REVISTA

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIÓN DE NÚMEROS SUELTOS:

MARCIAL PONS, Librero
Apartado núm. 31 F. D.
28080 MADRID
ESPAÑA

Los originales deben enviarse al Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Obispo Trejo, s/n, 28040 Madrid, España.

La versión informática de los mismos puede enviarse a la siguiente dirección: mmelendo@sr.uned.es

12

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

2.ª ÉPOCA ENERO 1999 N.º 3

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2.ª Época, núm. 3 (1999), págs. 317-331

¿POR QUÉ Y CON QUÉ FIN SE APLICAN LAS PENAS?
(Sentido y fin de la sanción penal) (*)

WINFRIED HASSEMER
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Frankfurt a. M.
Magistrado del Tribunal Constitucional alemán

I. Pasado y futuro; concepto y fin

Cuando al enfrentarse a una cuestión fundamental para el Derecho penal y la Filosofía del Derecho se vuelve la mirada hacia su evolución histórica y se revisa con el fin de extraer una consecuencia para el futuro, el mejor camino para alcanzar este objetivo es atender a las conclusiones que entonces, tras un examen a fondo, se derivaron de planteamientos parecidos. Este camino es también aplicable cuando se trata de hacer una reflexión sobre la sanción penal, su concepto, su sentido, sus fines y su justificación.

El título de este trabajo[1] alude a la lección inaugural que impartió Schiller en la Universidad de Jena, el histórico año de 1789, sobre el valor de la Historia Universal; pero, en lugar de la estricta pregunta «¿qué significa?», utilizo un «por qué», más actual y dulcificado, sin pretender con ello cambiar un ápice su significado. Esta alusión no es meramente ornamental. La cuestión «qué significa y con qué fin» refleja el contexto en el que, desde siempre, tanto juristas como filósofos, se plantean el valor de la sanción penal; por una parte, se trata del con-

(*) Traducción: M.ª del Mar Díaz Pita, Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Sevilla.

[1] Este trabajo se corresponde con la conferencia impartida en Mayo de 1997 con motivo del cincuenta aniversario del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Pfalz, en Zweibrucken.

cepto de la pena estatal y su significado; por otra, se trata de su finalidad, cuestiones ambas que, normalmente, no suelen conjugarse bien.

«Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur» («ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para que no se vuelvan a cometer en el futuro»). Esta fórmula, que no sólo hoy nos impacta profundamente, es tan antigua que ni siquiera podemos establecer con seguridad la fecha en la que se redactó; su versión latina podría ser sólo una traducción para lectores y oyentes que no dominaban otras lenguas aún más antiguas. Esta fórmula juega con el pasado y el futuro (*peccatum est-ne peccetur*) y —como también hace Schiller— con la relación entre el concepto de la institución («¿qué significa?») y su finalidad («¿con qué fin?»); asimismo, proyecta el sentido de la pena hacia el futuro, tomando partido, decididamente, a favor de su finalidad. Por ello, esta fórmula resulta moderna, en lo que se refiere al Estado que impone una sanción: la mera valoración de delitos cometidos en el pasado no tiene sentido (incluso cuando por pena se pueda entender la producción de un mal añadido a otro como respuesta al mismo). El mensaje de esta fórmula podría ser: olvidaos de la teoría y del pasado, mirad hacia delante y organizad vuestro sistema penal de manera que, en la medida de lo posible, no se vuelvan a lesionar determinados derechos.

¿Quién no estaría dispuesto hoy a adherirse a esta fórmula? E incluso a ampliarla con una afirmación así: la idea de sumar un mal a otro no tiene sólo carácter medieval sino también —y quizás— metafísico; el Estado moderno debe ajustar su actuación a criterios empíricos basados en los éxitos y los fracasos; y esto lo hace también responsable ante la víctima y ante el ciudadano que paga sus impuestos.

II. El Derecho penal como fuente de expectativas

Estas expectativas sobre los efectos beneficiosos de la pena estatal han sido formuladas en los últimos años con insistencia y de forma unánime, algo que en otros campos de la política interior de cualquier Estado es difícil de conseguir. El Derecho penal y la pena están de moda, se han convertido en la panacea social y no pocos penalistas, que han tenido que sufrir una existencia profesional a la sombra del Derecho civil, el «auténtico» Derecho, la «cumbre» de la Jurisprudencia, ven este hecho con satisfacción.

Lo cierto es que, para los legos —y también para los estudiantes de primer curso de Derecho— el Derecho penal ha sido siempre el prototipo del Derecho. Desde luego, quien lea por encima el periódico debe

pensar que los juristas se ocupan, en un noventa por ciento, de casos penales, si acaso de algo de Derecho de familia y un poquito de Derecho del trabajo, lo que, ciertamente, es a veces confirmado por la realidad. El Derecho penal y la pena han sido elevados a la categoría de fuente de expectativas para la solución de los grandes problemas políticos y sociales, y la «necesidad perentoria de actuar» se asocia, para los responsables de calmarla, con el aumento de prohibiciones, intervenciones y sanciones penales. Veamos algunos ejemplos.

Fraudes a la Seguridad Social, contaminación del medio ambiente, terrorismo, estructuras mafiosas nacionales e internacionales, drogas, corrupción, distribución de productos peligrosos, transporte de mercancías, evasión de impuestos. A todos estos flancos se enfrenta el Derecho penal, y, de forma cada vez más consciente, la Justicia penal abandona su tradicional rincón de la violencia cotidiana, de la criminalidad habitual y dirige su atención a las altas esferas de la dirección de bancos y empresas, a los chalets de lujo y a los edificios gubernamentales. El aforismo de que el Derecho penal deja siempre escapar a los peces gordos es ya agua pasada, como ha demostrado no hace mucho el KG en el proceso de Mykonos; y, para muchos, ser abogado de la defensa se ha convertido, en el ámbito profesional, en una de las ocupaciones más respetadas e incluso lucrativas.

Todo esto encaja bien: el Derecho penal se deshace de planteamientos pasados, como la simple valoración del injusto y de la culpabilidad, se propone la persecución de determinados objetivos y promete la solución de muchos problemas; las teorías preventivas prometen la mejora de los delincuentes condenados o la intimidación de los delincuentes potenciales, o sea, de todos nosotros. La sociedad y los políticos también lo ven así: basan sus planteamientos en la eficacia del Derecho penal y lo hacen creando nuevas figuras penales y endureciendo las penas, confiando al Derecho penal la solución de los problemas más acuciantes, que esperan resolver con la amenaza penal y, en casos extremos, con la pena de prisión.

Pero ¿hasta qué punto es cierto todo esto? Si nos fijamos con detenimiento, nada de esto tiene que ver ni con nuestras tradiciones ni con nuestras experiencias.

III. Tradiciones

En lo que se refiere al núcleo de nuestras tradiciones sobre el concepto, sentido y fin de la pena, sigue siendo válido el «ejemplo de la isla» propuesto por Kant en su *Metafísica de las costumbres*. Según este

ejemplo, antes de que todos los habitantes de una isla la abandonen, antes de que la sociedad se disuelva y sus miembros se esparzan por el resto del mundo, habría que ejecutar al último asesino que quedara en sus cárceles. Y no porque pudiera ser peligroso para alguien o porque en interés de todos se debiera resocializar (con la disolución de la sociedad ello no tendría sentido), sino para que con esta ejecución, según Kant, todo el mundo fuera consciente del valor de sus actos y con ello se restableciera la Justicia.

Este ejemplo choca con todos nuestros planteamientos sociales y humanitarios sobre los fines preventivos del Derecho penal; nada de mejora ni de intimidación, ni siquiera la reparación del daño debe ser objetivo del Derecho penal (ya que, con la disolución de la sociedad, nada de esto tiene sentido); sólo con la consecución de la Justicia es suficiente. Una Justicia peculiar, rígida, estricta, vengativa, que destruya la vida del condenado. Una concepción peculiar del sentido de la pena, elitista y casi arrogante: el restablecimiento de la Justicia sin tener para nada en cuenta las ventajas que ello puede suponer.

El que opine que esta concepción pertenece al pasado y se podría arrumbar en el trastero de la dogmática, no debería precipitarse y pensar sólo en las concepciones penales de la sociedad cotidiana y en sus promesas respecto a un futuro mejor. Quizás todavía tenga que echar mano del trastero y sacar de él algún que otro objeto que le permita entender mejor las actuales experiencias que determinan la pena y el Derecho penal.

IV. Experiencias

Del círculo de estas experiencias me gustaría sólo destacar un par de ellas, observándolas con detenimiento, y discutir si las tradicionales explicaciones acerca de los conceptos de intimidación y resocialización son válidas para hacernos comprensibles nuestras experiencias e indicarnos cuál es «la forma correcta de actuar».

Aunque no de forma excluyente, pero sí con gran repercusión, el fenómeno de los abusos a menores ha ocupado en los últimos meses tanto a la Administración de Justicia como a la opinión pública. Por ello este caso debe ser tratado aquí como una experiencia. Igualmente, debe servirnos como tal la aplicación del Derecho penal y la crítica cuestión del sentido de la imposición de una pena a los componentes del *Verteidigungsrat* de la República Democrática alemana y a los llamados «defensores del Muro»; y ello no sólo porque hace poco la Sala Segunda del Tribunal Constitucional se haya pronunciado unánimemente sobre el caso, sino sobre todo porque, en este tema, como se podrá comprobar, todas las teorías y criterios penales se desmoronan. Y, por último, debemos echar un vistazo al ámbito de la corrupción, un verdadero «work in progress» penal, donde, por una parte, se puede comprobar con facilidad la relación que apuntaba entre los grandes problemas sociales y las expectativas depositadas en el Derecho penal, sin que, por otra parte, se haya dicho la última palabra desde una perspectiva político-criminal.

Estos tres ejemplos, que considero paradigmáticos de nuestro tiempo, pueden arrojar luz sobre nuestro actual sistema jurídico.

V. «Criminalidad de Estado»

Desde luego, no pretendo medir por el mismo rasero penal a la RDA y al Estado nacionalsocialista. Hay diferencias fundamentales, reconocidas por todos, que lo impiden y que se han puesto sobre la mesa de la discusión en los últimos años. De todos modos, desde la específica perspectiva penal, se dan paralelismos entre ambos, que merece la pena observar un poco más de cerca.

El primero hace referencia al enjuiciamiento de la anterior criminalidad de Estado, llevado a cabo por la República Federal (entendiendo por criminalidad de Estado cualquiera apoyada por el mismo, incluidos los defensores del muro). En este punto, sobre todo la Justicia penal de los años noventa, pero también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han seguido un camino que, para la Justicia de la posguerra, parecía estar vedado y que, con razón, se le reprochó. Esta última no atacó en realidad la criminalidad de Estado de los nazis, utilizando, para evitarlo, una serie de construcciones conceptuales bastantes discutibles. Valga de ejemplo la estrecha interpretación dogmática del delito de prevaricación, la lectura positivista —en el peor sentido— de la prohibición de retroactividad o la teoría, ajena a la realidad, sobre autoría y participación, todo lo cual condujo a la impunidad de los guardianes, los instigadores y los que daban las órdenes. Hoy esto es de otra manera. Los guardianes se sientan en el banquillo de los acusados pero no al borde: no como inductores o partícipes, sino como autores.

Precisamente porque esto es hoy de otra manera y porque tampoco los centros del poder ejecutivo y judicial se sustraen a la aplicación del Derecho penal, es por lo que se plantea cada vez con más urgencia la cuestión de qué metas racionales hubiera podido tener la aplicación de una pena a los que entonces ostentaban el poder. (Esta pregunta se planteó naturalmente una vez finalizada la época nazi; por supuesto,

más como una cuestión teórica ya que desde el punto de vista práctico, simplemente no fue posible).

VI. Resocialización e intimidación

¿Qué sentido debe tener la pena en esta constelaciones de casos? A modo de avance diremos que los objetivos que se espera que alcance el Derecho penal (resocialización o mejora y prevención general o intimidación) no se pueden esgrimir aquí seriamente.

La idea de que en estos casos nos encontramos ante individuos a resocializar sería absurdo; no sólo por la edad media de los afectados, sino porque esta gente podrá haber infringido muchas cosas, pero no desde luego la norma. Y porque, de todas maneras, el giro normativo que a través de un proceso penal se puede esperar, en este caso no se habría dado.

Quien objete que la aplicación de una pena sí tiene sentido para las víctimas (por ejemplo, los parientes de los que murieron en el Muro o los que en alguna ocasión resultaron heridos) tiene razón; pero la tiene sólo en la medida en que abandone el ámbito del moderno Derecho penal orientado a las consecuencias. Con esto entramos ya en otro aspecto, del que seguidamente nos ocupamos:

VII. La satisfacción a la víctima

La estricta orientación al delincuente del concepto de resocialización está ya superada; la víctima aparece no ya como la simple figura de papel que encarna desde el punto de vista sistemático la lesión del bien jurídico, sino como una persona viva (alguien de carne y hueso) con cuyos legítimos intereses ha de contar, también desde el punto de vista sistemático, la teoría de los fines de la pena. Igualmente está superada la orientación estricta hacia el futuro tanto en el concepto de intimidación como en el de resocialización; una visión retrospectiva hacia los intereses de la víctima presupone necesariamente considerar los hechos sucedidos en el pasado, y tenerlos en cuenta para establecer el fin de la pena, no como la lesión abstracta de la norma sino como un suceso concreto.

Finalmente, también está superada la cruda ideología de la adaptación, tal y como la configura tanto la resocialización como la prevención general, según la cual no sólo al condenado sino también a todos

los delincuentes potenciales se les debe inculcar las normas del Derecho penal, para que tanto en el presente como en el futuro se abstengan de cometer un delito. Con la atención a la víctima se añade algo más al concepto normativo de los fines de la pena: la satisfacción o la reparación a la víctima no sólo significa la reposición material del daño causado; con la reparación a la víctima se hace referencia también a algo normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido una víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente).

Todo esto, como sentido de la pena, es algo muy diferente a la resocialización y la intimidación. Y es aplicable no sólo al caso de la criminalidad de Estado —aquí es sólo donde se manifiesta con más fuerza— sino que sirve para todo el ámbito de la pena estatal. Ello se demuestra en cuanto se supera el ejemplo en concreto y se profundiza en los aspectos generales que dicho ejemplo sugiere.

El hecho de que la víctima debe ser considerada un punto de referencia en la teoría del delito es acertado pero no completo. En lo que respecta al Derecho penal no se trata sólo de esa persona en particular que ha resultado lesionada; la categoría penal de la víctima está configurada de forma más ambiciosa y su alcance es mayor. «Víctima» de un delito somos todos nosotros, naturalmente no en sentido empírico pero sí en sentido normativo, con lo cual, al final, de lo que se trata es del:

VIII. Aseguramiento de las normas fundamentales

El Derecho penal no sólo se ocupa de la relación entre el delincuente y la víctima. Lo que pudiera tener validez para la amistad o el amor (aunque al respecto tengo serias dudas), no sirve desde luego para el Derecho penal: en la «relación» penal el delincuente y la víctima no están solos, sino que todos nosotros aparecemos como afectados, incluso cuando el hecho no sea percibido por la generalidad. El Código penal protege los bienes jurídicos sin cuyo reconocimiento sería imposible la convivencia en la actualidad según nuestra concepción normativa social y nuestra configuración democrática: las garantías fundamentales de los presupuestos de la dignidad humana, sobre todo la vida, la libertad, la salud, el honor, el patrimonio y las condiciones necesarias de una socialización al mismo tiempo libre y exitosa.

Pues bien, el delito ataca normas de comportamiento que pretenden proteger esos bienes jurídicos y que, en el caso concreto, las deja sin

efecto. [redacted] Las normas de comportamiento únicamente pueden sobrevivir no sólo cuando su incumplimiento se corrige pública y enérgicamente, cuando se deja claro que no vamos a tolerar ni a aprobar el quebrantamiento de la norma, sino cuando se juzga este quebrantamiento, cuando preservamos la norma de cualquier tipo de negación de la misma. El modo en que esto se desarrolla es algo que depende de numerosos factores, todos ellos contingentes y cambiantes a largo plazo; una respuesta clara a la lesión de un bien jurídico no tiene por qué ser siempre una pena privativa de libertad, ni siquiera cualquier otra sanción penal; para esto puede bastar también, por ejemplo, cualquier amonestación o desaprobación. El que ello suceda es, sin embargo, indispensable para que puedan seguir siendo vinculantes los límites que el Derecho penal impone a la libertad.

Visto así, la sanción penal se orienta tanto al pasado como al futuro. La sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio *l'art pour l'art*, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro. Y ello explica también el papel estelar del Derecho penal en la percepción pública; especialmente en tiempos como los nuestros, caracterizados por la erosión de las normas y el cambio de valores, debe haber espacios en los que se pueda discutir sobre la validez de las normas de forma clara, responsable y fructífera. Uno de esos espacios es el sistema penal. El Derecho penal establece el modelo de las normas de comportamiento fundamentales e irrenunciables, y las impone.

Este punto de vista (que recibe el nombre de «prevención general positiva» en la moderna doctrina penal) tiene muchas consecuencias. En nuestro contexto son especialmente importantes las siguientes:

— Los fines de la pena en cuanto a la resocialización del delincuente y la intimidación de la generalidad tienen indiscutiblemente, en este contexto, su lugar (aunque sea modesto), pues ambas son medios para el aseguramiento de nuestras normas fundamentales.

— La Justicia penal sólo tiene sentido como representación pública; el hecho de que sus actuaciones lleguen de forma clara y fiable a la población es sumamente importante, porque de otra manera se puede alcanzar una estabilización de la norma desde una perspectiva teórica, pero desde luego no en la realidad cotidiana.

— La Justicia penal es la justicia del caso concreto. La culpabilidad se atribuye de forma individualizada y va indisolublemenete unida a la persona del delincuente y a sus peculiaridades; tanto en la medición como en la ejecución, la pena debe ajustarse a ellas.

— La Justicia penal debe ser, sin embargo, previsible, ya que —precisamente por su tratamiento regulado del caso concreto— constituye el lugar de discusión pública sobre las normas. De ello se deriva por ejemplo que la Justicia penal no se puede sustraer a la tarea de tomar postura desde una perspectiva normativa, incluso cuando se produce un cambio de sistema. Los tribunales y otras instancias informales de carácter público tienen su valor, pero también lo tiene la Justicia penal. Esto significa: aseguramiento formal de la búsqueda de la verdad, transparencia de los casos tratados, ceguera en la decisión.

IX. El proceso por los abusos de menores de Worms

Si el mensaje de la doctrina penal de hoy reza: la pena debe asegurar las normas fundamentales de nuestra sociedad a través de una contínua y adecuada reacción contra el quebrantamiento de la ley, queda en pie todavía una importante pregunta: ¿a qué normas nos referimos? ¿sólo a aquellas normas de comportamiento contenidas en el Código penal que prevén delitos como el robo, el fraude de subvenciones o el asesinato? ¿o también a las normas del Derecho procesal penal o a las normas constitucionales de contenido penal, como por ejemplo, las garantías de defensa, o de presunción de inocencia o la prohibición de retroactividad o la exigencia de un juicio justo?

En este aseguramiento de las normas fundamentales también deben estar incluidas las normas a las que se ha aludido en último lugar. Esta opinión es bastante minoritaria en el panorama profesional y, por eso, me gustaría aclarar con un ejemplo por qué la considero razonable. El ejemplo ha llevado hace poco a la Justicia penal a los titulares de prensa: me refiero al caso de los abusos a menores en Worms, ventilado en la Audiencia provincial de Mainz.

Con todas las reservas respecto a un proceso desarrollado en el Tribunal de Instancia, en el que, de forma inmediata, no se ha estado presente, este proceso se puede caracterizar, a mi juicio, de la siguiente manera: la sentencia absolutoria publicada no se basa en que lo ocurrido a los niños no sea constitutivo de un injusto penal; se basa en que no se ha podido demostrar suficientemente desde la perspectiva procesal la culpabilidad de los acusados. La razón para ello fue sobre todo una precipitada intoxicación de los resultados del sumario a través de «expertos» privados desfavorable para los acusados, cuyas conclusiones estimó la Sala como no fiables; sobre todo el hecho de que los testigos infantiles habían sido influidos de forma interesada. Los daños

son considerables e irreparables, sobre todos para los niños y para su entorno familiar.

¿Que ha ocurrido aquí? Que las normas se han erigido en la barrera que la búsqueda formalizada de la verdad en un sumario penal no puede atravesar. Estas normas son de una importancia elemental en Derecho penal —incluso cuando en muchas teorías ni siquiera figuren como fin de la pena o del Derecho penal y tienen un significado empírico y normativo. Desde el punto de vista empírico se basan en una larga experiencia criminológica (desde la psicología, pasando por la balística hasta el aseguramiento de las huellas en el lugar del delito); y desde el punto de vista normativo se tensan con el equilibrio entre el interés por encontrar la verdad, por un lado, y la privacidad de los afectados, por otro. La búsqueda de la verdad en el proceso penal es un proceso doloroso para todos los que se ven afectados —sean culpables o inocentes, acusados o testigos—. Este proceso puede lesionar los derechos de estas personas de dos maneras: puede ser inquisitivo hasta límites insospechados y puede sacar a la luz lo que no debiera. Estos peligros son considerables y pueden conducir, si efectivamente se materializan, a consecuencias nefastas. Por eso, el Derecho procesal penal ha tomado las precauciones necesarias, que, por cierto, como se puede apreciar no sólo en Worms o en Mainz, no pueden evitar que no se produzca un abuso.

X. Cultura de la praxis penal

Las normas fundamentales y centrales del Derecho penal no sólo se contienen, pues, como demuestra este ejemplo, en el Código penal; se contienen además en la Constitución, en el Derecho constitucional procesal y en la Ley de Enjuiciamiento criminal. Con otras palabras, en lo que respecta al Derecho penal no se trata sólo de prohibiciones y órdenes dirigidas a los ciudadanos. Se trata también de regular la actuación de los funcionarios y de los jueces ante la sospecha de la comisión de un delito o del desarrollo del juicio oral. Estas normas procesales son, en muy pequeña medida, de carácter técnico; en lo fundamental, determinan nada menos que la cultura de nuestra praxis penal: estas normas establecen la posición del inculpado, del testigo, del perito o del perjudicado y señalan sus obligaciones y derechos de forma precisa; estas normas permiten, bajo determinados presupuestos, la revisión de sentencias dictadas conforme a Derecho, prohíben Tribunales de excepción y subordinan la designación del juez competente a un mecanismo abstracto, mezcla de automatismo y casualidad, pretenden evitar un castigo por duplicado, no obligan a declarar contra uno mismo,

establecen el derecho a guardar silencio y delimitan las fronteras de la curiosidad pública. En definitiva, no sólo organizan el proceso penal; antes bien, establecen derechos y obligaciones, cuidan de su realización y ciñen la búsqueda de la verdad y la justicia a reglas y principios.

Lo que sostengo es que la teoría sobre el sentido de la pena se queda corta si sólo lo vincula al aseguramiento de aquellas normas que prohíben la violación o imponen el deber de socorro en un accidente, es decir, las normas contenidas en el Código penal. Dicho de otra manera: en estos tipos penales se transmite a la población sólo una parte de lo que es el Derecho penal, una parte que, a su vez, transmite una imagen unidimensional e incluso falsa. El Derecho penal en esa imagen concentrada en el Código penal, en el Derecho penal material, significa sólo negación, prohibición, amenaza y disciplina. Falta lo que yo acabo de denominar «cultura» de la praxis penal: las normas que limitan determinados ataques, que contienen el uso de la fuerza, que aseguran la libertad; es decir, las normas que se encuentran en el Derecho procesal penal, en el Derecho constitucional judicial y en la Constitución. Dicho de otra forma: la cuestión del sentido de la pena ha sido hasta ahora formulada con demasiada estrechez, inspirándose apenas en la conjunción de todas las normas penales. La pena encuentra su sentido como instrumento del Derecho penal en su globalidad, incluido el Derecho procesal, y esta rama del ordenamiento no sólo formula prohibiciones y disciplina, sino que también dibuja el patrón y las estructuras de una relación, respetuosa con los derechos humanos y enmarcada en un Estado de Derecho, entre la sospecha de un hecho, el delito, el delincuente y el testigo.

Éste fue precisamente el problema del caso de Worms. Naturalmente en este caso no se cuestionaba el que la violencia sexual con niños fuera punible; el Código penal despeja cualquier duda al respecto con los tipos penales que regulan estos hechos. En el caso de Worms el problema giraba en torno a la técnica y la cultura de la investigación en casos en los que hay una débil sospecha de la comisión de un delito. En cuanto a la técnica, porque cuando una investigación no se lleva a cabo con rigor, se pueden destruir irremediablemente muchas fuentes de conocimiento. En cuanto a la cultura, porque si se dan hechos por sentado o se desprecian los derechos de los afectados, se pueden causar daños a las personas expuestas a la investigación, de los que no se recuperarán en toda su vida.

Espero que la sociedad —aunque se precia de resolver sus conflictos a través de métodos racionales— no se encuentre nunca con que, de la noche a la mañana, determinados problemas se sitúen en el punto de mira de la percepción pública y sean considerados tan importantes que

se acepte cualquier medio para combatirlos. Estos problemas, como el abuso de menores, son problemas de criminalidad, así que es al Derecho penal a quien corresponde actuar, pero no en el sentido del reforzamiento de los tipos penales (nadie los cuestiona ni nadie los pondrá en duda, al contrario), sino en el sentido del reforzamiento de las normas procesales pues son éstas las encargadas, por razones de experiencia empírica y de configuración normativa, de conseguir la prudencia, el equilibrio y la precaución necesarias en un proceso de carácter sancionador.

Al Derecho penal se le asigna por parte de la sociedad en la que rige, un papel más allá de la determinación de los límites de la libertad señalados en las normas de comportamiento que se contienen en el Código penal; el Derecho penal —en sus normas procesales y en su práctica diaria— enseña los criterios y reglas que deben dirigir y presidir los procesos de investigación de un hecho y de aplicación de una pena. Y estas normas no se pueden transplantar sin más del Derecho penal a nuestra forma cotidiana de discutir los conflictos — por ejemplo, en los medios de comunicación, en un aula, en una sala de reuniones o en el seno de una asociación para la defensa de los niños—. Sin embargo, estas normas son lo suficientemente claras y ricas en matices como para ofrecer un patrón a la hora de discutir estos conflictos. El proceso penal, la imposición y ejecución de una pena tienen también la función de transmitir públicamente ese patrón y de imponerlo frente a posibles ataques. En el cumplimiento de este objetivo estamos solamente al principio, como lo demuestra nuestro ejemplo.

XI. El núcleo del Derecho penal

Sobre la cuestión del sentido de la pena, me gustaría avanzar un paso más. Con ello voy a intentar romper una visión un tanto estrecha tanto de la pena como del Derecho penal.

Este paso hacia delante parte de dos cuestiones que a primera vista nada tienen que ver entre sí: el hecho de que el Derecho penal como fuente de expectativas genere cada vez más problemas (*vid. supra,* II) y el hecho de que su misión debe ser el aseguramiento de las normas fundamentales (*vid. supra*, VIII). Ambas cuestiones son difíciles de conjugar: cuanto más amplio sea el campo del Derecho penal, menos se podrá esperar que éste atienda a cuestiones fundamentales; un Derecho penal excesivamente amplio tendrá necesariamente como objeto cuestiones secundarias, al contrario de lo que ocurre con un Derecho penal cuyo núcleo se concentra en intereses vitales de las personas.

De hecho, ésta es la evolución a la que estamos asistiendo desde hace bastante tiempo. Sólo tenemos que observar el orden de las letras minúsculas al lado de los números de los parágrafos del StGB para darnos cuenta de lo recientes que son las reformas penales y sólo con un vistazo podemos reconocer la productividad de nuestro legislador. Todavía peor que el hecho de que cada vez haya más normas, es la tendencia —que va en la misma dirección— de buscar en el Derecho penal la solución a cada vez más problemas. Dos ejemplos de esta clase, sobre los que se discute intensamente, son el medio ambiente y las drogas.

Con ello entramos en otro campo. Y en este campo encontramos cuestiones complejas, como por ejemplo la creciente normativización, incluso criminalización de la vida diaria o la posibilidad de sustituir normas sociales con poca fuerza por normas penales. En este campo no vamos a entrar y dejaremos sólo la cuestión en el aire. Pero nos interesa un aspecto: esta ampliación del Derecho penal ¿tiene alguna repercusión sobre la cuestión del sentido de la pena?

Estoy absolutamente convencido de que la respuesta es afirmativa. Un Derecho penal que se circunscribe a los bienes jurídicos de la persona y sólo atiende a los bienes jurídicos de carácter colectivo cuando éstos se pueden aprehender con precisión y guardan una relación con intereses de carácter personal (como por ejemplo, la puesta en peligro del tráfico vial, la búsqueda de la verdad formal en un proceso, o la posesión de objetos peligrosos), representa una concepción de la pena distinta a la de un Derecho penal que protege la capacidad funcional de las subvenciones o del tráfico de divisas o que incluso permite la imputación colectiva de hechos a personas jurídicas, por ejemplo a una junta directiva, como probablemente vamos a ver en un futuro.

Un Derecho penal que extiende su ámbito a todos los posibles bienes jurídicos universales se acerca al Derecho administrativo y ello repercute también en la concepción de la pena que defienda. Ya no se trata del restablecimiento de bienes jurídicos palpables (y de la confirmación de las normas lesionadas a través de ese restablecimiento, *vid. supra,* VIII); se trata de predicciones de riesgo, de dominio del peligro, de intervención antes incluso de que se produzca la lesión. La diferencia entre represión y prevención, que tradicionalmente separa al Derecho penal del Derecho administrativo o de policía, ha devenido molesta y obsoleta. Ahora lo que queremos es prevención a toda costa, sin excepciones y con las armas más sofisticadas.

No me opongo a una modernización del Derecho penal en el sentido de su acomodación a una nueva moral o a la prevención de nuevos peligros. A lo que me opongo es a una complementación ciega de nuestros instrumentos para la resolución de problemas, sólo porque, en tér-

minos comparativos, el Derecho penal resulta más barato, en el caso concreto supone una respuesta dura y, en lo que se refiere al problema en su globalidad, promete cierta eficacia. Lo que defiendo es una actitud crítica y vigilante. Ello demostrará, por ejemplo, que los medios con los que el Derecho penal cuenta no son idónoneos para la prevención de determinados riesgos, o que los principios irrenunciables de un Estado de Derecho, como la presunción de inocencia o la proporcionalidad de la sanción, constituyen más bien un obstáculo para la efectiva solución de un problema. El reciente proyecto sobre la lucha contra la criminalidad organizada es buena prueba de ello.

La pena podrá conservar vivo su sentido siempre que el Derecho penal no degenere hasta convertirse en el marco decorativo de la solución global de un problema. El aseguramiento de las normas fundamentales a través de un proceso y una sanción públicos necesita concentración y atención, seriedad y una especial fidelidad a determinados principios que se manifieste tanto en la amenaza de pena, como en el proceso penal y en la fase de ejecución de la pena.

XII. Corrupción

El hecho de que un Derecho penal concentrado en lo esencial no dificulta la solución de nuestros problemas sino que más bien la facilita me gustaría demostrarlo, para terminar, con el último de mis ejemplos: la corrupción y las posibilidades de enfrentarla.

Cualquiera que, como yo, considere que el tema de la criminalidad organizada no está cerrado, sino al contrario sigue planteando problemas, se tomará muy en serio el peligro del fenómeno de la corrupción. Y ello porque nos encontramos ante procesos que, una vez establecidos, son muy difíciles de contener. Sobre todo, cuando estos fenómenos se asientan en el centro del poder estatal, atacan a aquellas instancias que, precisamente, son necesarias para la lucha contra los mismos y para las que no hay otra alternativa. Una policía corrupta o incluso una justicia o un poder legislativo corruptos envenenan un orden democrático y libre desde sus propias entrañas.

Sería algo actual, pero erróneo, partiendo de la peligrosidad de estos fenómenos de corrupción, sacar la conclusión de que deben ser combatidos con los medios más duros de los que dispongamos; por ejemplo, con medios penales: nuevos tipos penales, aumento de la amenaza de pena, prescindir de los presupuestos de la penalidad, como por ejemplo, de algunos elementos del injusto, de las exigencias del dolo o de su prueba, ampliar los medios de investigación, por ejemplo, escuchas telefónicas, agentes encubiertos, interceptación de las comunicaciones, testigos de la corona. Éste es el esquema estímulo-reacción, que seguimos desde hace años. Todo esto nos avisa del problema del que estamos hablando.

Pero se puede hacer de otra manera. No el Derecho penal, sino el Derecho administrativo, el Derecho de la función pública, el Derecho fiscal, y la política fiscal, las teorías administrativas, la psicología o las teorías de economía de mercado serían los puntos de referencia a los que se tendría que acudir, para que el Derecho penal pueda desempeñar el papel que en un Estado de Derecho tiene asignado, para que pueda continuar siendo la *ultima ratio* de la resolución de los problemas y no se convierta en la *prima ratio* o incluso en la sola ratio para este fin. Entonces —las propuestas están sobre la mesa— se constataría lo que significa una prevención eficaz: nueva ordenación en cuanto a la práctica de adjudicaciones, más control, línea directa con la cúpula funcionarial, sistemas de control profesionalizados, cambios de destinos programados y muchas medidas más que puedan impedir desde el principio los procesos de corrupción. Naturalmente, el Derecho penal tiene también aquí un sitio, pero al final de la compleja y variada cadena de intervención en procesos lesivos, o sea, cuando la prevención realizada con medios extrapenales y eficaces para este fin haya fracasado.

La corrupción es sólo un ejemplo. Pero nos lleva al convencimiento de que debemos descargar al Derecho penal de demasiadas expectativas en su eficacia. Nadie puede afirmar si la resocialización o la intimidación como los fines normales de la pena, realmente funcionan, o cómo puede ser, *ceteris paribus*, la sociedad sin Derecho penal, ya que estas hipótesis no se pueden comprobar ni en la realidad ni en un laboratorio. Por otra parte, sería ingenuo e irreal esperar todo el tiempo necesario para poder valorar «realmente» los efectos directos y colaterales de la aplicación de una medida penal. Esto sería el cuento de nunca acabar.

Prácticamente nunca se ha planteado en la teoría de la pena el punto de vista según el cual con el Derecho penal aplicamos medidas cuyas repercusiones sólo podemos conocer en el mejor de los casos parcialmente. Hoy se habla del poder «simbólico» de la pena en cualquier caso y de la estigmatización del injusto. Puede que sea verdad. Pero esta idea es sólo admisible si permanente y seriamente se trabaja en el proyecto de sustituir el Derecho penal por algo mejor. Pues su poder simbólico lo consigue esta parte del ordenamiento a costa del sufrimiento de las personas: limitando su libertad y sancionando sus comportamientos.