

## Límites del derecho a sancionar

Fernando Falcón y Tella

Doctor en Derecho

Profesor ayudante de Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid

*SUMARIO:* I. ¿UN DERECHO A CASTIGAR?— II. EL MÉTODO DIALÉCTICO COMO ENFOQUE ADECUADO DE UN PROBLEMA COMPLEJO.— III. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO: RESOCIALIZACIÓN Y NO DESOCIALIZACIÓN DEL DELINCUENTE.— IV. VALOR DE LOS SUEÑOS Y LAS IDEAS COMO VEHÍCULOS DE ESPERANZA PARA EL FUTURO.— V. LA CONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO SOLUCIÓN.— VI. HACIA UN EQUILIBRIO FLEXIBLE Y UN DERECHO PENAL MÍNIMO.— VII. NO TODO LO QUE DEBE SER ES NI TODO LO QUE ES DEBE SER.

### I. ¿UN DERECHO A CASTIGAR?

Se dice que el Estado tiene una obligación *prima facie* de proteger los derechos de los individuos a los que gobierna, derechos que pueden verse conculcados por los actos criminales. Es una obligación *prima facie* el tratar, en la medida de lo posible, de evitar estas infracciones antes de que ocurran. Sin embargo, existen ciertos principios que regulan en qué medida debe llevarse a cabo esta protección. Todos los individuos, los delincuentes también, comienzan siendo titulares de derechos tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y otros. Se trata de derechos contra el Estado así como contra otros individuos. En virtud de la titularidad de estos derechos, no obstante, el ciudadano tiene también una serie de obligaciones respecto de los demás. Tiene la obligación de respetar los derechos de los otros y de abstenerse de perturbarlos.

Si cumple dicha obligación, sus propios derechos permanecerán intactos. Si, por el contrario, la incumple, pierde sus derechos y el Estado puede actuar contra él. Puede privarle de su libertad —prisión—, de su propiedad —sanciones pecuniarias— o, incluso, en determinados contextos, de su vida — pena capital—<sup>1</sup>.

Sin embargo, *no estamos obligados* a castigar al violador de la ley, porque lo merezca. Se trata más bien de que, porque algunos individuos lo merecen, *tenemos el derecho* a castigarle<sup>2</sup>.

Además, el único fin que permite a la Humanidad intervenir en la libertad de los demás hombres es el auto-protegerse... El único propósito por el que puede ejercitarse de manera justa el poder sobre los miembros de una comunidad civilizada contra su voluntad es para impedir el daño a otros. El propio bien del infractor, físico o moral, no es una excusa suficiente para intervenir. No se le puede obligar a actuar de determinado modo porque se le haría más feliz o mejor persona, o porque fuese más prudente, sabio, o incluso más justo.

El problema de la sanción plantea una cuestión inmediata en relación con los derechos<sup>3</sup>. Podría formularse del siguiente modo: La sanción priva por esencia de un derecho: la vida, la libertad o la propiedad. ¿Cómo pueden entonces los teóricos de los derechos defender la sanción? ¿Es posible conciliar la sanción, como violación de dere-

<sup>1</sup> WOLFGANG NAUCKE, “Generalprävention und Grundrechte der Person”, en W. HASSEMER - K. LÜDERSEN - W. NAUCKE, *Hauptprobleme der General-prävention*, Frankfurt am Main, 1979; hay trad. al italiano, “Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona”, en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.

<sup>2</sup> TED HONDERICH, *Punishment. The Supposed Justifications*, Harmondsworth, Baltimore, Maryland, Penguin Books, 1969 (edición por la que citamos). Ed. Revisada, Harmondsworth-Baltimore (etc.), Penguin, 1976. Hay edición anterior: London, Hutchinson, 1969; Harmondsworth, Penguin Books, 1984; hay edición revisada en Cambridge, Polity, 1989, pp. 158-169.

<sup>3</sup> Ver al respecto, MILTON GORDINGER, *Punishment and Human Rights*, Cambridge, Mass., Schenkman Pub. Co.; Morristown, N. J., distribuida por General Learning Press, 1974. GRAVEN, “La limitation du droit de punir de l’État par les droits de l’homme”, en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1955.

chos, con los derechos? ¿Puede existir un derecho moralmente legítimo a sancionar? ¿No sería como reconocer la existencia de un derecho a violar los derechos? Y ¿qué decir si afirmamos, con Hegel, que el delincuente tiene un derecho al castigo que le permitirá reinsertarse? ¿Puede reconocerse un derecho individual a ver restringidos los derechos propios?

Por otro lado, ¿qué tipo de derecho sería el derecho a castigar y ser castigado, que varía en función de las contingencias de tiempo, lugar y ocasión, según el país y época histórica y dependiendo de las circunstancias que rodean a la infracción? ¿Es que el delincuente “no” tiene derechos, o tiene “algunos” pero no otros, o tiene todos pero en “suspensión”? ¿Ha “cedido” el delincuente sus derechos, ha “renunciado” a ellos, se le han “quitado” por un agente externo o ambas cosas?

Quizás el sujeto activo del delito consiente en su propio castigo, dando una autorización al poder soberano —Hobbes—. Sería como si para no ser víctimas de un asesino consintiéramos en morir si nosotros a su vez nos convirtiésemos en asesinos —Rousseau—. Así aceptaríamos someternos a la autoridad, ya sea la del Estado ya la de otro órgano, y acogeríamos sus decisiones. Y si estamos de acuerdo con un principio, luego no podemos oponernos a su aplicación, por muy negativas que resulten para nosotros las consecuencias de ella<sup>4</sup>.

Lo que sí existiría sería un derecho del inocente a no ser sancionado.

## II. EL MÉTODO DIALÉCTICO COMO ENFOQUE ADECUADO DE UN PROBLEMA COMPLEJO

Como en muchos otros campos de estudio, la adecuada respuesta a la cuestión de cuáles deben ser los fundamen-

<sup>4</sup> DUDLEY KNOWLES, “Punishment and Rights”, en MATT MATRAVERS, *Punishment and Political Theory*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, pp. 28-41. DAVID A. HOEKEMA, *Rights and Wrongs: Coercion, Punishment and the State*, London-Cranbury, N.J., Selingsgrové Susquehanna University Press,

tos y finalidades de la sanción penal no se proyecta, a nuestro juicio, en un solo sentido. No existe una única finalidad válida del derecho a castigar. La retribución —no en su sentido metafísico y trasnochado, sino como presupuesto y límite del *ius puniendi*— debe combinarse con fines de prevención general y especial. Incluso algo tan loable a primera vista como es la finalidad de resocialización debe ser objeto de ciertas limitaciones si no queremos caer en abusos terapéuticos.

Una vez más, la palabra clave aquí sería el sustantivo *dialéctica*. En efecto, más que mirar en una sola dirección, habría que ampliar el campo de visión y darse cuenta de que estamos ante un problema complejo que exige de soluciones igualmente complejas. Además las respuestas y las soluciones conciliatorias de varias doctrinas no deben limitarse a proyectarlas como comportamientos estancos, sino como polos en continua lucha e intercambio, de un modo dialéctico. De la oposición de los contrarios saldrá la síntesis, que, a su vez, no será estática y definitiva, dada de una vez por todas, sino susceptible de revisiones y abierta siempre a nuevas perspectivas y enfoques.

### III. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO: RESOCIALIZACIÓN Y NO DESOCIALIZACIÓN DEL DELINCUENTE

La evolución secular de la Penología nos demuestra que la perfección del Derecho Penal no consiste, contra lo que pudiera parecer, en la *abolición y negación* de la sanción penal, sino en su *sublimación, elevación y perfección*; igual que ocurre en el terreno psicológico con los traumas, que no se pueden evitar, pero sí solucionar. Y la mejor manera de hacerlo no es por la vía de la negación, sino por la de la superación, previa constatación de su existencia. Siempre habrá criminales, siempre habrá sanciones penales para

---

1986. "The Right to Punish and the Right to Be Punished", en H. GENE BLOCKER - ELISABETH H. SMITH (eds.), *John Rawls Theory of Social Justice: An Introduction*, Athens, Ohio University Press, 1980, pp. 239-269.

ellos. El grado de esta ciencia no puede depender del volumen cuantitativo de su aplicación, que viene determinado por factores exógenos —la criminalidad—, sino de la dimensión cualitativa de las sanciones penales, es decir, de su mayor claridad y contenido finalístico, de la adaptación de sus fines al ideal superior de la Justicia. Habría que ir hacia una mayor *personalización* de la sanción. No decimos humanización ni individualización, sino personalización, que insista en la prevención especial<sup>5</sup>.

Es importante no presuponer la idea de que los conflictos deben ser siempre necesariamente resueltos. La búsqueda de una solución es un concepto puritano etnocéntrico. A esta idea de que los conflictos deben resolverse se aferra la mayor parte de la gente. Un paso adelante, aunque aún estrecho, es hablar de *manejo del conflicto*. Los conflictos pueden resolverse, pero también puede aprenderse a vivir con ellos. Un escalón más arriba podríamos hablar de *ocuparse del conflicto*. *Participación en el conflicto* sería tal vez el término más adecuado, puesto que pone el acento más que en el resultado en el simple acto: “Lo importante no es ganar, sino participar”.

Como dijera Durkheim, “la criminalidad es en cierto modo un elemento integrante de una sociedad sana”<sup>6</sup>. Si

<sup>5</sup> RAYMOND SALEILLES (1855-1912), *L'individualisation de la peine*, Paris, F. Alcan, 1898, 3<sup>a</sup> ed. 1927, introducción de Gabriel Tarde; *The individualization of Punishment*, trad. de la 2<sup>a</sup> ed. en lengua francesa por Rachel Szold Jastrow; introducción de Roscoe Pound, Boston, Little Brown, 1911.

<sup>6</sup> Durkheim pone gran énfasis en marcar los *límites entre la Psicología y la Sociología* en relación al delito. El delito desde el punto de vista psicológico puede de ser un fenómeno *patológico*. Sin embargo, para la sociología de Durkheim el delito es un fenómeno social *normal*. Ver, HANS HAFERKAMP, *Kriminalität ist normal - Zur gesellschaftlichen Produktion abweichenden Handelns*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1972. Del mismo autor ver también “Zur Notwendigkeit handlungstheoretischer Analysen der Kriminalität und der Kriminalisierung”, en ARBEITSKREIS JUNGER KRIMINOLOGEN (Hrsg.), *Kritische Kriminologie*, 1974. BERNHARD HAFFE, “Hat emanzipierende Sozialtherapie noch eine Chance?”, en Seminar: *Abweichendes Verhalten. III*. Ed. por Lüdersen y Sack, *Die Gesellschaft Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1977. Aquí se maneja un concepto de normalidad que no es el usual, el que parece indicar el mero sentido común. En sociología la normalidad de un hecho viene determinada por el dato de que éste se presente con carácter *general* en las sociedades de un determinado tipo en una fase de su evolución. Al ser los delitos un fenómeno que se pre-

se considera que es la propia sociedad la que genera el conflicto, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente para adaptarlo a una sociedad no ideal, sino conflictiva en sí? Hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad a la que se quiere convertir al infractor es una sociedad justa, con un orden social y jurídico justo. Cuando no es así, ¿para qué sirve la resocialización? ¿No habría primero que empezar por resocializar a la sociedad? ¿Para

---

senta en las sociedades de cualquier época y lugar y que además no disminuye con la civilización, sino que aumenta con ella, puede concluirse que desde el punto de vista sociológico el delito es un hecho normal en toda sociedad. Sólo hay un límite a la consideración de la normalidad del delito: que el mismo no produzca una quiebra del *equilibrio social*, donde reside, a juicio de Durkheim, la salud de la sociedad. La idea de equilibrio social, que se considera esencial, descansa como pilar en la *flexibilidad*: un sistema ha de ser lo suficientemente flexible como para permitir un determinado nivel de criminalidad. Cuando el número de delitos *no es exagerado*, la sociedad no corre grave peligro, no se desequilibra. Además, el comportamiento desviado tiene la impronta de lo personal, de lo *original* y en este sentido se parece al acto creativo o al heroico. Para que la heroicidad y la creatividad se produzcan en la sociedad, ésta ha de permitir un cierto grado de *libertad*, un cierto salirse de la regla. La otra cara de la moneda de esa libertad es el delito. Lo ideal es un *punto medio* entre obediencia y regularidad, por un lado, y disenso y originalidad, por otro. Convendría no saltarse de lo normal, no romper el equilibrio, ni por defecto ni por exceso.

Durkheim distingue igualmente *entre la Moral y la Sociología* al considerar el crimen, además de cómo hecho social normal, como hecho social *positivo*. Aunque la Psicología lo pueda contemplar como un indicio de patología, y aunque desde el punto de vista moral merezca *reproche*, para la Sociología si no se produce el desequilibrio social —esto es, si se mantiene dentro de los límites de unas cifras razonables—, la criminalidad cumple una *función social positiva*, pues expresa la salud de la sociedad, al ser expresión de libertad y de creatividad, aunque en su versión negativa. La tesis de Durkheim es una reformulación, en términos sociológicos, del *problema teológico del bien y del mal*: sólo es posible el bien si también es posible el mal. La razón es sencilla: el bien y el mal presuponen la libertad. Sin libertad no se podría hacer el mal, pero tampoco el bien. Son las dos caras de la misma moneda. Junto a esta utilidad *indirecta*, el delito tendría además, para casos determinados, una utilidad *directa*: el delito puede ser útil para *preparar directamente cambios sociales, anticipándose a la moral del futuro*. Tal fue el caso de Sócrates, que se adelantó a su época, defendiendo la libertad de pensamiento, pese a que eso le valiese la condena a muerte conforme a las leyes atenienses. Ese fue asimismo el caso de Jesucristo, que murió en la cruz, condenado como un delincuente común conforme a las leyes del momento, pero que sembró un mensaje de amor fraternal para la posteridad. GREGORIO ROBLES, *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim)*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 73-83.

qué se va a socializar a un joven si cuando salga de prisión regresará a un hogar destrozado, en un barrio marginal de la ciudad, sin un puesto de trabajo y rodeado de amigos y compinches delincuentes? Se propone, frente a la resocialización del delincuente, la *resocialización de la Sociedad*, haciéndola menos injusta, con menos desigualdades sociales y con unas estructuras que induzcan cada vez menos al crimen. Y en cualquier caso, a modo negativo, hay que evitar la *desocialización del delincuente por la propia sociedad*.

El éxito del tratamiento no dependerá ni exclusivamente ni prioritariamente del éxito en la aplicación de la pena privativa de libertad y de las demás sanciones penales, sino, en gran medida, del modelo de sociedad, o sea, de un factor de carácter extrapenitenciario. Aunque el comportamiento intrapenitenciario sea ejemplar, se trata de un comportamiento asistido. Pero, ¿qué pasará cuando desaparezca la asistencia penitenciaria y el sujeto salga de nuevo al mundo exterior y no limite sus movimientos al recinto cerrado de la prisión? En este sentido, se ha dicho que “*es muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad*”<sup>7</sup>.

#### IV. VALOR DE LOS SUEÑOS Y LAS IDEAS, COMO VEHÍCULOS DE ESPERANZA PARA EL FUTURO

Este artículo está basado en la creencia de que las ideas cambian el mundo. No las ideas por sí solas. Pero éstas

---

<sup>7</sup> JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena: Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, prólogo de Siro García, Madrid, COLEX, 1997, pp. 95-99, habla sobre el debate en la ciencia penal acerca de la función reeducativa y socialmente readaptadora de la pena privativa de libertad: “a) resultará difícil ‘readaptar’ a sujetos que nunca han estado adaptados por deficiencias en el proceso psicológico social de aprendizaje; b) surge la duda de si el modelo de sociedad al que se refiere la idea resocializadora es la sociedad realmente existente o un modelo ideal de sociedad; c) el tratamiento no será necesario cuando la vinculación del sujeto con la sociedad pueda alcanzarse en virtud de la aplicación de medidas distintas a la ejecución de la pena; d) el régimen de cumplimiento de las penas privativas de

pueden ayudar a cambiarlo, cuando las demás condiciones son apropiadas.

Todos los avances extraordinarios en la Historia de la Humanidad comenzaron con visiones, sueños y utopías: Nada podría hacerse sin la voluntad y la capacidad de imaginar, de ir más allá de la experiencia del orden pre establecido y soñar y tomar en consideración no sólo lo que es sino también lo que *podría ser*. Las visiones cambian los esquemas mentales de la Humanidad, hacen que las prácticas milenarias se pongan en cuestión y permiten el progreso. Fueron visiones históricas las que permitieron que Galileo descubriese que era la Tierra la que giraba alrededor del Sol y no éste en torno a aquélla, que Colón descubriese América y se viese que nuestro planeta no era un disco plano sino una esfera, que los reyes y emperadores no se considerasen representantes de la divinidad, que la división social en estamentos o en castas no se estimase como algo natural y se proclamase el principio de igualdad de todos los seres humanos, que la esclavitud y el *apartheid* se contemplasen como moralmente indeseables, que las mujeres se equiparasen, al menos formalmente, en derechos a los hombres, o que la tortura y el genocidio fuesen condenados como prácticas deleznables.

Tales visiones sacan lo mejor de nosotros mismos, son fuentes de inspiración, que nos hacen soñar despiertos, son vehículos de esperanza para el futuro, que elevan nuestro espíritu aún en épocas de grandes calamidades. Ningún gran logro se ha conseguido sin una mente visonaria que soñase previamente con él, que se elevase sobre lo que milenariamente se había considerado como *correcto* y verdadero y retase el orden establecido.

Pero las visiones no pueden convertirse en realidad por sí mismas. Para ello necesitan de gente —hombres y mujeres comprometidos a la acción—: líderes políticos, poe-

---

libertad en su aplicación real no cumple tanto una función de readaptar a la sociedad a quienes, previamente a la imposición de la pena, están necesitados de un cierto tratamiento, cuanto la de intentar aminorar los perjudiciales efectos inherentes a la privación de libertad.”

tas, filósofos, con capacidad de inspirar en los demás la creencia en el cambio, personas capaces de ir más allá de sus propios deseos y de hacer algo altruistamente en favor de los demás, enfrentándose a poderosos intereses encubiertos y a una fiera oposición, que, a veces con riesgo para sus propias vidas, sean capaces de soportar la frustración y el miedo, sin rendirse al desaliento<sup>8</sup>.

## V. LA CONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO SOLUCIÓN

En la vida cotidiana, cuando hacemos daño a alguien tratamos de compensarle por el malestar que le hemos causado. ¿Por qué no hace lo mismo el Estado en los países más desarrollados? O, por lo menos, ¿por qué no extendemos la capacidad del agresor de compensar a la víctima y disminuimos el papel del Estado y del Derecho Penal, dejándolo relegado a ser un último recurso, una vía final cuando la solución pacífica de la disputa ha fallado? En todos los sistemas que no tienen un Estado fuerte la compensación de la víctima parece el camino más seguido<sup>9</sup>. La

---

<sup>8</sup> Como ha escrito AUNG SAN SUU KYI, *Freedom from Fear*, New York, Penguin, 1995 ed., p. 183: "No basta con invocar la libertad, la democracia y los derechos humanos. Debe existir la determinación de perseverar en la lucha, de hacer sacrificios en nombre de las verdades que perduran, de resistir las tentaciones corruptas del deseo, la mala fe, la ignorancia y el miedo. Los santos —se dice—, son los pecadores que siguen intentándolo". Citado en PAUL GORDON LAUREN, "Nuevos retos de los derechos humanos. El futuro a la luz del pasado", en el *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, t. V, 2004, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, pp. 369-386; traducción al castellano de FERNANDO FALCÓN Y TELLA, p. 381.

<sup>9</sup> NILS CHRISTIE, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 128 y ss. —traducción de la versión inglesa, *Limits to Pain*, Oxford, Martin Robertson, 1982, de Mariluz Caso—, tiene una explicación a por qué no se intenta compensar a la víctima en vez de recurrir al Derecho Penal sancionador.

Porque los servidores de los tribunales y su personal auxiliar viven de ello.

Porque los delincuentes son generalmente gente pobre que no tiene nada que dar a cambio, con lo que compensar, y sólo pueden ofrecer lo que tienen —el tiempo— para malgastarlo en la prisión. Pero —dice CHRISTIE—, aún los más pobres tienen ciertos objetos de uso cotidiano cuya propiedad podría trasladarse a la víctima. ¿Por qué no se hace así? ¿Por qué los derechos de propiedad están mejor protegidos que los derechos a la libertad?

gente corriente, toda la población, debería convertirse en *participante* y no en mera *espectadora*, en *productora de soluciones en vez de en mera consumidora de ellas*. Habría que buscar arreglos más que dar órdenes, compensar en vez de tomar represalias, hacer el bien en vez de causar mal<sup>10</sup>.

Surgen dos cuestiones básicas en torno a los límites del derecho a castigar:

- La primera se produce en el caso de que la víctima desee vengarse. Si la víctima insiste en la venganza, ¿sería correcto permitirle que inflija dolor al delincuente si se atreve a hacerlo? La respuesta parece ser la negativa. La venganza no es ética. El mal no se soluciona antológicamente con otro mal en sentido contrario, sino sólo con el bien.
- La segunda tiene que ver con la situación contraria. Si la víctima perdona, surge una nueva pregunta: ¿se debe permitir siempre que la víctima muestre bondad, que perdone? ¿Qué decir de los crímenes graves? ¿Puede la comunidad exigir que el delincuente pague la ofensa aunque la víctima le haya perdonado? La respuesta parece dada una vez más por la ética: el perdón afecta a la esfera interna, pero el quebrantamiento externo del orden social exigiría el castigo. Pero, ¿por qué? ¿Y si no hay riesgo de reincidencia?

Es precisamente para controlar la diversa medida de残酷 de los distintos individuos por lo que surge la ba-

Porque, si así fuera, la víctima fuerte eximiría al ofensor pobre más allá de toda proporción y habría peligro de *vendettas*, dando lugar a la lucha de todos contra todos y a la anarquía propia del estado de naturaleza. A esto también responde CHRISTIE pues muchos delitos tienen lugar entre iguales.

Del mismo autor, también sobre el tema, ver, “Reaksjonenes virkninger” (Los efectos de las sanciones), en *Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab*, 49, 1960, pp. 129-144. “Forskinning om individual-prevensjon kontra almenprevensjon” (Investigación sobre la prevención individual en comparación con la preventión general), en *Lov og Rett*, X, 1971, pp. 49-60. “Conflicts as Property”, en *The British Journal of Criminology*, 17, 1, pp. 1-15.

<sup>10</sup> Al respecto ver, MARK S. UMBREIT (1949), *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*, Nashville, Abingdon Press, 1985.

rra niveladora, el sistema común de medida que impone el Estado. Pero, del mismo modo que la generalidad de la ley puede exigir muchas veces el auxilio de la equidad, de la justicia del caso concreto, para evitar el *summum ius, summa iniuria*, a menudo es preciso que el castigo se adapte al individuo. Si no hay dos seres iguales, no puede haber dos castigos iguales. La ponderación entre justicia —abstracta y universal— y justeza —justicia del caso concreto— debe hacerse caso por caso con tino y a la vez con controles. Hay que evitar a toda costa tanto que el delincuente se convierta en un *cabeza de turco o chivo expiatorio*, como que sea un *conejillo de indias*. Para ello, una vez más, debe haber alguien o algo que *custodie a los que custodian*, frenos y límites al poder punitivo estatal.

## VI. HACIA UN EQUILIBRIO FLEXIBLE Y UN DERECHO PENAL MÍNIMO

En el tema del castigo surge siempre como argumento final que cierra toda discusión el *dictum* a tenor del cual éste es ineludible en toda sociedad que no quiera extinguirse, como medio de preservar el orden y evitar el caos y la anarquía social que surgirían si cada uno hiciese lo que quisiese sin temor alguno a las represalias. Pero, ¿es esto del todo cierto? Permítansen algunas consideraciones que puedan, cuando menos, poner en duda, la veracidad absoluta, a modo de dogma total e inatacable, de tal aseveración.

Es el eterno dilema: ¿Cuál es la mejor defensa? ¿Levantar altos muros de mandatos y prohibiciones, con los correspondientes castigos para los que los incumplan? No olvidemos que un muro siempre puede ser derrumbado, escalado o burlado con un túnel subterráneo y que lo mismo puede decirse de las sanciones penales y de los muros carcelarios, en el caso de apresar al culpable. La seguridad de la sociedad reside más en un hombre socialmente adaptado que en los altos muros de la prisión. ¿No es, acaso, más eficaz formar individuos *libres*, capaces de responder de

sus actos, otorgar más confianza a que la orden será respetada por ser justa que por la sanción prevista para el caso de incumplimiento?

Sabemos que se nos puede tachar de idealistas, de soñadores, de que proponemos utopías inalcanzables. Pero, volvemos a argumentar, a otro nivel, el de las relaciones personales en el ámbito de la familia: ¿Qué es más eficaz a largo plazo, establecer un sistema carcelario —valga la metáfora— de horas de entrada y salida, indumentaria y mil y una reglas sobre todas las cuestiones, que los padres impondrán a los hijos, que probablemente hartos, y a veces con razón, las incumplirán sistemáticamente cuando puedan y ocultarán que lo hacen?, ¿o bien un sistema de confianza y libertad, de formación responsable de la personalidad, en el que los progenitores marcarán unas pocas reglas del juego básicas —las fundamentales— pero dejarán en lo accesorio libertad a los hijos para que, en un continuo juego de aciertos y errores, fortalezcan su voluntad y aprendan a ser responsables y libres? Pasado el tiempo, en el primer supuesto los hijos habrán crecido superprotегidos o, por el contrario, serán totalmente rebeldes. En el segundo, habremos creado seres responsables, bien dotados para tomar sus propias decisiones. Algo similar ocurre con el Estado y las sanciones.

Permítasenos otra imagen: ¿Qué resiste más al viento huracanado: el tronco de un centenario roble o un junco a la orilla de un lago?, ¿la rigidez o la flexibilidad? El tronco del árbol parece más recio, pero ofrece también mayor resistencia a la fuerza del viento, que, llegado el caso, podrá truncarlo y arrancarlo de cuajo. En cambio el junco se doblará, ofrecerá menos oposición y resistirá con su estructura flexible mejor los ataques de las fuerzas contrarias. Lo mismo pasaría con una sociedad rígida y totalitaria o con un sistema liberal y democrático, respectivamente, con una consideración puramente vindicativa de la sanción penal o con una teoría individualizada y relativa del tratamiento penal.

Y que no se nos diga que entonces cada uno hará lo que le venga en gana y la anarquía hará la vida en sociedad

imposible. Si bien es cierto a veces que *no hay mayor injusticia que el desorden* y que *la fuerza se hace Derecho cuando el Derecho pierde su fuerza*, ¿por qué un sistema punitivo que se limite a castigar lo mínimo ha de ser menos eficaz en la lucha contra la delincuencia?

Pensemos en la sociedad e imaginémosla como una gran *olla a presión*, de las que se usan para cocinar. Pre-guntémonos por un momento qué es lo que pasaría si a dicha olla se le cerrase la válvula de escape. Se impediría salir la presión y el artefacto estallaría causando un gran estropicio. Algo similar ocurre con la disidencia, no sólo la civilizada, sino, a baja escala, también la que va contra el sistema. Hay que permitir en cierta medida la expresión del disenso. La clara apuesta por la libertad puede ser mal empleada en algunos casos y surgirán delitos. Pero el lado bueno será que se permitirá que la presión escape y que la sociedad en su conjunto, como si de una gran olla a presión se tratase, no explote.

Es el mismo mecanismo que se emplea en el caso de las *vacunas* para prevenir la infección de ciertas enfermedades. Las vacunas funcionan inoculando una cierta cantidad del virus que produce la enfermedad en el organismo sano —en una dosis no suficiente para caer enfermo, pero sí para que el organismo produzca anticuerpos que sirvan de mecanismos de defensa contra dicha enfermedad. De esa manera el cuerpo estará mejor preparado en el futuro para enfrentarse con el mal. De un modo similar, la sociedad debe admitir un cierto grado tolerado y controlado de disenso, el cual no debe ser brutalmente reprimido, sino adecuadamente canalizado.

## VII. NO TODO LO QUE DEBE SER ES NI TODO LO QUE ES DEBE SER

Si alguien nos ordenase algo manifiestamente inaceptable —por ejemplo, que nos tirásemos por una ventana— nuestra respuesta seguramente sería oponernos, por muy fuertes que fuesen los vínculos de autoridad, respeto o po-

der que esa persona ejerciese sobre nuestra voluntad. Simplemente diríamos algo así como: “Lo siento, no puedo tirarme. Si lo hiciese probablemente me mataría y no quiero morir”.

Respuestas como la anterior, en distintos contextos, son proferidas cotidianamente por miles de seres humanos, sin cuestionarse la idoneidad técnica o corrección formal de las mismas. En realidad, no es exacto decir que “no podemos” tirarnos por la ventana, a menos que efectivamente estemos impedidos físicamente a ello, por una parálisis o porque nos encontramos atados. En el plano fáctico, del ser, de los hechos, nada nos impide hacerlo. De hecho deberíamos mejor decir algo así como: “Lo siento, pero, por mucho que te aprecie, no debo obedecerte en este caso, porque no está bien éticamente quitarse la vida y si salto al vacío eso es lo que haré”. Nótese aquí el cambio de matiz. Nos hemos trasladado del plano de lo que “puedo” hacer al de lo que “debo” hacer. Y es que no todo lo que podemos hacer debemos hacerlo y, viceversa, no todo lo que debemos hacer podemos hacerlo. Ya no nos situamos en el nivel de lo factible, de los hechos, de la realidad, sino en el del deber ser y los valores conforme a unos códigos éticos de Moralidad, Religión o Derecho natural.

¿Por qué ponemos este ejemplo? Lo que queremos dejar de manifiesto con él es que a menudo se confunden estos dos planos —el del ser y el del deber ser; los hechos y los valores— y lo que es una “explicación” —o descripción causal de causas y efectos— con su “justificación” —enjuiciamiento valorativo conforme a la idea de justicia—. De tal manera que confundimos lo que no puede ser con lo que no está bien que sea.

En el discurso sobre el castigo —y la sanción penal, como tipo más importante de castigo en el mundo jurídico— no deberíamos mezclar nunca los sueños con la realidad, las utopías con los hechos, si bien tampoco, por tener los pies demasiado en el suelo, olvidar que los sueños sirven para cambiar la realidad. Es importante, en este sentido, lograr conjugar el realismo con el idealismo, en ese justo punto medio donde se encuentra la virtud, lejos de

una ensoñación estéril, pero también de un realismo paralizador: Hay que soñar, pero sin perder de vista la realidad. Muchas veces el discurso sobre el castigo, al confundir el plano del ser con el del deber ser, peca de excesivamente crudo o de excesivamente irreal y, lo que es peor, es inconsciente de estar cayendo en este confusionismo de planos.