

# Editorial

---

## Winfried Hassemer: un discrepante a favor de las libertades. (17.02.1940 – 9.01.2014)

JOHN ZULUAGA\*

El profesor Hassemer fue un pensador preocupado por advertir los peligros de un Derecho penal libre de las ataduras del Estado de derecho. Su reserva y su precaución frente a los agudos y sensibles instrumentos del Derecho penal los sintetizó en el concepto de "formalización del control social" (*Formalisierung der sozialen Kontrolle*), clave importante para discutir en torno a la justificación del derecho penal.

Se destacan dos momentos en la concepción de su metodología de análisis. Por un lado, su trabajo de habilitación – "Teoría y sociología del delito (1992)" – visibilizó la apertura de sus reflexiones sobre el Derecho penal desde una perspectiva sociológica. Por otro lado, durante su carrera como Catedrático en la Johann Wolfgang Goethe-Universität de Frankfurt, desarrolló muchos de sus planteamientos teórico-penales bajo la forma de un Derecho penal constitucional, en uno y en otro caso, subrayando siempre la importancia de las clásicas categorías limitadoras del Derecho penal como, por ejemplo, el principio de culpa en el contexto de una discusión orientada por la proporcionalidad y el respeto de los derechos fundamentales. *Herzog y Neumann*<sup>1</sup> logran una síntesis de las características fundamentales del pensamiento de Hassemer:

---

\* JOHN ZULUAGA (LL.M) es Doctorando e investigador adscripto al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania).

1 NEUMANN, ULFRID/HERZOG, FELIX (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer: zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2010. p. IX s.

-Inamovible de la crítica fundamental del abolicionismo y discrepante frente a las indicaciones estrictas de la criminología crítica referidas al sufrimiento traído por el sistema de justicia criminal;

- Distante frente a un paternalismo terapéutico irreflexivo aparentemente progresista en la ejecución de la pena;
- No perturbado por la colocación del Derecho penal como un lado oscuro del poder llevada a cabo por Foucault y sus discípulos;
- Claramente distanciado del funcionalismo teórico penal y frente al racionamiento instrumental en cuestiones de política criminal;
- De arraigo definido en la creencia sobre lo indisponible y la determinabilidad del Derecho penal, lo que en su ejecución refleja un injusto flagrante;
- Claro en la defensa del fundamento liberal del Derecho procesal penal al frente de la ‘contrarreforma’;
- Decidido por un Derecho penal vinculado a la protección del bien jurídico, en el que se preserve el principio de *ultima ratio* y el principio *in dubio pro libertate* y que, por ende, es proporcionalmente justo”. (Traducción propia).

A pesar de su importante carrera académica, fue mucho más visible para la opinión pública como Magistrado del Tribunal Constitucional alemán con sede en Karlsruhe. Allí prestó sus servicios desde 1996, siendo su Vicepresidente hasta el 2008, momento en el que cerró su período en dicho Tribunal. En su paso por el Tribunal Constitucional alemán dejó constancia de la importancia de reflexionar sobre el Derecho penal y el proceso penal, más allá de cada detalle de teoría y práctica, por medio de preguntas fundamentales como ¿para qué el Derecho penal? De manera especial se puede mencionar algunas sentencias que dejan una gran constancia de sus reflexiones. Por un lado, su aislada posición contra la punibilidad del incesto (*Inzestverbot*)<sup>2</sup> que se dio al final de su periodo en el Tribunal Constitucional. En esa ocasión se opuso por medio de un voto disidente, con el que demostró exhaustivamente por qué la prohibición de incesto era inconstitucional desde el punto de vista de los fines del Derecho penal y del principio de proporcionalidad. Hassemer sustentó por qué no hay violación de un bien jurídico cuando se trata de una relación voluntaria y por ello entendía que se trataba de un tipo inconstitucional. Por otro lado, la sentencia relativa a los allanamientos en los casos de peligro por la demora (*Wohnungsdurchsuchungen*

---

2 Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 2 BvR 392/07, de 26.02.2008. La sentencia se encuentra disponible en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226\\_2bvr039207.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html).

*in Fällen von Gefahr im Verzug*)<sup>3</sup>. La facultad policial de ejercer un allanamiento sin orden judicial previa, que el Código procesal penal alemán prevé como excepción en casos de “peligro por la demora”, en la Alemania de los años 90 se había convertido en regla. Hassemer reiteró la importancia de la reserva judicial y orientó a una interpretación estricta del peligro en la demora (Art. 13 (2) GG). Esta posición fue un soporte fundamental para que el Tribunal constitucional alemán declarara en el año 2001 como inconstitucional el tratamiento laxo de la reserva judicial. Asimismo, la sentencia sobre la interceptación satelital de supuestos autores de hechos punibles por medio de GPS (*satellitengestützte Überwachung*)<sup>4</sup>. En ésta sentencia se determinó que con la introducción de modernos métodos de investigación, los órganos de investigación penal tienen que atender altas exigencias procesales y tener especial consideración del peligro potencial “aditivo” inherente a la intervención en derechos fundamentales.

También deben ser mencionados dos fallos relevantes en los que abordó diferentes temas sobre DD.HH. y DIH. Primero, la sentencia sobre el Caso Görgülü (*Rechtssache Görgülü*)<sup>5</sup>, en la que encausó la discusión sobre los fundamentos metodológicos para la consideración de la Convención Europea de Derechos Humanos en el marco del ordenamiento jurídico alemán. Segundo, en su último acto oficial antes de dejar el servicio en el Tribunal Constitucional, la sentencia acerca del uso de los aviones AWACS, durante la guerra de Irak en 2003 (*Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen der NATO*)<sup>6</sup>, en la se restringió la competencia de decisión militar del ejecutivo y se reiteró la importancia de discusión parlamentaria para la decisión de intervenciones militares en conflictos internacionales.

Fue elogiado con múltiples títulos *Honoris Causa*<sup>7</sup> y el reconocimiento a su trayectoria tuvo una escala global. En 2008 recibió la *Große Verdienstkreuz mit Stern und Schulterband* por parte de la República Federal de Alemania y asimismo

---

3 BVerfG, 2 BvR 1440/00, de 20.02.2001. La sentencia se encuentra disponible en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20010220\\_2bvr144400.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html).

4 BVerfG, 2 BvR 581/01, de 12.04.2005. La sentencia se encuentra disponible en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20050412\\_2bvr058101.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20050412_2bvr058101.html).

5 BVerfG, 2 BvR 1481/04, de 14.10.2004. La sentencia se encuentra disponible en [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html).

6 BVerfG, 2 BvR 1/03, de 07.05.2004. La sentencia se encuentra disponible en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20080507\\_2bve000103.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20080507_2bve000103.html).

7 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 1/2014 vom 10. Januar 2014. El comunicado de prensa puede ser consultado en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-001.html>.

la *Wilhelm-Leuschner-Medaille*, el reconocimiento más importante que se entrega en el Estado de Hessen (Alemania). Después de su fallecimiento uno de los mejores reconocimientos que se podría realizar en memoria de Hassemer pasa por la continuidad en el planteamiento de preguntas directamente relacionadas sobre el sentido y fin del Derecho penal y de la pena. En tiempos de vigilancia aparentemente absoluta (e.g. NSA) y de narrativas políticas que invocan concepciones absolutas de valores constitucionales (e.g. seguridad, paz, justicia), vale recordar la razón imperturbable de Hassemer y su lucha tenaz por las libertades de los ciudadanos frente al poder estatal.