

## Nota previa

Con el presente artículo, hago cabal cumplimiento a la normativa estatutaria para mi ingreso como miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, cuya designación se realizó mediante Asamblea general del 5 de octubre de 2020.

Pues bien, dicho lo anterior permítaseme antes de iniciar con mi discurso señalar cuáles son las costumbres académicas en España. Dichas costumbres señalan como protocolo decir unas palabras efusivas de agradecimiento por el inmerecido honor de ingresar a la Academia que a uno lo acoge; sin embargo, siento por esta vez no seguir tan arraigada costumbre, pues son razones menos formales y más sentimentales las que me hacen escribir desde el corazón y no la razón. Digo esto, porque son diversas razones por las que me siento profundamente agradecido por tan inmerecida distinción.

En primer lugar, porque quien escribe estas líneas partió hace casi veinte años a España, país que amablemente me acogió y me formó en el mundo jurídico-penal de la mano de insignes juristas como son los profesores doctores Polaino Navarrete, Polaino Orts, Borja Mapelli y mi querido y malogrado amigo Luis Gracia Martín, los cuales me brindaron la oportunidad de ser profesor en la Universidad española, (específicamente en la Universidad de Sevilla para ser precisos), de ahí que el ingreso a esta Academia Mexicana, me hace especialmente feliz pues es en mi país de origen, donde se me ha distinguido con tan inmerecido honor.

En segundo lugar, es para mí una gran satisfacción que al ser admitido es esta ilustre Academia Mexicana de Ciencias Penales, comparezco ante ilustres juristas mexicanos, como lo son todos y cada uno de los miembros de esta Academia, que no solo son reconocidos en el ámbito nacional por si fuera poca cosa, sino también en el ámbito internacional.

Finalmente, quiero dar gracias a todos los miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, por aceptarme como uno más entre ustedes, tengan por seguro que por dondequiera que vaya trataré de poner en alto el nombre de esta Ilustre Academia que hoy me acoge.

*Vivat Academia, vivant professores.  
Vivat membrum quodlibet, vivant membra quaelibet, semper sint in flore.*



## ¿Es la seguridad fundamento y fin de la pena?

Edgar Iván Colina Ramírez\*

A Luis Gracia Martín, en mi recuerdo siempre vivo.

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre el concepto de seguridad. III. Funciones del derecho penal; A) Función ético-social; B) Función simbólica; C) Satisfacción de necesidades psico-sociales. IV. Fines del derecho penal; A) Teorías de la retribución; B) Teorías de la prevención; a) Prevención especial; b) Prevención general. V. Seguridad vs. Derecho penal. VI. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: seguridad, derecho penal, prevención, pena

KEY WORDS: Security, criminal law, prevention, penalty

RESUMEN: El análisis sobre el concepto de seguridad ha venido ganando terreno en amplios sectores tanto en el orden científico como el social. Muestra de ello es la abundante bibliografía que existe en este sentido, situación que dicho sea de paso, no ha sido ajena al derecho y en específico al derecho penal, pues bajo ese concepto se han construido discursos y teorías que han modificado las bases y fundamentos de su propia estructura. Muestra de ello, lo podemos encontrar en el denominado derecho penal moderno, el cual destaca entre sus postulados una amplia expansión debida a las complejas actividades que se desarrollan en sociedades altamente industrializadas, situación que las ha llevado a ser portadoras de grandes riesgos, de ahí que se entienda que, en la actualidad, la sociedad esté compuesta de una objetiva inseguridad.

### I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el análisis sobre concepto de seguridad ha venido ganando terreno en amplios sectores tanto en el orden científico como el social, muestra de ello es la abundante bibliografía que existe en este sentido,<sup>1</sup> situación que dicho

\* Profesor de la Universidad de Sevilla.

**Fecha de recepción:** 4 de mayo de 2021

**Fecha de revisión:** 8 de junio de 2021

<sup>1</sup> Por solo mencionar algunos de ellos de manera ejemplificativa, *vid.* Kaufmann, Franz Xaver, *Sicherheit als soziologisches und soziopolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter*

sea de paso, no ha sido ajena al Derecho y en específico al Derecho penal, pues bajo ese concepto se han construido discursos y teorías que han modificado las bases y fundamentos de su propia estructura.

Muestra de ello, lo podemos encontrar en el denominado Derecho penal moderno,<sup>2</sup> el cual destaca entre sus postulados una amplia expansión debida a las complejas actividades que se desarrollan en sociedades altamente industrializadas, situación que las ha llevado a ser portadoras de grandes riesgos, de ahí que se entienda que en la actualidad, la sociedad esté compuesta de una objetiva inseguridad.<sup>3</sup>

Precisamente en aras de esa seguridad, se han incrementado las técnicas de incriminación en los denominados delitos de peligro abstracto, en la protección de bienes jurídicos colectivos, así como la creación de nuevos tipos penales. Lo cual ha dado lugar a una abundante discusión que persiste hasta nuestros días,<sup>4</sup> en si la modernización del Derecho penal cumple con todos y cada uno de los postulados de un Derecho penal acorde a un Estado social y democrático de derecho o al contrario vulnera sus postulados.<sup>5</sup>

En referencia al primer sector (que legitima el moderno Derecho penal), uno de sus más fervientes defensores Gracia Martín, señalan que con ello se adecua el Derecho penal a las nuevas realidades sociales y al Estado social, lo cual no significa de manera alguna que con ello se flexibilicen los principios y garantías del Estado de Derecho o se desvíe de su fin, sino al contrario con ello se profundiza en esas nuevas realidades sociales para realizarlos en toda su plenitud.<sup>6</sup>

---

*Gesellschaften*, Lit Verlag, Stuttgart, 1970, *passim*; Evers, Adalbert/Nowotny, Helga, *Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987, *passim*.

<sup>2</sup> Vid. ampliamente con la bibliografía ahí citada el sustancial trabajo monográfico de Gracia Martín, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, Ubijus, México, 2011, *passim*.

<sup>3</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3a. ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 15.

<sup>4</sup> Personalmente he tomado posición a favor de la modernización del Derecho penal. *vid.*, al respecto Colina Ramírez, Edgar en mi trabajo monográfico *La legitimación del Derecho penal del riesgo*, JM Bosch, Barcelona, 2014, pp. 119 y ss.

<sup>5</sup> Referente a la abundante discusión tanto a favor como en contra *vid.* Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt (ed.)/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, *passim*; Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, *passim*; Herzog, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, v. Decker, Heidelberg, 1991, *passim*; Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*.

<sup>6</sup> Gracia Martín, Luis, «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)», en *RDPyC*, 3a. Época, núm. 3, Madrid, 2010, p. 37.

Mientras que, otro sector señala que existe un alto grado de flexibilización y funcionalización.<sup>7</sup> Situación que erosiona el Derecho penal (clásico), pues según Hassemer únicamente se debe de intervenir cuando existan lesiones a bienes jurídicos individuales, e igualmente puestas en peligro graves y evidentes,<sup>8</sup> por lo que todos aquellos supuestos que se aparten del criterio anterior debe ser despenalizados o regulados en el Derecho de intervención,<sup>9</sup> bajo esta tesis solo pueden ser punibles si realmente amenazan un interés jurídico reconocido por un comportamiento específico, lo que significa que, para justificar una protección de bienes jurídicos individuales estos bienes deben de estar tipificados de manera clara y específica.

En este sentido la protección de los bienes jurídicos, son en interés de la persona, como la vida, la salud, la libertad y la propiedad, es decir, bienes jurídicos individuales, los cuales deben de estar incluidos en el Derecho penal clásico, no obstante, con ciertas matizaciones pues los bienes jurídicos universales deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales.<sup>10</sup>

Pues bien, y con independencia de la posición que se adopte respecto a la modernización del Derecho penal y el propio concepto de seguridad, entiendo que lo que se debe de analizar es si este último al igual que el moderno Derecho penal es fruto de los avances de una sociedad altamente tecnologizada o al contrario ha formado parte desde antiguo en los fines y funciones que se le han atribuido al sistema jurídico-penal.

Así debemos analizar, si precisamente el concepto de seguridad como fin o función de la pena es de ámbito reciente o al contrario siempre ha existido, para ello será necesario referirnos en primer lugar a que se entiende por seguridad y por otro a las teorías de la pena, ya que son estas las que al fin de cuentas las que justifican y legitiman la propia existencia del Derecho penal.

## II. SOBRE EL CONCEPTO DE SEGURIDAD

Si entendemos que una de las funciones del Derecho penal es la seguridad, es necesario *prima facie* establecer cuál es su contenido y alcance, pues de otra forma bajo este concepto tan amplio y poroso se podría legitimar cualquier intervención

<sup>7</sup> Vid. ampliamente a Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Francisco/Díaz Pita, Ma. del Mar, Temis, Bogotá, 1999, p. 18.

<sup>8</sup> Hassemer, Winfried, *Persona, mundo...*, *op. cit.*, 1999, p. 32.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>10</sup> Hassemer, Winfried, *loc. cit.*

del sistema punitivo precisamente en aras de la seguridad. Por tanto, lo que debemos preguntarnos es: *¿Qué se debe entender por seguridad?*

El concepto de seguridad es una construcción social, por lo que no se puede establecer como un concepto inmóvil y unívoco, sino más bien nos debemos referir a seguridades sociales, que abarquen, aunque sea de manera aproximada los diversos contextos en los que se presenta dicha noción de seguridad.

Por tanto, si se quiere establecer un concepto de seguridad cuando menos razonable, se debe atender a diversos aspectos que se encuentran intrínsecos precisamente en la propia noción de seguridad. Kaufmann señaló refiriéndose a la seguridad que esta es: «una idea de valor social»;<sup>11</sup> de ahí, que no se pueda observar como un valor naturalístico previamente dado. Sin embargo, al menos en el ámbito del Derecho no se pueden trasladar dicho concepto de la disciplina sociológica, sin establecer instituciones propias del ámbito jurídico. Ello, para poder estar en condiciones de dar una respuesta adecuada a las necesidades en cuanto a seguridad se refiere, la dogmática jurídica debe de sistematizar sus conceptos, pues estos tienen que ser elaborados para ser insertados y ordenados en un sistema en que todos ellos se encuentren relacionados de tal manera que cada uno, desempeñe funciones específicas, pero coordinadas y en completa armonía con los demás.

En el ámbito de la sociología, se ha estudiado a la seguridad bajo cuatro aspectos diversos.<sup>12</sup> Así, en un primer momento, se habla de seguridad cuando se hace referencia a la confianza en no ser defraudado y evitar riesgos. Esto se puede asociar a la ausencia de protección de peligros. Por otro lado, se observa a la seguridad como el estatus, del mantenimiento del nivel de vida alcanzado por los individuos y/o grupos sociales y la preservación del *estatus quo* social y político, en el cual los ciudadanos se han instalado. De igual forma, se puede hablar de seguridad como una configuración institucional, que parece idónea para defenderse contra las amenazas internas y externas al orden social y político.

Finalmente, en el ámbito jurídico, se podrá entender como la integridad de derechos, cuya protección es tarea principal del Estado; lo que da lugar a poder observar a la seguridad, bajo el prisma de los derechos fundamentales y, en términos legales, significará la protección frente al ejercicio arbitrario del poder y el respeto de las reglas de convivencia y del modo de vida individual.<sup>13</sup>

De lo anterior, se pueden vislumbrar diversos elementos que resultan indispensables para poder realizar una aproximación a un concepto tan árido y difícil de abarcar. Si partimos de la premisa básica de que el Estado debe garantizar la seguridad a sus

<sup>11</sup> Kaufmann, Franz Xaver, *Sicherheit als...*, *op. cit.*, 1972, p. 63.

<sup>12</sup> Glaessner, Gert Joachim, «Sicherheit und Freiheit», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N° 10/11, 2002, pp. 3 y ss.

<sup>13</sup> Glaessner, Gert Joachim, «Sicherheit...», *op. cit.*, 2002, p. 4.

ciudadanos, implícitamente colocaremos a dicho Estado en una posición de garante que no solo vela por la seguridad, sino que además es su obligación proporcionala.

Es decir, tiene un papel tanto activo como pasivo; por lo que se entiende que la acción (en su más amplio sentido) del Estado no es otra cosa que la protección de los legítimos intereses de la sociedad, por lo que se consideran riesgos o peligros a todas aquellas acciones que perturben la paz social. Dicho de otra forma, el Estado debe velar por mantener libre de perturbaciones y conflictos el libre desarrollo de los derechos políticos y civiles de sus ciudadanos.

Este, es precisamente el cometido del Estado moderno, el cual se justifica como una alternativa frente a la anarquía, pues el deber para con sus ciudadanos, cobra sentido en tanto proporciona de manera razonable seguridad, pues precisamente la ausencia de Estado donde no se podrá proveer de seguridad a los individuos o la sociedad, al menos de forma coherente y ordenada. Así se puede decir que la protección de derechos a través del Estado garantiza el mínimo de violencia. Sin embargo, uno de los mayores problemas que se presentan, es que, si el objetivo principal es la seguridad resulta muy probable que las acciones encaminadas a su consecución, modifiquen de manera más o menos grave, la vida social y política, con lo que a la larga terminará reduciendo la libertad de los ciudadanos a los que trata de proteger.

Otro aspecto a tomar en consideración en este concepto son los límites de los intereses de la sociedad. Si bien, entendemos que estos corresponden a cada Estado dependiendo de la situación social que viva, no se puede obviar que existen derechos irrenunciables que se deben de respetar. Así pues, no solo basta la puesta en marcha de la seguridad, sino que además se deben proporcionar los medios para obtener y proteger los derechos más elementales de la sociedad. Por tanto, manifestar sin mayor argumento que la seguridad limita los derechos de los ciudadanos resulta cuando menos desatinado.

Para que el Estado se encuentre en condiciones de proveer de seguridad a sus ciudadanos, debe tener el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Estas son políticas públicas que sirven para prevenir y contrarrestar las lesiones o daños potenciales que se dan en el contexto social, además, de garantizar el libre ejercicio de los derechos a sus ciudadanos. En otras palabras, debe también de proveer tanto de seguridad pública como de seguridad jurídica. Así, se cumplirá con una doble función de garantía; por un lado, a través de las instancias legislativas o judiciales, y por otro a través de los cuerpos y fuerzas de seguridad.

Finalmente, cabe destacar, que este uso legítimo de la fuerza estatal se debe emplear no solamente frente a ataques que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, sino también cuando exista una amenaza real a los legítimos intereses de la sociedad, pues no puede ser ignorado que la seguridad es la base de la existencia de la paz social, así, como la base para que se puedan ser ejercidas las libertades.

### III. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

Probablemente uno de los temas de mayor calado en el Derecho penal, radica precisamente en establecer cuáles son sus fines y funciones.<sup>14</sup> Por un lado, se entiende que el fin del Derecho penal, no radica tanto en la prevención del delito,<sup>15</sup> sino más bien en la protección (genérica), no obstante que no queda muy claro si de bienes jurídicos o por el contrario a la vigencia del ordenamiento jurídico.<sup>16</sup>

En efecto en las últimas décadas se ha suscitado una fuerte discusión que a mi juicio no ha sido aclarada todavía referente a qué es lo que protege el Derecho penal. Por un lado, encontramos, por decirlo de alguna manera, la doctrina clásica que se decanta por la *protección de bienes jurídicos*, pues al efecto manifiesta que los valores vitales que conforman la convivencia social deben ser protegidos a través del Estado mediante la coacción, es decir, una pena,<sup>17</sup> ya que estos valores al ser indispensables en el desarrollo social encuentran su punto de anclaje en el Derecho (en este caso penal), a través del propio ordenamiento jurídico, pues no solo se les reconoce, sino que también se protegen. Por tanto, según esta posición doctrinal, la legitimación de la intervención penal se presenta cuando una conducta ha puesto en peligro o lesionado un bien jurídico-penal.<sup>18</sup>

Precisamente una de las ventajas que presenta esta teoría es el papel limitador del propio Derecho penal, pues únicamente se protegen determinados bienes previamente establecidos en la Constitución, lo que se entiende que estos provienen de los postulados de un Estado social y democrático de Derecho, es decir, se protegen aquellos bienes que son necesarios para el desarrollo del individuo en un sistema social global establecido en relación al funcionamiento del propio sistema, de ahí

<sup>14</sup> Referente a los fines y funciones del Derecho penal *vid.* el sustancial y amplísimo trabajo monográfico de Feijóo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007, *passim*.

<sup>15</sup> Opinión que sostiene que el fin del Derecho penal radica en la prevención del delito es la que sostiene Ontiveros Alonso, Miguel, *Derecho penal. PG.*, INACIPE-Ubijus, México, 2017, p. 39. Sin embargo, hay que objetar que dicha afirmación resulta inexacta, pues la prevención del delito es parte de las funciones a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, es decir, del Derecho administrativo o de policía, pero no así del Derecho penal, pues atribuir fines o funciones que no le son propias y por tanto no puede cumplir, lo que a la larga se crea la impresión social de que el Derecho penal no cumple con los fines para los que fue creado.

<sup>16</sup> Alcácer Guirao, Rafael, «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», en *ADPCP*, vol. LI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 367.

<sup>17</sup> Jescheck, Hans-Henrich / Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal. PG.*, trad. de la 5a. ed., renovada y ampliada de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 8.

<sup>18</sup> Gimbernat Ordeig, Enríque, en el prólogo a Alcácer Guirao, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?. Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 11.

que resulte incompatible proteger meras inmoralidades o contravenciones,<sup>19</sup> dicho de otra manera al no existir vulneración o mejor dicho afectación a un bien, no queda protegido en el ámbito del Derecho penal.

Al anterior razonamiento se le objeta que la protección de bienes jurídicos no es totalizadora, sino antes bien se limita solo a ciertos ataques realizados por «personas», por lo que se entiende que la relevancia jurídica de los bienes es relativa.<sup>20</sup> En efecto, si lo que se ha dicho es que el Derecho penal protege bienes jurídicos en muchas de las ocasiones no logra su objetivo, o en otras palabras en la gran mayoría de ocasiones en que desaparecen los bienes no le incumbe al Derecho.

Por tanto y a juicio de uno de los máximos representantes del funcionalismo normativo (Jakobs), el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino únicamente garantiza la vigencia de la norma,<sup>21</sup> pues según esta posición lo que se trata es de garantizar la identidad social, lo cual se lleva a cabo tomando al delito como una expresión comunicativa, pues el autor con su comportamiento defrauda la expectativa que la sociedad tiene en que la norma se respete, es decir, con ello lanza un mensaje en el sentido de que para él la norma no es relevante, dicho de otra forma que le da igual la configuración de la sociedad en la que se encuentra inmerso, que la norma no va con él.

Por lo que con la pena impuesta, se le dice al autor que su configuración social es incorrecta, que por el contrario su comportamiento delictivo (defraudador) no pertenece, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta,<sup>22</sup> de tal manera que el bien jurídico pasa a un segundo plano, pues como quedo expuesto lo que se trata con la pena impuesta no es proteger nada, sino antes bien la preservación de la propia sociedad.

Ahora bien, con independencia de la discusión científica resulta indispensable plantear cuales son las funciones y fines del Derecho penal. Atendiendo a un plano descriptivo diremos que las funciones del Derecho penal, no lo legitiman, sino al contrario son consecuencias no deseadas, pero reales del sistema, se conciben de manera pre jurídica, cuyos efectos son secundarios y generalmente frecuentes,<sup>23</sup> en

<sup>19</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal PG, T.I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, reimp., Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2006, p. 51.

<sup>20</sup> Jakobs, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. Manuel Cancio Meliá, Ediciones jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 2001, pp. 14 y ss.

<sup>21</sup> Jakobs, Günther, *¿Que protege el Derecho penal...*, op. cit., 2001, p. 19.

<sup>22</sup> Jakobs, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, P. 75.

<sup>23</sup> Bottke, Wilfred, «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», trad. Guillermo Benlloch Petit, en Silva Sánchez, Jesús-María (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, JMBosch, Barcelona, 1997, p. 48.

tanto que los fines son consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el propio sistema.<sup>24</sup>

Pues bien atendiendo a las funciones descriptivas podemos decir que a través del ordenamiento punitivo se cumplen con diversas funciones como lo son: *ético-social, simbólica y satisfacción de necesidades psico-sociales*.<sup>25</sup>

### A) Función ético-social

Ya Welzel, en su *Das Deutsche Strafrecht*, señala que cuando se castiga el no observar los valores ético-sociales de una sociedad determinada se protege al mismo tiempo bienes jurídicos a los que están referidos los propios valores ético-sociales.<sup>26</sup> De lo que se advierte según este razonamiento, que la función del Derecho no solo es la protección de bienes jurídicos, sino también en el aseguramiento de los valores fundamentales,<sup>27</sup> o dicho de otra forma la función esencial del Derecho penal radica en la protección, pero no de bienes jurídicos sino más bien de valores sociales, los cuales solo por inclusión de estos protegen bienes jurídicos.

En nuestra doctrina y siguiendo la estela *welzeniana*, Cerzo Mir señaló que la función del Derecho penal radicaba en el fomento de respeto a los bienes jurídicos, y para ello en aras de tal respeto, el propio Derecho penal trata de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento y apela, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción.<sup>28</sup>

Si bien, dicho razonamiento de entrada resulta congruente y apegado a la realidad social, a este se le ha tildado de que llevado a último extremo aporta inaceptables conclusiones, como la de confundir el Derecho penal con la moral o la ética social.<sup>29</sup> No obstante, tal crítica a mi juicio carece de fundamento pues como ya se

<sup>24</sup> Hassemer, Winfried/Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 99.

<sup>25</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, ha señalado dos niveles en la función que desempeña el Derecho penal, por un lado, o en un primer nivel la función del Derecho penal en el conjunto de la sociedad (perspectiva empírica), que a su vez contiene la función ético-social, simbólica y de necesidades de psicología-social y en un segundo nivel la función que desempeña el Derecho penal en el individuo que ha delinquido, que se refiere a la función de represión y prevención especial negativa. Es el primer nivel el que mencionaremos en este artículo. *Vid.* con la amplísima bibliografía que ahí se cita *Id.*, *La expansión del Derecho penal...*, *op. cit.*, 2011, pp. 473 y ss.

<sup>26</sup> Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 11a. ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, p. 3.

<sup>27</sup> Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht...*, *op. cit.*, 1969, p. 2.

<sup>28</sup> Cerzo Mir, José, *Derecho penal PG., TI*, Introducción, con la colaboración de Alicia Gil, 6a. ed., 2a. reimp., Tecnos, Madrid, 2005, p. 16.

<sup>29</sup> *Vid.* al respecto Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, PG, TI*, 4a. ed., corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2019, p. 76.

ha puesto de manifiesto la actitud interna a la que se refiere la función denominada ético-social consiste en una actitud jurídica, y no así moral, pues esta se refiere del respeto de bienes jurídicos y solo la lesión o puesta en peligro de estos conlleva a la imposición de una pena.<sup>30</sup>

No obstante, no se puede negar que las normas penales crean efectos sociales, pues como es lógico no prescinden del mundo para el que fueron creadas, por lo que entiendo que, no se puede desconectar o crear normas ajenas a los valores necesarios e imprescindibles en una sociedad, con ello no se le pide al ciudadano que atienda en su fuero interno o arroje estos valores en base a sus principios éticos, sino que al Derecho le basta única y exclusivamente con su acatamiento, con independencia de si el ciudadano esta convencido o no.

## B) Función simbólica

Los efectos que las normas despliegan en la sociedad a la que se dirigen, son en gran medida lo que con ellas se pretende comunicar. Así, por un lado, nos encontramos con la eficacia instrumental que producen, que no es otra cosa que la aptitud que tiene la norma para prevenir la realización de determinadas conductas<sup>31</sup> y por otro, la función simbólica.

Ambas (instrumental/simbólica) representan un binomio inescindible al momento de constatar la eficacia de la norma, pues se entiende que dichas funciones se desarrollan como vasos comunicantes complementarios el uno del otro, pues la eficacia de protección se ve reforzada por la escala de valores que desaprueban una determinada conducta convirtiéndola en delito, así como su refuerzo mediante la conminación de la pena.<sup>32</sup>

Por lo que se entiende que la función que desempeña una norma simbólica radica principalmente en dar a la sociedad una sensación o impresión tranquilizadora de un legislador decidido y atento por acabar con los problemas sociales a través de la norma impuesta.<sup>33</sup>

Si bien, se llega a entender que todas las normas tienen o despliegan una función simbólica a la par de una función instrumental y esto en gran medida es lo

<sup>30</sup> Gil Gil, Alicia, «Prevención general positiva y función ético social del Derecho penal», en Diez Ripolles, José Luis/Romeo Casabona, Carlos María/Gracia Martín, Luis / Higuera Guimerá, Juan Felipe (edits.) en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, reimpr., Madrid, 2003, p. 15.

<sup>31</sup> Terradillos Basoco, Juan, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal», en *Pena y Estado [función simbólica de la pena]*, No. 1, Promociones y publicaciones universitarias, Madrid, 1991, p. 10.

<sup>32</sup> Terradillos Basoco, Juan, *loc. cit.*

<sup>33</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación...*, *op. cit.*, 2010, p. 482.

deseable en toda legislación, el problema que se ha presentado es el uso excesivo del efecto simbólico, dejando de lado la función instrumental, por lo que a la postre se ha llegado a una serie de problemas de gran calado.

Por una parte, al no cumplirse la función instrumental, es decir, la efectiva protección de bienes jurídicos se presenta una especie de desencanto por parte de la sociedad, pues no ve cumplidas sus expectativas de seguridad y protección a determinados valores, por lo que la eficacia que en un principio se podría observar o atribuir a dicha norma no es tal y se produce un efecto de desasosiego social que se termina por tratar de endurecer el sistema penal, pues se entiende que la *norma era demasiado blanda*.

De igual forma, se advierte que la función simbólica, tiene muchas aristas que difícilmente se puede encuadrar en un solo ámbito sino al contrario bajo el epígrafe función simbólica podemos observar diversos puntos de vista como autores han abordado esta problemática.<sup>34</sup>

En definitiva, se llega a una absolutización del discurso penal, para muestra solo basta ver el incremento de nuevas leyes penales o el aumento de la punibilidad en las ya existentes, de las últimas décadas,<sup>35</sup> tan es así que inclusive se les ha clasificado de la siguiente manera:<sup>36</sup>

*Leyes de declaración de valores (ejemplo: aborto); Leyes con carácter de apelación moral (ejemplo: derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes); respuestas sustitutorias del legislador; leyes que sirven de coartada, leyes de crisis (ejemplo: leyes en contra del terrorismo con el fin de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas); Leyes de compromiso (ejemplo: cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias, siempre tienen un núcleo central para satisfacer la necesidad de actuar).* (sin cursivas en el original)

### C) Satisfacción de necesidades psico-sociales

No cabe duda de que uno de los efectos o funciones que desempeña la pena, es la satisfacción social por la efectividad del castigo. Esta perspectiva psicológico-social no es de nuevo cuño *Nihil novum sub sole*, sino antes bien se pueden encontrar antecedentes desde la implantación de un Derecho penal formal, pues si no existiese la eficacia del castigo establecido por la propia norma, al final esta deja de

<sup>34</sup> Vid. ampliamente respecto a las contribuciones doctrinales en AA.VV., *Pena y Estado [Función simbólica de la pena]*, No. 1, Editorial jurídica cono sur, 1991, *passim*.

<sup>35</sup> Vid. Landrove Díaz, Gerardo, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 55 y ss, / Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., 2011, *passim*.

<sup>36</sup> Vid. al respecto a Hassemmer, Winfried, «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», trad. Elena Larrauri, *Nuevo Foro Penal*, No. 51, Universidad EAFIT, Colombia, Enero, 1991, p. 20.

tener valor para el conjunto social, pues al implantarse una norma jurídico-penal, no solamente se plantea una dimensión unidimensional sujeto-norma, sino que esta también va dirigida a la sociedad (sujeto-norma-sociedad),<sup>37</sup> por lo que la existencia de un delito causa efectos en la sociedad, que en cierta manera se ven reparados cuando se impone la pena, pues con ello se responde a la satisfacción del instinto de venganza que tiene la propia sociedad contra quien ha realizado una conducta que probablemente los demás deseaban hacer pero reprimieron tal deseo.<sup>38</sup>

Se entiende que la razón de ser de la pena atiende bajo esta perspectiva a principios de psicología profunda, pues su génesis consiste en la formalización de los sentimientos de venganza colectivos.<sup>39</sup> Cuestión que en principio no tiene porque ser rechazable, no obstante, el problema que se presenta o mejor dicho se podría llegar a presentar es si se toma en cuenta únicamente este cariz, pues como ya se ha advertido,<sup>40</sup> no se puede atribuir como fin de legitimación en la intervención penal, las necesidades de psicología social, pues a fin de cuentas dichas necesidades no son otra cosa que la propia necesidad irracional y subconsciente que la sociedad tiene o espera respecto a una conducta delictiva.

Contrario a lo manifestado, se llegó a plantear que se deben racionalizar dichos procesos «irracionales» para dotar de legitimidad a la pena, por lo que bajo el amparo del psicoanálisis y la psicología profunda se trató de dar sentido tanto a la pena como a las demandas sociales de castigo.<sup>41</sup>

Pues bien, como hemos manifestado la legitimación de la pena se debe a los fines que la sustentan, por tanto, es necesario señalar las teorías más representativas, para finalmente establecer si la seguridad es un fin o una función.

#### IV. FINES DEL DERECHO PENAL

Al contrario que las funciones, los fines que desempeña el Derecho penal, si son buscados e incluso deseados, ello se debe no solo a la búsqueda de su propia legitimación, que dicho sea de paso, no es cuestión menor, sino que además atiende también a la necesidad de dotar de sentido a la propia pena, dicho de otra forma, «*la pena sirve*» tanto al sujeto al que se le impone, como a la propia sociedad.

<sup>37</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 2000 reimp., pp. 17 y ss.

<sup>38</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación...*, op. cit., 2010, p. 485, nota 515.

<sup>39</sup> Alcácer Guirao, Rafael, «Los fines del Derecho penal...», op. cit., 1998, p. 410.

<sup>40</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación...*, op. cit., 2010, p. 486.

<sup>41</sup> Vid. al respecto Luzón Peña, Diego Manuel, «Prevención general y psicoanálisis», en Mir Puig, Santiago (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pp. 141 y ss.

Así una teoría de la pena que trate de tener un sentido legitimador y útil, no se puede llevar a cabo fuera del propio contexto social, político y normativo en el que dicha pena desarrolla su función social,<sup>42</sup> pues resulta obvio que la pena atiende a un tiempo y a una función previamente determinada, dicho de otra forma, la pena es hija de su tiempo y de sus propias circunstancias. Sin embargo, ello no impide la elaboración de un planteamiento general de teorías que han tratado de establecer una construcción jurídica-sistemática para la resolución de conflictos sociales.

Con estas teorías se ha tratado de dar respuestas universales a preguntas sobre la justificación y naturaleza de la pena, sobre el sentido que tiene o debe tener el castigo para el condenado y para la colectividad. Dos han sido las corrientes que han desarrollado la finalidad que sigue la pena, *retribución* y *prevención*. La primera mira al pasado *malum passionis propter malum actionis*, mientras que la segunda mira al futuro *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*.<sup>43</sup>

En las siguientes páginas y sin ánimo de exhaustividad, pues resultaría imposible abordar en un artículo todos y cada uno de los rasgos definitorios de dichas teorías analizaremos las distintas vertientes referentes a la pena.

### A) Teorías de la retribución

Una de las características de las teorías retribucionistas, es que no buscan fin alguno, sino antes bien se impone un mal merecidamente a quien con su conducta ha cometido un hecho delictivo, dicho de otra forma, se le devuelve al autor del hecho el mal causado. La pena no tiene persigue ninguna finalidad, se aleja de toda pretensión y solo se centra en la imposición del castigo.<sup>44</sup> Esta idea se ha centrado en diversos ámbitos, como el religioso, el ético y el jurídico.<sup>45</sup>

En el ámbito **religioso** se entiende que la pena es una especie de expiación, en el que la única aspiración no es otra cosa que el orden eterno ante y sobre el condenado, así el Papa Pío XII a la sazón de un Congreso sobre Derecho penal celebrado en Roma manifestó que: «el Juez supremo, en el juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución».<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. XVII.

<sup>43</sup> Jescheck, Hans-Henrich/Weigend, Thomas, *Tratado de...*, op. cit., 2002, p. 71.

<sup>44</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5a. ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur menor, 2011, p. 58.

<sup>45</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. PG., 10a. ed., 2a., reimp actualizada y revisada, con la colaboración de Víctor Gómez Martín/Vicente Valiente Iváñez, Reppetor, Barcelona, 2016, p. 84.*

<sup>46</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias...*, op. cit., 2011, p. 59.

Desde la perspectiva **ética**, uno de los más importantes representantes es Kant que en su obra *La Metafísica de las costumbres*,<sup>47</sup> establece que la pena se dirige a la satisfacción de la justicia y con ello se restablece el orden perturbado mediante el hecho. La imposición de la pena no sirve para fomentar un bien, ya sea para el propio sujeto o para la sociedad, sino que se debe de imponer simplemente porque ha delinquido.<sup>48</sup>

Su planteamiento surge de la distinción de la pena (judicial/natural), la pena judicial o *poena forensis* no se puede imponer nunca como medio, pues de ser así se estaría tratando al sujeto como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real, más aún para que pueda imponerse la pena, el sujeto debe ser *digno de castigo*, pues la ley penal es un imperativo categórico y solo imponiéndose la pena en su justa medida se puede alcanzar la justicia, pues es mejor que perezca un hombre a la justicia, pues si esta perezca carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra.<sup>49</sup>

El clásico ejemplo señalado por el propio Kant para ilustrar el ideal retribucionista, «un pueblo que habita en una isla y decide disgregarse y diseminarse por todo el mundo, antes de su disolución tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentra en la cárcel, para que cada cual reciba la consecuencia de sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo, porque puede considerársele como partícipe de esta violación pública de la justicia».<sup>50</sup>

Finalmente, en referencia a la perspectiva jurídica (también llamado retribucionismo dialéctico o funcional),<sup>51</sup> Hegel al igual que Kant, entiende que la pena debe ser impuesta en aras de la justicia,<sup>52</sup> sin embargo, entiende que el delito no se puede observar como un hecho positivo, para el cual vendría el castigo como negación, sino que es un hecho negativo, de manera que el castigo es solamente negación de la negación.<sup>53</sup>

Hegel, desarrolla a través de la dialéctica la formulación de la pena, así la voluntad general, es decir, el orden jurídico es la «*tesis*», la negación de dicho orden

<sup>47</sup> Vid. Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, (1797), trad Adela Cortina Orts/Jesús Conill Sancho, 4a. ed., reimp., Tecnos, Madrid, 2008, *passim*.

<sup>48</sup> Kant, Immanuel, *o.u.c.*, (331), p. 166.

<sup>49</sup> Kant, Immanuel, *loc. cit.*

<sup>50</sup> Kant, Immanuel, *La metafísica...*, *op. cit.*, 2008, (333), pp. 168 y ss.

<sup>51</sup> Vid. Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. PG, T I*, 3a. ed., corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2017, p. 40.

<sup>52</sup> Frister, Helmut, *Derecho penal. PG.*, trad de la 4a. ed., alemana de Marcelo A. Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2016, p. 60.

<sup>53</sup> Hegel, Georg W.F., *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de Derecho natural y ciencia del Estado*, (1821), trad. Eduardo Vázquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. §97, 168.

jurídico, esto es, el delito es la *antítesis*, y la negación de esta negación será la *síntesis*, que tendrá lugar mediante el castigo del delito. Así la pena se concibe como negación de la negación que mira al pasado y no como instrumento de fines utilitarios posteriores.<sup>54</sup>

De igual manera que en Kant, para Hegel la persona es un ser racional, que a pesar del hecho por él cometido no es tratado como una bestia, como un perro o un pedazo de madera, es decir, no es considerado como objeto del Derecho de cosas, sino como persona. Se le honra en el castigo como ser racional.<sup>55</sup>

Uno de los méritos que se le atribuyen a las teorías de la retribución es su capacidad de impresión psicológico-social, además de establecer un nivel de atribución en la pena, las teorías retribucionistas establecen un límite al poder punitivo del Estado,<sup>56</sup> por lo que se entiende que parten de un compromiso respecto a las garantías del sujeto que ha delinquido, máxime que en el momento de elaboración de dichas teorías (s. XVIII), todavía no se ponían de manifiesto las garantías de comisión previa del delito.<sup>57</sup>

Otro aspecto que tomar en consideración es que la teoría de la retribución pone de manifiesto, por muy crudo que sea que la pena es violencia institucionalizada frente al sujeto que ha delinquido y en la medida de que la propia pena es parte de la sociedad forma parte de su propia identidad.

Sin embargo, en la actualidad esta teoría resulta incompatible en un Estado social y democrático de Derecho, pues al no perseguir fin alguno se aleja precisamente de esa referencia social, máxime que resultaría un sin sentido añadir al mal del delito, el mal de la pena.<sup>58</sup>

## B) Teorías de la prevención

Al contrario que las teorías de la retribución, las teorías de la prevención o relativas entienden que el fin de la pena no se agota en el castigo, sino que esta tiene una trascendencia social, con un efecto preventivo que es evitar la comisión de nuevos delitos ya sea por parte del propio condenado (*prevención especial*) o la sociedad (*prevención general*).<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal...*, *op. cit.*, 2016, p. 85.

<sup>55</sup> Hegel, Georg W.F., *Rasgos fundamentales...*, *op. cit.*, 2000, p. §100, 168.

<sup>56</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal PG...*, *op. cit.*, 2006, p. 84.

<sup>57</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias...*, *op. cit.*, 2011, p. 59.

<sup>58</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de...*, *op. cit.*, 2017, p. 40.

<sup>59</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *loc. cit.*

Si bien, dichas teorías de la prevención se pueden remontar a la filosofía clásica, es con Feurbach que se distinguen las bases de la prevención general y prevención especial,<sup>60</sup> pues como se ha comentado la prevención especial actúa directamente sobre el sujeto, pues se entiende que no hizo efecto o se necesitó un estadio más, pues no funcionó la eficacia preventiva de la pena, cuya finalidad era evitar futuros delitos, por lo que su actuación se entiende inicia en la ejecución de la pena.

En tanto, que la prevención general tiene un efecto contra-motivador y psicológico, sobre los miembros de la sociedad, en tanto posibles infractores, ya sea mediante la conminación penal abstracta o a través de la ejecución de la pena en el delincuente concreto.

Estas teorías de la prevención se han establecido y se siguen estableciendo bajo concepciones políticas, sociales y culturales muy diversas, además que dicho sea de paso estas posturas (general y especial) se complementan unas a otras.

#### a) *Prevención especial*

Dentro de la teoría preventivo especial, se pueden diferenciar claramente diversas escuelas, que tienen como común denominador precisamente la idea de dirigirse contra el individuo, a pesar del amplio abanico de matices que cada una presenta.<sup>61</sup>

La Escuela positiva se rige por el método inductivo experimental, se fundamenta en la investigación de un conjunto de hechos particulares hacia una disposición general aplicable a esos hechos y a todos los que con ellos guardan una relación de comunidad o de semejanza.<sup>62</sup>

La contribución de la Escuela positiva, radica en la consolidación y defensa del nuevo orden social, pues si bien en la época ilustrada surgió la teoría del contrato social y de la función preventiva de la pena, ello no resultaba suficiente para fundamentar positivamente el nuevo orden social, por lo que era necesario fortalecerlo, legitimarlo y protegerlo, y ese fue el proyecto político del positivismo, que absolutizó y entronizó el orden burgués.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> García Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 3a. ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 261.

<sup>61</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias...*, op. cit., 2011, p. 62.

<sup>62</sup> Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1990, p. 94.

<sup>63</sup> García Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, 3a. ed., Tiran lo Blanch, Valencia, 2003, p. 395.

La legitimación de la intervención penal se estableció en razón de protección eficaz del orden social, a diferencia del planteamiento ilustrado, que se basaba más en ámbitos retribucionistas, disuasorios e incluso de reforma del delincuente; en cambio en la Escuela positivista se propugnó en la ley de la selección de las especies, para justificar el principio de diversidad del hombre delincuente, dicho de otra manera a través de la selección de las especies, se explica la hipótesis de que el criminal, desde un punto de vista cualitativo, es un individuo distinto (patológico) del *ciudadano normal*.

A Ferri, se le atribuye dentro de la Escuela positivista el hecho de trasladar la ciencia del Derecho Penal de una consideración del delito como fenómeno particular en sí mismo, a la del delito como expresión de un aspecto necesario del mundo y en el cual todo converge en su negatividad, pues para este autor resultaba necesario establecer de manera prioritaria a la *Sociología Criminal*; pues el delito tiene influencia no solo con determinados fenómenos más o menos complejos de la vida social, sino con toda la vida y toda la realidad, en la cual se buscan, precisamente, las raíces profundas e infinitamente múltiples de la acción humana en general y de la acción delictiva en particular.<sup>64</sup>

La pena ya no constituía un fin en sí mismo, sino más bien se consideraba como un medio para alcanzar determinados fines preventivos. Por lo que se trató de orientar al Derecho penal a un carácter anticipador, como un instrumento que permita evitar el delito, protegiendo, no tanto los bienes jurídicos, sino más bien la propia convivencia social, de igual forma queda patente la imposición de medidas de seguridad predelictivas basadas en el diagnóstico del infractor y no así en el delito cometido.

Otra de las escuelas que establecieron sus postulados bajo la prevención especial, fue el denominado correccionalismo, bajo la influencia de la filosofía krausista. Esta, parte de la idea de que el Estado tiene el deber de ayudar al individuo para el cumplimiento de su destino y muy en particular está obligado a acudir en auxilio de los que no son capaces de gobernarse a sí mismos.<sup>65</sup>

Dicha corriente en España fue fruto de la adaptación de la teoría de la corrección de Karl Röder y se entiende que las medidas adoptadas por la Justicia Criminal deben tener como único fin la enmienda tanto moral como jurídica del delincuente, por lo que no se podía reestablecer el orden vulnerado sin que el delincuente se enmendase, pues la pena se halla en la arbitrariedad inmoral de un hombre, manifestada exteriormente y dirigida de un modo indudable a la perturbación del orden social, pues resulta innegable que el fin que de la pena se

<sup>64</sup> Bergalli, Roberto, «Perspectiva sociológica: sus orígenes», en Id. (dir.), *El Pensamiento criminológico. Un análisis crítico*, vol. I, Temis, Bogotá, 1983, p. 94.

<sup>65</sup> Sainz Guerra, Juan, *La evolución del Derecho Penal en España*, Universidad de Jaén, 2004, pp. 62 y ss.

centre en el restablecimiento radical, por todos los medios adecuados y justos, de esa voluntad pervertida, manifestada en el hecho y según el género y grado de maldad revelados.<sup>66</sup>

Entre los representantes más destacados del correccionalismo español, se encuentran Julián Sanz del Río, Francisco Giner de los Ríos, entre otros. Entendían que el Estado no debía sancionar al delincuente, sino tutelararlo, proteger su libertad y su vida tratando la anomalía que padece; así la pena era un bien y un derecho del delincuente, por tanto desterraba la pena de muerte, así como cualquier otra pena corporal. La primera es una sanción que no permite restablecer el Derecho perturbado a través de la enmienda pues las penas corporales, además de no procurar la educación del delincuente, atentan contra la propia naturaleza humana.<sup>67</sup>

La pena como una forma de tutela de la sociedad hacia el criminal, el juez que ha dictado la sentencia debe tomar parte activa y continuada en su ejecución vigilando la eficacia de las medidas adoptadas sin eludir en modo alguno la adecuación de su decisión. Por tanto, el sistema penitenciario debe establecer el aislamiento absoluto de los criminales entre sí, pero no así con la sociedad, por lo que se muestra a favor de la utilización de la libertad provisional.

Mención aparte merece Pedro Dorado Montero, para quien los delincuentes eran personas inadaptadas, por lo cual la sociedad les debe otorgar un tratamiento tutelar, por lo que el Derecho Penal es un Derecho protector de los criminales, por tanto la pena en sentido tradicional, resulta ineficaz, por lo que se requiere una transformación a través de un tratamiento terapéutico tutelar individualizado, que tenga por objeto la corrección y salvaguarda del delincuente. En este sentido, establece que los delincuentes deben ser considerados como seres necesitados de auxilio, según lo demuestra su propia conducta, y que prestándosele fraternal y amorosamente, al igual de lo que se hace en la familia, se les coloque en disposición de poder contribuir de algún modo al bienestar y adelanto de la colectividad social de la que forman parte, en vez de ser un elemento de perturbación y un peligro constante de ella.<sup>68</sup>

En Italia surgió de manera simultánea al correccionalismo español la denominada *Terza Scuola* o *Positivismo Crítico*, cuyos componentes más destacados fueron Alimena, Carnevale, Vaccaro, Maggi, Puglia, Impallomeni, entre otros.

Si bien observaban al delito desde una perspectiva jurídica, tomaban en consideración aspectos sociológicos/antropológicos, que servía de base para establecer una responsabilidad moral. La imputabilidad la definían como dirigibilidad de la acción querida por el sujeto; la naturaleza de la pena debe ser la coacción psicológica

<sup>66</sup> Sainz Guerra, Juan, *La evolución del Derecho...*, op. cit., 2004, p. 64.

<sup>67</sup> Sainz Guerra, Juan, *loc. cit.*

<sup>68</sup> Dorado Montero, Pedro, *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Gallach, Barcelona, 1902, p. 18.

acompañada del sentimiento de reprobación moral causada por el delito; admiten la investigación filosófica en el Derecho Penal.<sup>69</sup>

Entienden que la finalidad de la pena es no tan solo el castigo, la retribución, sino también correctiva y educativa (pena-readaptación); mientras que la naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica, por tanto, son imputables quienes tienen capacidad para sentir la amenaza de la pena.

Otra de las grandes corrientes europeas es la denominada Escuela de Marburgo, esta al contrario que en Italia, se puede distinguir claramente la evolución, del método propio de la Ciencia penal, pues ahí se muestran de manera clara las tres posibilidades históricas de elección de su objeto —Derecho natural— (Escuela Clásica), realidad empírica (Escuela Positiva) y Derecho positivo (Dirección Técnico-Jurídica), en Alemania se abordó el método en la ciencia jurídico-penal, desde el cual se ha estudiado el objeto representado por el Derecho positivo.<sup>70</sup>

Dentro de los integrantes de la Escuela de Marburgo, la figura más representativa es, sin lugar a dudas, Franz Von Liszt, cuyo programa de 1882,<sup>71</sup> fue un antes y un después en el desarrollo doctrinal penal de la época, no obstante de que esta se encontraba en el mismo origen del positivismo científico, pues se llegaba a consecuencias diversas en cuanto a ámbitos metodológicos y contenidos fundamentales. Si bien, una de las características del positivismo naturalista, era precisamente la implementación al Derecho penal de los métodos propios de las ciencias empíricas, aquí se establecían cuando menos dos órdenes diversos a los anteriores, el *político* y *científico*.

En cuanto al primero, huelga decir que este respondió en gran parte a la crisis del Estado Liberal, mismo que se sustituía por el modelo intervencionista, pues no se puede desconocer que la aparición del proletariado, fruto de la industrialización capitalista, trajo consigo un cambio de paradigma, puesto que el liberalismo decimonónico no creó *de facto* libertades, sino su único mérito fue reconocer jurídicamente una situación de hecho, sin embargo, el proletariado no necesitaba el reconocimiento jurídico, sino la mejora efectiva de las condiciones de su existencia.

Estos fines de reconocimiento social, se vieron reflejados de igual manera en el campo del Derecho penal, pues si el liberalismo había propugnado un Derecho penal de las garantías,<sup>72</sup> en el Estado social se estaba llamado a encarnar un Derecho penal

<sup>69</sup> Vid. ampliamente a Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 2a. ed., Porrúa, México, 1981, p. 245.

<sup>70</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, 2a. ed., reimpr., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 176.

<sup>71</sup> Von Liszt, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*, introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, trad. de Carlos Pérez del Valle, Comares, Granada, 1995, *passim*.

<sup>72</sup> Resulta clarificadora la idea de Silva Sánchez, Jesús María, en cuanto a la concepción del Derecho Penal Liberal del s. XIX, en cuanto que: «...el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden

de prevención efectiva, ello como consecuencia del aumento desmedido de la delincuencia producto de la industrialización.<sup>73</sup>

En la concepción de Von Liszt respecto al Derecho penal, propone por una parte la intervención del Estado, no obstante, esta intervención se debe de limitar a las garantías trazadas por las garantías liberales. De igual forma, en lo referente a la pena, establece que la pena debe estar orientada hacia la *prevención especial*, no obstante, dicha prevención debía de cumplir un triple objetivo: por un lado, debía de servir para la corrección de los delincuentes susceptibles y necesitados de mejora; por otro la abstención en el caso de delincuentes no necesitados de mejora; y tal vez la más llamativa que era la inocuización de delincuentes incorregibles. Su concepción de la pena estaba vinculada a una concepción de la responsabilidad de manera determinista, criticando duramente el libre albedrío.

Los fines preventivos para Von Liszt debían justificarse en razón de la necesidad, es decir, si existiesen otros medios menos lesivos que el Derecho penal, se debía acudir a estos, además de que dicha intervención debía estar encaminada en mayor medida a la protección de bienes jurídicos.<sup>74</sup> Cabe destacar aquí que el principio de protección de bienes jurídicos es la piedra de toque del sistema, pues este se convierte en otro límite al *ius puniendi*, pues es precisamente bajo dicho concepto como se justifica la intervención penal. Resulta clarificadora la frase que el propio Liszt, establece al legitimar intervención del Derecho penal, a través de la protección de bienes jurídicos, pues manifiesta que:<sup>75</sup>

«... tiene plena vigencia respecto a la pena en particular, pues es una espada de doble filo: la protección de bienes jurídicos a través de la lesión de bienes jurídicos...»

Si bien, las ideas de la prevención han tratado de atender no solo el delito sino el origen de este, poniendo especial énfasis en el sujeto delincente a través de medidas de tratamiento, ello no ha estado exento de polémica. Se le ha criticado que solo se conciba al sistema penal únicamente como una teoría de ejecución de penas, pues suponiendo que fuese exclusivamente el papel que desempeña, tampoco se justifica, pues un Derecho penal basado únicamente en la resocialización, no puede o mejor dicho no está en condiciones de ofrecer una explicación coherente

---

*reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado, así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías –formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días»* (cursivas añadidas), Id., *La expansión del...*, op. cit., 2011, p. 165.

<sup>73</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases...*, op. cit., 2003, p. 198.

<sup>74</sup> Von Liszt, Franz, *La idea del fin...*, op. cit., 1995, p. 80.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 78.

del porque debe mantenerse el castigo a pesar de que el condenado no vuelva delinquir.

Tampoco es de recibo que en un Estado social y democrático de Derecho se encuentre legitimado para ejercer funciones de pedagogía social, pues ello daría pie a que el propio Estado en aras de adoctrinar a sus ciudadanos utilice al Derecho penal para lograr tal en objetivo, todo ello disfrazado en el manto difuso de la resocialización.<sup>76</sup>

### b) *Prevención general*

Al contrario que las teorías de la prevención especial, las teorías de la prevención general tratan de tener un efecto sobre la sociedad y no solamente sobre un sujeto en particular, así la pena se establece sobre el conjunto social, por lo que el entendimiento preventivo-general de la pena la presenta como instrumento que opera sobre el conjunto de los individuos disuadiéndoles de realizar los delitos.<sup>77</sup>

Una de las características de esta teoría son las variantes que la misma presenta por un lado nos encontramos ante la *prevención general negativa* y por otro la *prevención general positiva*, a la que dicho sea de paso dedicaremos la última parte de este artículo a razón de fin securitario, por lo que en este apartado mencionaremos las líneas y accidente de la prevención general negativa.

El punto de anclaje de la teoría de la prevención general lo encontramos en las tesis de Feuerbach<sup>78</sup> quien, a través de su teoría de la coacción psicológica, manifiesta que al Estado le compete evitar la comisión de delitos, sin embargo, resulta obvio que no se cuentan con los medios suficientes para ello, más aún con la sola coerción física no se pueden impedir la comisión de delitos, sino más bien resulta necesario recurrir a medios «psicológicos», como son las propias conminaciones de pena que desde las leyes penales se dirigen a todos los individuos, así el efecto disuasorio no opera en el ejemplo de la pena sino más bien en la amenaza que desde la ley actúa precisamente como coacción psicológica.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias...*, op. cit., 2011, p. 65.

<sup>77</sup> De Toledo y Ubieta, Emilio Octavio, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1981, p. 206.

<sup>78</sup> Vid. Ampliamente con la bibliografía ahí citada a Greco, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos de Derecho penal*, trad. Paola Dropulich y José R. Béguelin, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 205 y ss.

<sup>79</sup> Feuerbach Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania. En Apéndice: Código Penal para el Reino de Baviera. Parte general*, trad. de la 14a. ed., alemana (Giessen, 1847), por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hamurabi. Buenos Aires, 1989, p. 61.

En las últimas décadas se ha venido reformulando la teoría de la prevención general (negativa), pues se entiende que si el Derecho penal se fundamenta en la protección de bienes jurídicos, la pena debe cumplir una función social, alejándose de toda idea que presente matices de castigo o expiación.<sup>80</sup> Dichas reformulaciones tratan y de hecho lo han conseguido en poner límites (constitucionales) a la pena, pues no en vano uno de sus máximos exponentes: Feuerbach, se le atribuye el mérito de establecer estos límites en el Derecho penal.<sup>81</sup>

Sin embargo, y a pesar de los logros obtenidos por la teoría de la prevención general (negativa), no se ha logrado vincular el fundamento de la pena con una teoría de la sociedad, en la cual el Derecho penal sea otro instrumento más a tomar en cuenta.<sup>82</sup> Más aun, si la teoría de la prevención general se establecen en razón de necesidades de coacción psicológica (individual), no se podrá tener en cuenta la lesividad social o la lesión social del hecho,<sup>83</sup> pues si entendemos que la norma no es un vehículo unidimensional sujeto-norma, sino antes bien la norma crea efectos sociales, es decir, incide tanto en los potenciales delincuentes como en la propia sociedad, no se pueden establecer un fin de la pena alejado de los efectos sociales que esta despliega.

De igual manera, en el ámbito de la aplicación de la pena a uno de los problemas a que se enfrenta es la relación subjetiva con el sujeto delincente, pues se pueden presentar supuestos en los que se precise de una pena que no se corresponda con la que un ciudadano razonable entendería como adecuada en ese caso al hecho cometido.<sup>84</sup>

En definitiva, toda teoría de la pena que tenga una finalidad intimidatoria tiene consigo la dificultad para congeniar tanto la proporcionalidad como la restricción de derechos que en sí representa la pena, pues no se puede pasar por alto que la teoría de la prevención general negativa parte de una idea reduccionista de observar al ciudadano como potencial delincente.<sup>85</sup>

No obstante, y pesar de las críticas que sobre dicha teoría se han manifestado no falta la razón a los autores que manifiestan que la teoría de la prevención general negativa, a pesar de que en cierta forma llega demasiado lejos, ello no implica que la prevención por sí misma debe ser relegada, así como que la propia prevención (con ciertos límites) sea la base de justificación de la pena, por lo que resulta difícil negar

<sup>80</sup> Cuello Contreras, Joaquín, *Derecho penal español. Curso de iniciación Parte general*. Vol. 1, notas introductorias, Civitas, Madrid, 1993, p. 70.

<sup>81</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones...*, op. cit., 2019, pp. 79 y ss.

<sup>82</sup> Cuello Contreras, Joaquín, *Derecho penal...*, op. cit., 1993, p. 71.

<sup>83</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general...*, op. cit., 2007, p. 85.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>85</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *loc. cit.*

que la pena se justifica por la necesidad de prevenir los delitos apelando, antes que nada, a la coacción psicológica.<sup>86</sup>

## V. SEGURIDAD VS. DERECHO PENAL

En la actualidad resulta incuestionable que las teorías de la prevención han desempeñado un papel fundamental a la hora de fundamentar la legitimidad de la pena, especialmente, la teoría de la prevención general que se encontraba vinculada a un concepto liberal del Estado.<sup>87</sup> Sin embargo, no se puede desconocer que la sociedad actual ha evolucionado de tal manera que resulta insostenible o cuando menos muy difícil tratar de establecer las funciones de la pena con teorías concebidas para una sociedad decimonónica, ajena a la configuración actual, *so pena* de establecer o tratar de dar respuesta con teorías desfazadas. Esto no significa dejarlas de lado o desconocer las grandes aportaciones que han presentado dichas teorías, pues no cabe duda de que estas son la base y fundamento de teorías actuales.

En efecto, si entendemos que la pena no solo tiene un efecto de coacción psicológica, sobre el individuo o la sociedad, sino que esta además es un vínculo de comunicación.<sup>88</sup> Al efecto cabe preguntarse ¿Qué comunica la pena? o si es el mismo mensaje para todos. Resulta claro que en cuanto a esto último no es así, pues como ha quedado ampliamente demostrado la comunicación varía dependiendo del receptor. Por lo que respecta a los delincuentes potenciales la pena trata de inhibir su posible inclinación al delito, mientras que a los demás ciudadanos le conmina a tener confianza en la norma,<sup>89</sup> de tal manera que es precisamente con esta última que se estabilizan las expectativas sociales.<sup>90, 91</sup>

Ahora bien, resulta claro que la comunicación entre el autor, norma y sociedad es una trilogía inescindible, pues como hemos manifestado, el Derecho penal crea efectos sociales, pues si no fuese así no tendría sentido tratar de establecer fines o funciones en la pena, pues una sociedad en la que no se tomase en cuenta ningún

<sup>86</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases de Derecho penal*, 2a. ed., reimpr., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 55.

<sup>87</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general...*, *op. cit.*, 2007, p. 261.

<sup>88</sup> Gómez-Jara Diez, Carlos, «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructor comunicativo?», en *Indret*, 2, Barcelona, Abril, 2008, p. 7

<sup>89</sup> *Vid.* ampliamente Mir Puig, Santiago, *Derecho penal...*, *op. cit.*, 2016, pp. 102 y ss.

<sup>90</sup> Pawlik, Michael, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, trad. Ricardo Robles Planas/Nuria Pastor Muñoz / Ivó Coca Vila, Atelier, Barcelona, 2019, p. 67.

<sup>91</sup> El razonamiento anterior ha sido propugnado por las teorías funcionalistas donde podemos encontrar una amplísima bibliografía al respecto, sobre todo *vid.* Jakobs, Günther, *Dogmática de Derecho penal y...*, *op. cit.*, 2004, *passim*.

valor al sentido de la pena, estaría abocada a la desaparición. Sin embargo, con ello, no hemos dado respuesta a la pregunta inicial de qué es lo que comunica la pena, a ello trataremos de dar respuesta en las siguientes páginas.

Que el Derecho contribuya a fines sociales no es nada nuevo, no obstante lo que debemos a analizar cuáles son esos fines sociales.

En este sentido, uno de los autores que ha dedicado más tiempo a señalar esos fines sociales es Günther Jakobs, quien *grosso modo* manifiesta que la función de la pena es confirmar la identidad de la sociedad,<sup>92</sup> por lo que la pena no debe orientarse a determinados efectos psicológicos, ni para los autores potenciales ni para los restantes integrantes de la sociedad. Pues bien, consideramos que además de dicha confirmación de la identidad social, también genera efectos securitarios, esto no se debe entender como un simple efectos psicológico, sino más bien como un valor social de que al existir la norma que castiga determinadas conductas consideradas como delitos no significa que estos no se cometan por la simple existencia de la mencionada norma, sino más bien que con la imposición de la pena genera confianza en la sociedad de que las normas se encuentran vigentes a pesar de su quebrantamiento, es decir, que su cumplimiento no es el fin, sino su propio fundamento. De ahí que la aplicación de la norma generará seguridad por parte del colectivo social.

Si bien, lo hasta mencionado resulta meridianamente claro, e incluso se podría decir que es acorde a los principios inspiradores de un Estado social y democrático de Derecho, ya no queda tan claro cuando, se utiliza precisamente ese discurso de la seguridad para ampliar y maximizar el Derecho punitivo, es precisamente ese modelo el que se pone en cuestión en el siglo XXI, pues no cabe duda que en aras de la pretendida seguridad los actuales modelos político-criminales, se establecen bajo la premisa de que la seguridad es una garantía de la libertad, es decir, se entiende que la seguridad es una entidad autónoma, en la que se subordinan todos los derechos (incluyendo la libertad), pues si no existe la mínima garantía de protección, estos derechos no se podrán ejercer con libertad.

Sin embargo, no se puede obviar que el derecho a la libertad resulta irrenunciable, *so pena* de abandonar el Estado social y democrático de derecho.<sup>93</sup> En este sentido se han plasmado diversos ordenamientos de carácter internacional, como el Tratado de la Unión Europea en el que se menciona que una de sus metas es el mantenimiento y desarrollo a través de un espacio de libertad, *seguridad* y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas (art. 2, 4º del TUE). El Tratado menciona como fines de la «política exterior y de seguridad común», por un lado, «el fortalecimiento de la seguridad de

<sup>92</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, reimp. 2000, p. 11.

<sup>93</sup> Vid. Denninger, Erhard, «Freiheit durch Sicherheit?. Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, No. 10-11, Bonn, 2002, p. 22.

la Unión en todas sus formas», pero también, por otro, «el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (art. 11, apdo. 1, 2º y 5º TUE). Y, en las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, se determinan más concretamente el objetivo y los medios de esta colaboración. El objetivo es «ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia».

Este marco jurídico europeo, fundamental en tanto que formulado como derecho objetivo, se debe complementar con los enunciados que describen la situación del individuo como sujeto de derecho, como poseedor de libertades fundamentales y de derechos subjetivos jurídicamente garantizados. De especial relevancia son los enunciados siguientes: el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama «los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad», una enumeración que, a la par, sirve como principio de articulación de la Carta. Más adelante se señala en esta: la Unión, «al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación». El Capítulo “Libertades de la Carta”, aprobado solemnemente en la reunión del Consejo Europeo en Niza, en diciembre de 2000, comienza con la frase: «toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad» (art. 6 Carta-UE).

No obstante, del conglomerado de disposiciones a nivel europeo aquí señaladas, en la actualidad se cierne una tendencia que se viene desarrollando debido en gran parte a la influencia de los atentados terroristas internacionales. En esta tendencia se puede advertir la obligación de que los Estados miembros se han impuesto de ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad; con ello, seguramente, se quiere decir algo más, y también algo distinto, a que el cumplimiento de sus funciones sea correcto, legal y libre de arbitrariedades,<sup>94</sup> con ello nos referimos a la oferta de una seguridad (subjetiva), dicho de otra forma el derecho a la seguridad

Pues bien, esta oferta de seguridad por parte de los Estados, pierde terreno frente al espacio de libertad los ciudadanos, pues se restringe en muchas de las ocasiones el derecho a la libertad en aras de la seguridad, sin embargo, este aspecto securitario resulta en muchas de las ocasiones indefinible, más bien la seguridad es, en sí misma, exorbitante e ilimitada, un ideal irrealizable, similar a la justicia o la libertad.<sup>95</sup> No obstante, la idea subyacente en la actualidad es que la seguridad se debe implementar a toda costa, incluso más allá de los límites del Estado de Derecho señalados por el peligro concreto y la sospecha concreta no conoce, conceptualmente, barreras respecto a la determinación del grupo de personas de riesgo, respecto a los medios

<sup>94</sup> Denninger, Erhard, «Freiheit durch....», *op. cit.*, 2002, p. 28.

<sup>95</sup> Hans, Peter Bull, *Wie weit reicht das Sicherheitsversprechen des Staates gegenüber seinen Bürgern?* en Dieter Simon (ed.), *Kurt Graulich Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, 2007, pp. 303 y ss.

de conocimiento y de defensa a utilizar, ni tampoco respecto a la determinación de las medidas a adoptar en interés de la seguridad.

Esta esfera de actuación respecto del ámbito de las usuales actuaciones policíacas preventivas, se implementan hoy día actuaciones represivas (no preventivas) que se creían desterradas, así bajo el ideal de la seguridad los derechos fundamentales ya no se perciben, como libertades fundamentales y derechos de defensa frente a la intervención estatal, sino más bien estos se consideran siempre en relación con el derecho a la seguridad.

Si la prohibición del exceso propia del Estado de Derecho servía para poner riendas a un legislador limitador de las libertades, ahora la prohibición del defecto, recibida por la jurisprudencia y empleada en el sentido de la prevención estatal, anima al legislador a llevar a cabo una actividad infatigable. Si los deberes de protección de los derechos fundamentales se entrelazan, por medio de un constructo jurídico, para formar un derecho fundamental a la seguridad, entonces la seguridad ya no significa, la certeza de la libertad garantizada al individuo, sino la promesa de una actividad estatal, en principio, ilimitada e interminable para la protección del ciudadano ante los peligros y riesgos sociales, técnicos, medioambientales o, incluso, ante aquellos de índole delictiva.

La seguridad como fin estatal se convierte en un vehículo de autorización de un orden de dimensión indeterminada, como el aislamiento total del imputado, escuchas telefónicas, la videovigilancia intensiva y el rastreo en bases de datos hasta el espionaje cibernético, sino también, el internamiento preventivo o de seguridad, medidas especiales de internamiento para las personas potencialmente peligrosas.

Cabe aquí preguntar si ¿Significa un riesgo para la seguridad que el Estado de Derecho concediera también la dignidad humana y las garantías jurídicas a aquellos que las pisotean y menosprecian?, pues la ponderación entre las necesidades de seguridad, por una parte, y las pretensiones de libertad, por otra, podría arrojar un resultado distinto. Esta es, ciertamente, la cuestión.

## VI. CONCLUSIONES

El concepto de seguridad es poroso y difícil de delimitar, es por ello que en aras de establecer a la seguridad como función de la pena debemos tener claro a que nos estamos refiriendo y que tipo de seguridad es la que se trata en este ámbito, pues de lo contrario se corre el riesgo de establecer límites difusos que pueden dar lugar a interpretaciones que vulneren derechos y garantías.

En el Derecho penal siempre han existido a la par de los fines que tratan de legitimar a la pena, funciones que de manera empírica desarrolla la pena, como lo son

la función ético-social, simbólica, psicológica, etc., a la cual se le agregan también el concepto de seguridad que puede tener una doble vertiente por su propia amplitud conceptual, pues por un lado se puede establecer a la seguridad como un fin legitimador de la pena y por otro como una función que se desempeña en el cumplimiento de la pena.

Las distintas teorías que trata de legitimar el fin de la pena se han ido adaptando a la sociedad del s. XXI, pues no se puede operar con teorías concebidas para un tiempo determinado, por lo que, si tratamos de aplicar tales teorías tal y como fueron concebidas otrora, estas no serán operativas en su totalidad.

Finalmente, debemos tener en cuenta que no todo vale en aras de la seguridad, pues si bien es un factor esencial en la legitimación no se puede permitir la vulneración de los derechos fundamentales, pues no podemos olvidar que existe un puente infranqueable que no es otra cosa que el respeto a los límites establecidos en un Estado social y democrático de Derecho, por lo que no todo vale en aras de la seguridad, pues es precisamente en el respeto al individuo donde debe partir el principio de seguridad, lo demás es ¡la sombra!