstancias como éstas es que podemos situarnos en un punto medio y observar precisamente cómo actuamos.

La seguridad urgente y necesaria que puede existir en una determinada situación se ubica, en un sentido positivo, por encima de un arreglo cotidiano de la expectativa, es decir, sobre su estabilización, y en un sentido negativo, sobre la punición en el ámbito de la defraudación de expectativas. Una expectativa tiene determinada validez para todos nosotros, de tal manera que pensamos que nuestros semejantes esperan también el cumplimiento de las mismas expectativas, de esta forma creemos firmemente en que existen las mismas pautas, un mismo "ritmo" entre todos y que de nosotros se espera lo mismo que esperamos de los demás. Es por ello que los científicos sociales hablan, con un lenguaje no muy bello pero sí lleno de conocimiento, de "espera de expectativas" y llegan así a la conclusión de que nos encontramos normativamente encadenados los unos a los otros, unidos, vinculados: "obligados" en toda la extensión de la palabra. Vivimos con y mediante normas sociales.

Las normas sociales son cambiantes y tienen validez en diferentes niveles de nuestra sociedad, con diferente contenido y también con diferente fuerza: las mujeres del norte, con 50 años de edad y dedicadas a su casa ven el mundo de forma diversa (y se comportan también conforme a esa visión) que una estudiante del sur, de 15 años de edad y dedicada al estudio. Profesión, edad, sexo, región, estrato social y experiencia en la vida son los ingredientes que conforman las normas sociales, de tal forma que para un grupo determinado de personas hay normas diferentes a las de otro grupo. Debido a su diversidad y diferencia pueden existir conflictos normativos, claro, siempre que vivan lo suficientemente acerca unos con otros. No obstante ello, aun y con estas diferencias y movilidad de las normas llegamos a acuerdos satisfactorios. Pertenecen a nuestra vida cotidiana, estamos organizados conforme a ellas y sabemos muy bien lo que pasa cuando son infringidas.



c) *Sanciones*

Es a partir de determinados límites (que también son variables) que no se toleran las desviaciones que van más allá de la norma o que llegan a lesionarla. De esta forma, quienes se encuentran relacionados con estos casos acuden a la represión y sanción tal y como he ejemplificado con anterioridad. Estas sanciones no son simplemente una consecuencia de una lesión o daño de un interés determinado (como por ejemplo la fijación de una indemnización o la exclusión de una comunidad de la comunicación) sino que son, ante todo, la respuesta a la previa lesión de una norma y es precisamente ahí donde radica el núcleo teórico penal: el padre quiere que su hijo observe las normas y lo sanciona porque su comportamiento perjudica su bienestar de tal manera que, durante el lapso de un mes, el joven obtendrá menos dinero por parte de su padre.

La sanción no es únicamente la imposición de un mal, tal y como de forma tan bella sostienen los penalistas, la sanción es ante todo la respuesta a la lesión de una norma y esto tiene una importante consecuencia. La lesión de una norma tiene que fundamentarse en una relación determinada que está cerca tanto del aspecto comunicativo como del aspecto normativo: la sanción se debe basar en la infracción de una norma y debe estar estrechamente vinculada a ésta, si es que en verdad quiere ser la respuesta a esa afectación. La sanción no debe ser la pura y unilateral imposición de un mal, sino que debe mantener un equilibrio con el daño causado. Por eso es que tiene que suceder a la lesión, por lo cual tiene que darse prisa de tal manera que se aplique consecutivamente a la afectación causada y de esta forma pueda ser, todavía, experimentada como una respuesta a la lesión producida. Luego, la pena no puede superar en su intensidad a la intensidad de la lesión de la norma causada, por lo que debe ser proporcional a ésta, es decir, debe ser equitativa. De esta forma, la infracción de la norma y su respuesta mediante una sanción se limitan mutuamente y aquello que las une y que las mantiene en una estrecha relación es de naturaleza empírico-psicológica al igual que normativa, son, al mismo tiempo, experiencia y valor.

d) *Estructuras profundas*

Hay una cantidad considerable de conocimientos respecto del fe-

nómeno de control social que son constantes, que se conservan y que se discuten actualmente. Pero más evidente es que no nos encontramos ante fenómenos superficiales, más bien se trata de un asunto que tiene que ver son estructuras profundas ancladas por el paso del tiempo en nuestra vida en sociedad y que no pueden evaporarse ni cambiarse tan fácilmente. El control social, es decir, la vida con normas sociales que se traducen en seguridad y su puesta en marcha mediante la aplicación de una sanción debido a la lesión de una norma es en verdad una parte estable de nuestra conciencia y de nuestra cultura cotidiana.

Y esto está lleno de contenido. Del control social basado en la vida cotidiana de una sociedad cualquiera, depende el grado de conformidad con un modelo de Estado de Derecho, así como el grado de humanidad de las facultades estatales de intervención a través del Derecho Penal y del Derecho de policía. Sobre un control social represivo, poco claro, primitivo y desproporcionado no se puede construir un Derecho Penal civilizado. Un pueblo insensible e irracional tan sólo intenta, al final, entender que determinados convenios son normativamente ineludibles, esperar que un pueblo así entienda que un convenio es algo más que una simple relación estratégica es pedir demasiado, y francamente esto es muy poco para el Derecho.

La flexibilidad de las normas sociales, la proporcionalidad de las normas sociales y la claridad en el proceso de aplicación del control social son los parámetros que permiten establecer normas conforme a las pautas de un Estado de Derecho. Pero la influencia es recíproca, de tal manera que con el paso del tiempo, también un Derecho brutal embrutece el proceso sancionador de la vida cotidiana. Y debido a que todo esto es así, es ingenuo creer que mediante la acción política se puede influir en una sociedad que se encuentra encadenada a un control social incivilizado y buscar implantar en ésta un Derecho Penal sensible. El control social y el Derecho Penal se regulan mutuamente, caminan de la mano y se influyen uno al otro. Y los procesos del control social son mucho más difíciles de reformar que el texto del Código Penal.

Este dictamen no se basa en otra cosa más que en experiencias y en nuestras vidas cotidianas, y para estos efectos no se requiere en lo más mínimo un agudo análisis científico. De tal forma que ocasional-

mente escuchamos la particular pregunta: ¿Debe existir la pena? Una pregunta así formulada llama la atención, y es que, si de eso se trata, nos podríamos preguntar igualmente: ¿Debe existir el clima? Con ambas cosas, la pena y el clima, vivimos, a veces mejor, a veces peor, y la pregunta acerca de su supresión sigue formulándose en primer plano y sospecho que va a seguir así durante algún tiempo.

## 2. Ciencia

Lo que aprendemos de nuestras vidas cotidianas y todo aquello que en éstas se fundamenta es observado, analizado y monitoreado por la ciencia que se encuentra vinculada al Derecho Penal. Con el término ciencia no me refiero aquí a la ciencia del Derecho, que, de todas formas, es una teoría referida a una profesión. Me refiero a las ciencias empíricas que se cuestionan acerca del mundo antes de construir sistemas u opiniones, es decir, que buscan conocer cómo es que nacen y se construyen las penas y qué significado tiene su imposición para aquellos que directa o indirectamente están relacionados con la pena.

Estas ciencias han prosperado mucho hasta ahora y sus observaciones han sido, entre tanto, confirmadas. Dejo entonces aún pendiente por fundamentar las afirmaciones que he formulado en torno a lo cual las ciencias referidas al ser humano, especialmente la psicología, tienen mucho que ver. Y es que personalmente me interesan mucho más las observaciones y el conocimiento de las ciencias sociales, es decir, las ciencias referidas a la sociedad y que buscan conocer cuál es el rol que juega el Derecho Penal para todos nosotros. Estas observaciones y análisis se refieren directamente a nuestras experiencias cotidianas y profundizan mucho sobre el problema referente a las razones por las cuales la pena pertenece a nuestro mundo, pero también acerca de lo que la pena significa en nuestro mundo.

### a) Normas

Las penas, dicen los científicos sociales, nos encierran y mantienen esencialmente unidos en sociedad, pero también nos permiten diferenciarlos entre los miembros de otros grupos sociales, es decir, desarrollar

una conciencia acerca de adónde pertenecemos y crear una especie de patria de tipo social y normativa. Las penas, por decirlo de alguna forma, viajan con nosotros y contienen los valores y las reglas de convivencia conforme a las cuales las personas viven y de las cuales no quieren o no pueden desprenderse.

Las penas, decía a finales del siglo antepasado el reconocido autor Emile Durkheim, tuvieron que ser creadas: hay determinadas infracciones a normas, comportamientos socialmente desviados, decía él, y son estas infracciones a las normas contra las que no sólo tenemos que luchar, sino que también, en un sentido bastante complejo, tenemos que recibir con agrado, pues brindan a nuestra sociedad alternativas de vida, mantienen, por así decirlo, la proporcionalidad en el baile, pero sobre todo esto, nos brindan la posibilidad de reafirmar continuamente nuestras normas, crear y cuidar la *conscience collective*, es decir, nuestra conciencia general y común. Aunque todos y cada uno de nosotros tuviéramos nuestras conciencias blancas como la nieve—tal y como nos imaginamos a las monjas de un convento—tendríamos que seguir identificando y diferenciando nuestras normas de otras, y durante este proceso, diagnosticaríamos cómo perfeccionar y delimitar de mejor manera la más insignificante desviación, lo que haríamos tan sólo para tener la oportunidad de sancionar, y de esta forma, tener la oportunidad de acercar cada vez más hacia nosotros mismos la comodidad y seguridad de nuestras normas conforme a nuestras propias conciencias.

Esto suena un poco a herejía o ligeramente loco, sin embargo, si se analiza con un poco de paciencia, nos muestra cómo es que nuestras experiencias cotidianas se relacionan con las penas<sup>1</sup> y la forma tan cuidadosa en que se encuentran vinculadas.

Es efectivamente cierto que los diversos grupos se identifican, antes que por cualquier otra cosa, por las normas sociales que existen y que tienen validez entre ellos. Ese aspecto es el que precisamente marca la diferencia entre los diversos grupos. Que un sujeto pertenezca o no a un grupo depende, antes que nada, de lo que él considera en sentido normativo como cierto o como falso, como bueno o malo, debido a

<sup>1</sup> Véase el punto II.1.

lo cual siempre se debe tener presente que en este sentido las "normas sociales" constituyen un tema bastante extenso y que pueden estar vinculadas a temas tan corrientes como la música "correcta", modas de vestir y estilos de lenguaje, pero también a "formas de comportarse francamente imposibles, a la elegancia, la comodidad e incluso a la forma de caminar. Se trata de un campo bastante amplio.

Las normas son entonces la pauta que nos separa y distingue de otros, pero también el lazo que nos mantiene unidos, seguros y fuertes. Las infracciones a las normas son una amenaza en contra de la unión del grupo. Esta amenaza se dirige hacia el interior de nuestra conciencia como esencia de nuestra socialización y por ello merece nuestra máxima atención. Luego, las infracciones a la norma obtienen también sanciones.

#### b) Sanciones

Desde el punto de vista de las ciencias sociales sancionar la infracción de una norma no sólo indica que dicha infracción, al lesionar la norma, obtiene una respuesta. Eso se sobreentiende y da como resultado la obligación de respetar la norma tal y como ya expusimos en el marco de la lesión de normas y sus respectivas sanciones<sup>2</sup>. Pero la sanción como respuesta a la infracción de una norma significa mucho más que lo hasta ahora expuesto. Ésta anuncia a todos los partícipes a quienes les concierne de forma directa, pero también a quienes están en el entorno e incluso a aquellos que se encuentran más apartados, el mensaje de que el conjunto de sanciones está ahí, presente, y que actuará de inmediato ante la infracción de la norma: dicho de otra forma, se envía el mensaje de que el hecho de haber infringido la norma no es más que un simple hecho, que la infracción no perdurará, que eso no es lo que debe regir, en suma, que la lesión a la norma es rechazada.

Esta forma de validez de la norma es denominada "contrafáctica" y es una expresión acertada, pues muestra el núcleo de las normas de corte normativo y el sentido que tiene sancionar la infracción de las normas.

<sup>2</sup> Véase el punto II.1.c.

Mientras que las leyes del mundo exterior empíricamente fundamentadas son refutadas a través de su lesión y dejan de tener validez, es decir, que mantienen su vigencia, por ejemplo, hasta que la primera de las manzanas que cuelgan de un árbol refute a la ley de la gravedad, sucede algo diverso con las leyes basadas en criterios normativos y más o menos también con las normas sociales: la comisión de un robo de ninguna manera refuta ni destruye la prohibición de robar, más bien la fortalece. Incluso sucede lo mismo en el caso de propagación de robos —desde un punto de vista contrafáctico— toda vez que hay muchos sujetos que no se detienen en su actitud a pesar de existir la prohibición de robar. Y es que si todas las personas se detuvieran en su actitud ante la prohibición de robar, entonces nuestra prohibición de robar llegaría en algún momento a ser obsoleta, dejaría de tener fuerza y estaría en peligro de extinguirse con el paso del tiempo tal y como sucede con el canibalismo: ya no conocemos a un determinado número de conciudadanos que provoque el fortalecimiento contrafáctico del canibalismo, afortunadamente para nosotros, pero para desgracia de la validez fáctica de esta prohibición, o sea que por ahora estos casos están en el olvido, pero sólo por ahora. De tal manera que dicha prohibición no la eliminamos pues no podríamos justificar su desaparición desde un punto de vista normativo, aunque por el momento no encontremos a persona alguna que la infrinja.

#### c) El sentido de la pena

Si uno ve las cosas así, entonces se llega, tan sólo después de caminar un poco, al punto donde se encuentra la fastidiosa lucha de trincheras acerca del sentido de la pena y que se ha verificado en las últimas décadas, perdón, en los últimos siglos: retribución y expiación contra intimidación y rehabilitación, los clásicos contra los modernos, teorías de la pena represivas contra las preventivas, las teorías absolutas contra las relativas y, en fin, todas éstas juntas, como en un juego de dados, contra la teoría unitaria. Precisamente al siglo pasado pertenece el muy particular intercambio de golpes que ha sido denominado como la "lucha de escuelas" y que, dicho entre nosotros, nada bueno ha producido y tan sólo se ha propagado. Parece que ya



hasta nos acostumbramos a ver las luchas y simplemente nos instalamos cómodos para ver el espectáculo.

#### A) Aclaración

[Quizá los teóricos muy comprometidos con la teoría de la pena no han tomado muy en serio (si es que no lo han pensado ya con anterioridad) que sus observaciones sobre el sentido y fin de la pena sí que tienen trascendencia al momento de aplicar la pena en la *praxis*. Posiblemente estas ideas han sido un poco esotéricas, alejadas radicalmente de la mediocre realidad de nuestro mundo o quizás se ha intentado aplicarlas de forma inflexible y se han mantenido lo suficientemente apartadas de experiencias anteriores en la aplicación de las penas y de las consideraciones formuladas por las ciencias de la experiencia. El batallón compuesto por la retribución y la prevención, por los clásicos y los modernos se encuentra en el cielo de los conceptos jurídico y penal y ocasionalmente unos y otros ganan algunas batallas, pero en el mismo nivel, mientras que abajo, en el mundo terrenal, se ejecutan todo tipo de penas sin que se les conceda la oportunidad de echar una miradita al cielo. Las teorías del sentido de la pena son a menudo una clara justificación para el distanciamiento entre teoría y *praxis*].

[De otro lado, si se observa detenidamente la práctica de la aplicación de las penas en el ámbito cotidiano de la sociedad<sup>3</sup> y se toman en consideración los resultados obtenidos por las ciencias de la experiencia<sup>4</sup>, se podrá observar que éstas ofrecen, conjuntamente, resultados bien razonados y fructíferos que sirven como puente para llegar a la teoría de la pena dentro de la ciencia del Derecho. Quisiera señalar, cuando menos, cuáles son los contornos de este puente. Sobre éste yacen las opiniones de legos y de pensadores experimentados y es ahí donde se ubica el punto de encuentro].

Lo que Hegel concibió hace ya tiempo —mediante una fórmula fácil de recordar— al respecto del sentido de la pena, es decir, “la negación de la negación del Derecho”, se puede descubrir fácilmente

<sup>3</sup> Véase el punto II.1.

<sup>4</sup> Véase el punto II.2.

en la experiencia de la vida cotidiana y en las fórmulas de las modernas ciencias sociales: se repite lo ya dicho, se refleja y se confirma otra vez. Lesionar o infringir una norma puede concebirse con toda razón como la negación de la negación del Derecho. Y es que no se trata tan sólo del interés por parte del ladrón, del calumniador o del defraudador de lesionar un bien ajeno, lo cual se refleja en la infracción de la norma, sino que se trata también de una agresión en contra de la “espera de expectativas”, que dependiendo de la concreta lesión de la norma, se encuentra precisamente en la prohibición de realizar determinadas acciones.

Naturalmente que el ladrón desea quedarse con el objeto robado, así como el defraudador quiere conservar las ganancias obtenidas, obviamente que quien injuria no desea como respuesta una agresión a su persona. Con esto quiero decir que, normalmente, los delincuentes también están interesados en que el ordenamiento jurídico continúe teniendo vigencia, es decir, no se trata de autores por convicción o revolucionarios que busquen criticar a la norma mediante la infracción que de ésta cometen. Pero esto no afecta en lo más mínimo la consecuencia de que juntamente con la agresión que ejecutan en contra de un determinado bien, lesionan la norma y niegan, en el caso concreto, la vigencia de ésta. Pero eso no es todo: ellos debilitan la confianza de los demás en la vigencia de la norma al mismo tiempo que muestran que la norma es susceptible de ser infringida. De otro lado, y desde el punto de vista de los demás miembros del conglomerado social, se muestra igualmente que a la infracción de una norma le sigue inmediatamente una respuesta, la cual deja muy claro que la norma no se conforma con haber sido infringida, es decir, que a la negación de la norma le debe seguir de inmediato la negación de esa negación de tal manera que decidimos que en el futuro no renunciaremos a la norma hoy infringida.

La sanción, la pena que sigue a la infracción de la norma niega la lesión de la norma que a su vez había negado a la norma y de esta forma adquiere, evidentemente, sentido la sanción: no se trata de un baile en el cielo de los conceptos filosóficos de la pena, sino de un acuerdo realizado en el marco de la relación normativo-social y que se refleja en las normas que deben regir entre nosotros. La agresión



que experimenta la norma, su lesión, no tiene razón en sí misma, es nula desde el punto de vista normativo y por sí misma insostenible, por eso es sancionada y es negada a través de la sanción. Por su parte la sanción, que es proporcional a la infracción de la norma, es capaz de restablecer la vigencia de la norma lesionada.

Así las cosas, nos percatamos de que el punto de vista científico-social retoma las experiencias de los seres humanos y se fundamenta específicamente en las relaciones entre ellos. No se trata de una contradicción abstracta entre retribución, prevención y sus respectivos teóricos. Más bien se trata de una relación fundamental entre la norma, su lesión y la sanción como restablecimiento de la norma, o sea, una relación que también es retomada por nuestras experiencias en la vida cotidiana.

Esta concepción del sentido de la pena —que es una variante de la hoy discutida “teoría de la prevención general positiva”— no sólo puede aclarar el sentido de la pena y conectarla con las experiencias que los seres humanos sufren en sus vidas cotidianas, sino que también puede justificar<sup>5</sup> la pena así como sentar sus límites<sup>6</sup>.

### B) *Justificación*

Si se ubican a la infracción de la norma y a la sanción en una relación como la señalada, entonces ya casi se ha obtenido la justificación de la pena. Si se aplica esta fórmula, entonces la sanción es inevitable ahí donde se haya infringido la norma, si es que se quiere seguir manteniendo a la norma lesionada. Dicho de otra forma: es la propia norma la que justifica la sanción de su lesión. Expresado de forma más sencilla: si la infracción de una norma queda sin una respuesta que la corrija y sancione, entonces persiste la infracción a la norma, y si persiste la infracción a la norma entonces de una u otra forma ésta tiene la última palabra y esto, sin duda, tiene consecuencias para la vigencia de la norma. Luego, para los ojos de la comunidad se ha mostrado cómo la lesión de esa norma para cualquiera de los

<sup>5</sup> Véase, sobre esto, el punto B.

<sup>6</sup> Sobre esto, y en relación con el control social, véase el siguiente apartado C. Sobre Derecho Penal, véase el punto III.

que se encuentran en su entorno, o sea, para todos nosotros, es prácticamente aceptada. De extenderse aún más la omisión de responder a las lesiones que se causan a las normas, sucede que se generaliza la impresión entre la comunidad de que no interesa el prevalecimiento del orden jurídico, o sea, que simplemente somos espectadores de las infracciones que se causan a las normas. Y esto lo saben muy bien quienes viven en Estados donde los sistemas políticos lesionan sistemáticamente los derechos humanos de sus ciudadanos: si no se hace pública respuesta correctiva alguna a estas lesiones que se causan al ordenamiento jurídico, gobierna entonces el sistema de la impunidad y triunfan este tipo de atentados una vez más, envenenando así la relación entre los hombres y el Estado y las normas y el Derecho Penal.

Así las cosas, se justifica la sanción que corrige la infracción a la norma, se justifica la imposición de una pena por la comisión de un delito. Así de sencillo es el núcleo del asunto. Lo que rodea al núcleo que acabo de referir en el marco de su concretización, no es una corrección a la vía de justificación de la pena aquí expuesta, sino que se trata de otro tipo de circunstancias, posiblemente vergonzosas, que no voy a reproducir aquí.

[Quisiera señalar a algunos de ustedes la situación de que se encuentran vinculados a la relación entre conceptos y realidades en el marco del sentido de la pena].

En torno a lo señalado por Hegel es necesario resaltar que la agresión a la vigencia de la norma que se efectúa mediante la infracción de ésta y el restablecimiento de la norma a través de la sanción, son sucesos que juegan en el cielo de los conceptos de la teoría de la norma, pero es del todo cierto que aquí se trata de normas y de su vigencia, también de conceptos y sistemas, de exactitud y precisión. En este sentido las teorías acerca del sentido y fin de la pena son valiosas, pues permiten cruzar el puente que lleva a la realidad.

“Realidad” es una palabra enorme y a la vez peligrosa, pero con un poco que se desarrolle y se observe con atención, se puede entender muy bien su contenido.

El término “realidad” tiende, siempre que se utilice como lo hacemos ahora mismo nosotros para cuestionarse el sentido y fin de la

pena, a incluir representaciones y sensaciones, va referida al conocimiento y voluntad, es decir, a la parte cognitiva y emotiva de la pena en relación con todos y cada uno de aquellos que se encuentren en relación con ésta: los que imponen sanciones, los sancionados, quienes se encuentran en su entorno, todos nosotros. Sancionar, en el marco de la vida cotidiana, significa frecuentemente –y en el marco del Derecho casi siempre– un proceso en el que muchos participan, incluso quienes nada tienen que ver con el asunto participan de forma transitoria, por ejemplo, quien lee un periódico. El proceso mediante el cual se impone una pena es en buena parte público, es un acontecimiento que sucede entre aquellas partes que están interesadas. Y la forma de participación en este proceso se verifica de diversas formas: van desde una forma directa, pasando por la intervención o solamente a través de un seguimiento, de tal manera que sancionar tiene algún interés para todos.

No solamente los autores y las víctimas, tampoco únicamente los jueces, defensores, abogados, los encargados de ejecutar las penas y los agentes judiciales participan en este proceso, tampoco sólo los niños, los esposos y las hermanas están relacionados con este fenómeno. También quien tan sólo da la noticia de la imposición de una pena en los medios de comunicación tiene algo que ver, incluso quien no tiene lo más mínimo que ver con el proceso de sanción tiene un grado de participación en lo referente a la sanción, toda vez que puede estar pendiente y no quitar el ojo al respecto del tema de la “realidad de las penas”. Al final, también este lejano espectador va a contribuir, aunque sea, con un granito de arena siempre que el tema se trate del sentido de la pena. Este sujeto tendrá también, como todos los demás, su propia opinión acerca de cada uno de los innumerables procesos que existen para imponer sanciones y al respecto de los cuales no tiene un conocimiento específico. La cuestión acerca de las representaciones y sensaciones se dirige directamente a nosotros, claro, siempre que se trate de las penas. Se dirige a aquello que he denominado “realidad de las penas”.

Es cierto que el sentido y fin de la pena se encuentra en los corazones y mentes de aquellos a quienes se les impone, pero también en quienes, aun estando distantes, participan en el marco de su imposición. Co-

rrección, intimidación y el restablecimiento de la norma infringida no son conceptos que se opongan uno al otro, sino que más bien se complementan entre sí. El concepto de corrección estaría vacío de contenido si no se lo vinculara a la idea del prevailecimiento de la norma lesionada, tal y como lo estaría el fin de intimidación si no se lo vinculara a la idea de alcanzar una vida mejor. Las normas son eso, corrección e intimidación se complementan a sí mismas.

### C) Límites

El control social es, al igual que el Derecho Penal, un fenómeno que implica injerencias. Y lo hay del tipo positivo, como lo es el consistente en el desarrollo y estabilización de las normas sociales. Pero lo hay también de corte negativo, que teniendo la misma fuerza, se encarga de que se logren alcanzar esos fines. A estos instrumentos pertenecen, por cierto, los casos de donación voluntaria, pero también aquellos casos en los que se alecciona cuidadosamente. Pero a estos instrumentos pertenecen también sanciones muy rigurosas [tal y como ya hemos visto]<sup>7</sup>. En el Derecho Penal se trata, tal y como los penalistas señalan sin disimulo alguno, de la imposición de un mal. Ni qué decir que esto es correcto si de lo que se está hablando es de un concepto de mal bastante amplio que también abarque, por ejemplo, la amenaza de sufrir un proceso o del deber de presentarse en un lugar poco agradable.

Las injerencias contempladas en un ordenamiento jurídico de seres humanos deben ser, conforme a un Estado de Derecho, justificadas<sup>8</sup>, pero también deben tener límites. Ni qué decir que este tema es delicado pues, como posteriormente veremos<sup>9</sup>, se trata del pan de cada día del Derecho Penal, y eso sí, desde hace siglos tal y como también ha sucedido en el ámbito del control social, sólo que en el marco de este último, es más difícil percibir los abusos a diferencia de lo que sucede con el Derecho Penal. Este último no puede aplicarse ante la ausencia de límites y restricciones a las injerencias que le incumben. A diferencia

<sup>7</sup> Véase el punto II.1.b.

<sup>8</sup> Eso es precisamente lo que hemos hecho en el apartado B.

<sup>9</sup> Véase el punto III.

del Derecho Penal, el proceso que se sigue en el control social está menos formalizado y menos sistematizado de tal forma que los límites de su aplicación no pueden apreciarse tan fácilmente.

Así las cosas, no puede haber duda alguna de que los límites establecidos para las injerencias que se ejecutan en el ámbito de las sanciones sociales influyen en la permanencia o no de determinadas normas sociales. También en el caso de que se infrinja una norma, y cuando se considere a la sanción como una respuesta a la infracción de esa norma, incluso también cuando se observe un determinado procedimiento para la imposición de una sanción, aun en estos casos, todavía no se han cumplido los elementos fundamentales que debieran regir la imposición de una sanción. Y esto es así pues quien aplica la sanción, puede cometer el error de imponer una sanción desproporcionada y reaccionar de forma desorbitada. Esto se puede observar fácilmente en el trato a los niños, desde la disciplina que se impone en las escuelas, hasta la tarjeta roja que se le muestra a un jugador en un partido de fútbol: quienes se encuentran en el entorno en el momento de imponer una sanción, siempre tendrán su propio juicio acerca de los límites que encuadran a una reacción proporcionada ante la infracción de una norma, y en ocasiones hasta se ponen de acuerdo en esos límites. En el caso de que se superen estos límites entonces esta extralimitación se traduce en la lesión de una norma, lo que tiene como consecuencia iniciar de nuevo con el proceso de control social.

Por lo demás, este fenómeno se puede estudiar muy bien ante la ausencia que sufre de un sistema determinado: aquellas sociedades que sufren del fenómeno denominado "la venganza de la sangre"— y miren ustedes que todavía las hay— sufren, según nuestro lenguaje, debido a la ausencia de límites a sus facultades de injerencia (juntamente con la ausencia de una instancia de poder que sea neutral y equitativa y que es precisamente quien debiera imponer las sanciones). No pueden alcanzar la paz, porque no tienen una medida determinada, porque sus sanciones no sólo son una respuesta, sino que mediante su respuesta nuevamente vuelven a lesionar la norma. Precisamente con base en un mecanismo como el descrito es por lo que se puede observar lo difícil que es que un control social sea adecuado, que

tenga buenos resultados, lo proporcional que debe ser cada paso que se dé y la estabilidad con la que se debe conducir el timón.

### III. El Derecho Penal

Desde hace siglos, tal y como acabamos de decir<sup>10</sup>, los límites a las facultades de intervención del Derecho Penal han sido el pan de cada día. Como fue a partir del siglo XIX que los científicos del Derecho Penal y del proceso penal construyeron conceptos sistemáticos los cuales no tenían otro fin que el de precisar los fundamentos con base en los cuales se habrían de imponer las penas. [Hace apenas poco tiempo que la ciencia del Derecho Penal descubrió que en la parte donde la Constitución contempla los derechos fundamentales como arma jurídica para defenderse del Estado se encuentran los elementos necesarios para resucitar las antiguas y enriquecedoras elaboraciones de corte jurídico penal, luego, éstas pueden ser complementadas e incluso crear nuevas formas de restringir las facultades de injerencia sobre los ciudadanos mediante el Derecho Penal]. Utilizando un lenguaje especialmente intenso, mi colega de Frankfurt, Wolfgang Naucke, ha aglutinado estos esfuerzos científicos en una sola palabra: el Derecho Penal, dice él, no es el Derecho del combate a la delincuencia, sino el Derecho de los límites del combate a la delincuencia.

Yo retomo lo antes dicho, lo reformulo, lo hago un poco más bonito, aunque con menos riqueza teórica y lo traslado al ámbito del control social y opino que nosotros necesitamos al Derecho Penal, al Derecho Procesal Penal y a las penas toda vez que restringen los procedimientos de control social, los hacen evaluables y controlables y los ligan a principios fundamentales que sirvan a la protección de todos los seres humanos vinculados a este difícil conflicto que tiene que ver con la infracción de la norma: los probables responsables, los sentenciados, las víctimas, los testigos, los que imparten justicia y finalmente la sociedad. Formalizar el control social no es otra cosa más que limitar las facultades de injerencia penal.

<sup>10</sup> Véase el punto II.2.c.C.



Lo que en verdad se regula en el control social de la vida cotidiana, aunque todo sea dicho en algunos casos sucede sin que sea perceptible ni controlable<sup>11</sup>, se traslada al Derecho Penal, se escribe en papel y se publica en una ley, tiene que estar precisado de la mejor manera posible, no puede ser utilizado de forma retroactiva en perjuicio de persona alguna ni se puede extender mediante la analogía. Uno se puede defender y dejar que los demás se defiendan y en casos necesarios tener la ayuda del Estado; las sanciones no pueden ser desproporcionadas al hecho ni a la peligrosidad; se debe tener la posibilidad de que la sentencia recaída sea revisada en otra instancia y defenderse de un juez al que, con fundamento, se lo considera parcial.

No sólo el juez, sino también quienes legislan en materia penal están sujetos a los límites de un Derecho Penal formalizado. Así, y en el marco de las reacciones en contra de la criminalidad, el legislador está sometido al principio de proporcionalidad de tal forma que únicamente puede establecer tipos penales y penas en el marco de los límites fijados por la idoneidad, necesidad y moderación. Ante todo, está sujeto al principio de protección de bienes jurídicos así como debe estar dedicado a la tarea de reducir, hasta donde sea posible, al Derecho Penal en su carácter de *ultima ratio*, del último medio. Posiblemente traducir el principio de proporcionalidad signifique un problema para el legislador en el marco de un Derecho Penal formalizado, veamos: sólo cuando el legislador observe que existe un bien jurídico y además pueda acreditar que el Derecho Penal es el instrumento idóneo y necesario para protegerlo, es que puede criminalizar. El principio de protección de bienes jurídicos puede falsear la amenaza penal y, de otro lado, el principio de *ultima ratio* obliga al legislador a ser precavido: de existir un medicamento fuera del ámbito jurídico penal que sea igual de eficaz, que sea menos gravoso para el sujeto al que se le aplica, entonces el legislador habrá de quitar el dedo del Derecho Penal.

Dicho de forma sencilla: el Derecho Penal tiene —en las normas, sanciones y procedimiento— la misma estructura que el control social; es un producto más refinado. Su refinamiento consiste en la precisión,

<sup>11</sup> Véase, sobre esto, el apartado II.1.

control y corrección de las injerencias, tiene su origen en el establecimiento de límites. El refinamiento alcanza a la ley y a su aplicación en la *praxis*.

#### IV. Las miserias del delito y de la pena

Y debido a que todo esto es así, la demanda de suprimir el Derecho Penal de ninguna forma es una opción agradable para los seres humanos y mucho menos para los derechos humanos de las personas. Tan sólo se lograría, toda vez que el control social seguiría rigiendo nuestras vidas, eliminar los límites de las injerencias e intromisiones, dejando así vía libre a los poderosos intereses sociales para imponer sus sanciones. Y eso sí que sería una verdadera miseria.

Con esta bella y antigua palabra los dejo solos con sus dudas. Si tuviese un poco más de tiempo les expondría con mucho gusto lo que desde mi punto de vista debe ser resaltado con vehemencia en el marco del Derecho Penal. Nuestra vida cotidiana y nuestra política se caracterizan por tenerle un gran gusto al Derecho Penal. Pero eso es tinta de otro papel, y ha de discutirse en alguno de los futuros cursos de posgrado, quizás el XIII o XIV, cuando nuevamente el Derecho Penal y sus miserias se encuentren en el programa de estudio.