

HASSEMER, WINFRIED (2016): *¿Por qué Castigar? Razones por las que merece la pena* (Trad. Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch - Teoría) 288 pp.

El 9 de enero del 2014 moría Wilfried Hassemer y, como bien señalan los prologuistas de la obra en comento, con ello desaparecía uno de los juristas alemanes más importantes e influyentes de las últimas décadas.

Hassemer, a diferencia de los penalistas alemanes de su generación, no solo se dedicó a la dogmática jurídico-penal o al análisis del proceso penal, sino que también desarrolló sus estudios del Derecho penal desde la filosofía y la sociología. Por ello, tanto es su calidad de académico en la Universidad de Frankfurt am Main, como en su rol de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, mostró siempre gran interés en vincular el Derecho penal con la realidad social, considerándolo como un medio más, y ni siquiera el más importante, del sistema global de control social. Para Hassemer, por ello, el Derecho penal no posee grandes diferencias estructurales con los demás sistemas de control social pues norma, sanción y proceso son elementos constantes y comunes a toda clase de control social, sea formal o informal. Lo que sí lo distingue es su importante grado de formalización, de legalidad, que determina con antelación qué conductas deben ser consideradas como delito y las penas aplicables al mismo, así como el procedimiento aplicable para tal efecto.

Desde este planteamiento central –la formalización– Hassemer desarrolló una serie de postulados. Todos dirigidos, en lo fundamental, a limitar la extrema especialización de las disciplinas penales, defender el respeto irrestricto al principio de legalidad de los delitos y las penas y, en lo relativo al bien jurídico y demás principios materiales, postular su carácter constitucional limitativo más que fundamentador del *ius puniendi* estatal.

Bajo este marco conceptual, Hassemer escribe su última obra. Su objetivo, según señala en el prólogo, es acercar el Derecho penal a lectores que contemplan con atención su mundo pero no a través de los lentes del Derecho, a lectores que de vez en cuando reflexionan o se muestran interesados por el ámbito penal. Ello, fundamentalmente, porque para Hassemer, el Derecho penal está muy próximo a las experiencias cotidianas de todas las personas y, cuando se le contempla más detenidamente, aparece como parte de la cultura en la que vivimos más que como un mero conjunto de normas externas. Más aún, para el autor, el ámbito del Derecho penal no solo es social o político sino también filosófico. Se discute en él sobre la libertad de la voluntad y la culpabilidad, sobre los límites de la prisión, sobre los legítimos intereses de las víctimas, sobre la pena justa, sobre el Derecho del Estado a castigar a una persona para intimidar a otra, sobre el terrorismo, sobre la tortura o sobre el homicidio en legítima defensa.

En este contexto y con estos propósitos, el autor estructura la obra a través de cuatro capítulos, todos los cuales ofrecen introducciones donde se entrega una breve información sobre cada tema a desarrollar y resúmenes que ofrecen lo esencial del texto. Los preceptos legales, que se citan o comentan en el texto, se incluyen luego en versión completa en un Apéndice.

En cuanto a su contenido, el primer capítulo titulado “El castigo en la vida cotidiana”, se aborda en tres apartados: el primero, “Distancia y proximidad”, desarrolla los párrafos “Expertos” y “Lejanía”. El segundo, “Cultura de la vida cotidiana”, trata “El sentimiento de justicia”, que pone especial atención a temas como el estado de necesidad justificante, el homicidio a petición, la búsqueda de la verdad en el proceso penal y las expectativas de Justicia; y un segundo párrafo dedicado a “Los cambios normativos”. Ambos apartados tratan de la íntima relación entre el sistema normativo denominado Derecho penal y la vida cotidiana, cuestión que trae como consecuencia que tanto aquel como su política estén permanentemente bajo la atenta observación pública, que los cambios introducidos en sus normas sean más difíciles y dolorosos que los introducidos en otras áreas y que los discursos sobre lo que debe ser un Derecho penal justo y adaptado a su época estén impregnados por sentimientos y valoraciones.

El tercer apartado trata sobre un tema central en la propuesta de Hassemer, el “Control social”. En él analiza sus metas, haciendo especial referencia a las culturas y subculturas, y el fenómeno de la enculturación. Desarrolla especialmente también las estructuras o niveles del control social; normas, sanciones y proceso. A su respecto, a pesar de su frágil y vaga formulación, de su débil formalización y de sus límites en cuanto a sanciones, concluye que, no obstante todo ello, funcionan. Razón por lo que el jurista no debería subestimar su valor más aún cuando la ley posee un lenguaje propio, de difícil denominación y muchas veces inexacto y ambiguo, donde no hay una interpretación correcta de la ley sino interpretaciones falsas o no defendibles.

En el segundo capítulo, titulado “Lo que el Derecho penal quiere o lo que la pena debe conseguir”, aborda el gran tema de los fines de la pena desarrollando sus ideas a partir de la tradicional fórmula latina. Lo componen tres apartados: “La venerable fórmula tradicional”; “Transparencia, miseria y trasfondo”, y “lo que hay nuevo en lo antiguo”. El primer apartado, haciendo honor a su título, desarrolla el aforismo *nemo prudens punit quia peccatum est sed ne Peccetur* (“ninguna persona razonable o prudente castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque”) a través de tres párrafos: “*Nemo prudens punit*” (“Ninguna persona prudente o razonable castiga”); “*Quia peccatum est*” (“Porque se ha pecado”); “*Sed ne Peccetur*” (“Sino para que no se peque”).

En el segundo apartado, “Transparencia, miseria y trasfondo”, aborda derechamente los problemas de la praxis de los fines de la pena en la justicia penal, su conceptualización como un problema de la dogmática sin consecuencias y como una aplicación, por parte de los jueces, más que de las teorías tradicionales por siglos cimentadas, de verdaderas teorías de la vida cotidiana. Asimismo, analiza los fines de la pena en la política criminal; las miserias de las teorías clásicas, la majestad de la pena desvinculada de cualquier finalidad, y los peligros de las teorías modernas, de la prevención o de la resocialización: la ausencia de límites, la exacerbación de la seguridad, del merecimiento o magnitud de la pena, de la responsabilidad y necesidad de resocialización, de la proporcionalidad de la pena, la problemática en torno a las denominadas medida de seguridad y mejora. Los daños que produce la justicia criminal, la promesa de la prevención a cerca del mejoramiento del mundo, la imposibilidad de realizar experimentos sociales y el rol fundamental de la criminología.

En el tercer apartado, Hassemer plantea su postura respecto de los fines de la pena partiendo de la idea de su reconstrucción a partir de las ruinas o restos que la crítica ha dejado. Esto es, partir de lo que hay nuevo en lo antiguo. Para ello, a partir de determinados referentes orientadores (la dignidad humana, la eficacia y la proporcionalidad) termina desarrollando su opción por la prevención general positiva.

En el tercer capítulo, titulado “Lo que todos queremos: o lo que el Derecho penal debe conseguir”, Hassemer plantea como los tres elementos estructurales del control social informal (norma, sanción y proceso) aparecen en el sistema de control social formalizado denominado Derecho penal. Para ello, desarrolla dos apartados: “El poder del Derecho penal” y “El concepto de formalización”. En el primero, se describe –tanto formal como materialmente– el inmenso poder del peligroso instrumento denominado Derecho penal. Se analizan sus condenas, penas, medidas de seguridad y otros medios coactivos que utiliza; y el fundamental concepto de hecho típico o ilícito. Asimismo, desarrolla su tesis sobre el concepto de formalización; su sentido, concepto y tipos. Su característica de claridad y exactitud; la legalidad, la certeza, la prohibición de analogía, el rol del Derecho consuetudinario y la problemática de la retroactividad. Por último, desarrolla latamente los elementos o principios que deben considerarse y los elementos que sirven de ayuda para su delimitación.

Por último, en el cuarto capítulo titulado “Reflectores”, Hassemer plantea su posición respecto a los tres campos en que el Derecho penal y su política se encuentran bajo observación especialmente crítica por parte de la opinión pública y de las ciencias sociales: la eterna disputa sobre el libre albedrío; el redescubrimiento de la víctima y los permanentes ataques y desconfianzas al Derecho penal juvenil. Consecuentemente, el capítulo se divide en tres apartados: “Culpabilidad”; “Víctima” y “Juventud”.

Respecto del primero, el autor aborda la problemática de la culpabilidad a partir del tema de la imputación y la disputa entre lo objetivo y lo subjetivo en ella, resaltando lo fundamental que resulta para esta el concepto de personalidad. Analiza la problemática relativa a la culpa; el engaño, el determinismo, los agrimensores del ser humano (el delincuente nato), las posibilidades y efectos de la absolución basada en el no control de las decisiones, y el rol de las ciencias del ser y las sociales. La atribución de responsabilidad, su razón consolidada y la tesis de constituir un juicio de conciencia en representación.

Sobre la víctima, Hassemer aborda su regulación a través de variadas situaciones; la relación entre las víctimas de delitos y el Estado, los delitos sin víctima y los espacios de participación efectiva de la víctima en el proceso: en el inicio de la persecución penal, especialmente de los delitos perseguibles a instancia de parte. Su actuar en el proceso, los obstáculos y la privatización del derecho a persecución penal. La imagen desequilibrada de la víctima en el proceso penal. Su intervención como medio de reconciliación y reparación. Las variantes de aquello y las posibles trampas que estas modalidades pueden traer aparejadas para la víctima. En segundo lugar, el autor desarrolla sus postulados en cuanto al contenido y características del proceso de neutralización de la víctima por parte del Estado moderno. Por último, expresa su valoración sobre la política y la justicia existente respecto de la víctima, las clases de derechos de la víctima y la situación de las víctimas virtuales.

Con relación al Derecho penal juvenil, Hassemer lo trata como un campo jurídico luminoso, de confianza en el futuro, de educación, donde la relevancia de ser joven implica partir de la noción de una responsabilidad y de una persecución diferenciada del Derecho penal de adultos. Analiza, por ello, la problemática de la niñez, los necesarios límites de la regulación penal y el problema de las imprecisas valoraciones sociales al respecto. Los adolescentes y las decisiones o políticas sobre su imputabilidad, y la situación de los jóvenes. El proceso penal juvenil y sus consecuencias jurídicas, el postulado de la necesaria desformalización en todas aquellas áreas donde la formalización pudiera ser un obstáculo para el fin educativo, y el fundamental rol de los instrumentos de influencia educativa. Respecto de las modernas críticas a la política criminal a este respecto, a partir de la idea de la espada sin filo, Hassemer responde con el argumento de la previsión y de la eficacia desformalizada.

Con esta reseña espero despertar el interés de los lectores y dejar de manifiesto la actualidad y calidad del contenido de la obra en comento, así como el más que suficiente logro de los objetivos propuestos por su autor, gran impulsor del garantismo penal y del Derecho penal mínimo. Valga entonces este humilde trabajo como un sentido homenaje al maestro Dr. Wilfried Hassemer.

Dr. MARIO DURÁN MIGLIARDI
Universidad de Atacama